

D
REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
RCG

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

CONSEJO DE REDACCIÓN

(Núm. 84 — Tercer Cuatrimestre de 2011)

Presidente: Jesús Posada Moreno

Vicepresidente: Pío García-Escudero Márquez

Celia Villalobos Talero, Juan José Lucas Giménez, Jaime Javier Barrero López, Yolanda Vicente González, Dolors Montserrat Montserrat, Jordi Jané i Guasch, Pedro de Vega García, Jorge de Esteban Alonso, Francisco Fernández Segado, Miguel Martínez Cuadrado, José Antonio Moreno Ara, Carlos Gutiérrez Vicén, Fernando Dorado Frías, Fernando Sáinz Moreno.

Consejo Asesor: Fernando Álvarez de Miranda Torres, Landelino Lavilla Alsina, Gregoria Peces Barba Martínez, José Federico de Carvajal Pérez, Juan José Laborda Martín, Esperanza Aguirre Gil de Biedma Juan Ignacio Barrero Valverde, Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Luisa Fernanda Rudí Úbeda, Manuel Marín González, Francisco Javier Rojo García, José Bono Martínez.

Director: Manuel Alba Navarro

Subdirector: Manuel Cavero Gómez

Secretaria: María Rosa Ripollés Serrano

Secretaría Técnico-Administrativa: Antonio Álvaro Fontán
Departamento de Publicaciones

SUSCRIPCIONES

Congreso de los Diputados
Secretaría General (Departamento de Publicaciones)
Floridablanca, s/n
Teléf.: 91 390 68 21 – Fax: 91 429 27 89
28071 Madrid

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

84

Tercer cuatrimestre de 2011

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. El original de los trabajos se enviará a «Revista de las Cortes Generales». Congreso de los Diputados. Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones. Floridablanca, s/n, 28071 Madrid.
2. Los trabajos deben ir mecanografiados a doble espacio, acompañados de la versión en soporte informático, preferentemente en la versión Word para Windows.
3. Cada texto debe ir precedido de una página que contenga:
 - Título del trabajo.
 - Nombre del autor o autores.
 - Dirección completa y teléfono del autor.
 - Número del N.I.F.
4. La Revista no mantendrá correspondencia sobre los originales no solicitados que se le remitan.

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el sistema empleado —mecánico, fotocopia, grabación, etc.—, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

El Congreso de los Diputados no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas en esta publicación, sino que éstas recaen única y exclusivamente en los autores.

© Congreso de los Diputados
Depósito Legal: M. 11.707-1984
ISSN: 0213-0130
Impreso en Elecé Industria Gráfica, S. L.
Polígono El Nogal. C/ Río Tiétar, 24
28110 Algete (Madrid)

ÍNDICE

Páginas

I. ESTUDIOS

- La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional*
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO 7
- Sistema político y formas de Gobierno sobre la significación de la democracia como principio político*
ALBERTO MONTORO BALLESTEROS 123
- La jurisdicción especial de Hacienda desde el fin de las Regencias (1843) hasta 1852*
JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ 161

II. NOTAS

- Dos cursillos sobre Derecho parlamentario: en la residencia de estudiantes (marzo/abril de 1931) y en ICADE (2001)*
NICOLÁS PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI 225
- «CARTILLAS» y «FEBREROS». Compendios de legislación comentados por los juristas españoles de los siglos XVIII y XIX*
EDUARDO LÓPEZ PÁSARO 277
- ¿Interpretación jurídica o comprensión juridical?; al menos: comprender para interpretar*
ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA 299

III. INFORMES Y DICTÁMENES

Sin contenido 335

IV. DERECHO COMPARADO

Nueva Constitución de Hungría. Traducción y comentarios

MARIANO DARANAS PELÁEZ 339

V. DOCUMENTACIÓN

El mosaico a la veneciana del vestíbulo principal: restauración de un tesoro del Palacio del Congreso de los Diputados

ELENA ARIAS RIERA
MARÍA TERESA DE CASTRO SÁNCHEZ 419

VI. RECENSIONES

Martín Bassols Coma: El Tribunal de garantías constitucionales de la II República

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ 439

María José Valverde Rico y John C. Laursen: Forjadores de la tolerancia

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO 447

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
I
Estudios

LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL(*)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO(**)

SUMARIO: 1. REFLEXIÓN PRELIMINAR.—2. LA ÚLTIMA *RATIO* DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL «LEGISLADOR NEGATIVO» (*NEGATIV GESETZGEBER*) Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE SUJECIÓN DE LOS JUECES A LA LEY.—3. LA CENTRALIDAD DEL MODELO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO EN LA SEGUNDA POSGUERRA Y EL PROTAGONISMO DEL PODER JUDICIAL.—4. LA PROGRESIVA PÉRDIDA DE SENTIDO DE LA VISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO «LEGISLADOR NEGATIVO».—5. LA OBSOLESCENCIA DE LOS RASGOS BINOMIALES CONTRAPUESTOS DE CALAMANDREI.—A) *El carácter relativo de la contraposición «sistema concentrado/sistema difuso»: del monopolio del control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional al mero monopolio de rechazo.*—B) *La relatividad de la rígida contraposición entre el carácter incidental y principal del control.*—C) *Los elementos de aproximación frente a la supuesta separación visualizada en los binomios*

(*) Ponencia preparada para el Seminario internacional sobre «Giustizia costituzionale comparata: proposte classificatorie a confronto». Organizado por la *Università degli Studi di Bologna. Facoltà di Giurisprudenza*-Sede de Ravenna (2-3 de abril de 2012). Sistematizada y redactada completamente *ex novo* a partir de trabajos anteriores y ulteriores reflexiones del autor.

(**) Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

relativos a la extensión, naturaleza y efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.—a) El determinante influjo de la regla stare decisis en el sistema americano: de la inaplicación con efectos inter partes a la anulación con efectos erga omnes.—b) La generalización de la nulidad ipso iure de la norma en contradicción con la Constitución y de los efectos ex tunc de las sentencias de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales.—c) La prospective overruling en el sistema norteamericano.—D) Otros mecanismos de aproximación entre los dos antaño contrapuestos sistemas de justicia constitucional.—6. LA MIXTURA E HIBRIDACIÓN DE LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO DE NUESTRO TIEMPO.—7. A LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LOS RASGOS CONFORMADORES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

1. REFLEXIÓN PRELIMINAR

Uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional, rasgo que se ha acentuado de modo muy notable en el último cuarto del pasado siglo, pudiéndose poner en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo ser humano y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de la convivencia social civilizada y, por ende, de todo gobierno democrático. Bien significativo al respecto es el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, de lo que encontramos cumplido testimonio en Alemania, Italia, Portugal y España, por poner algunos ejemplos próximos. Ello no hace sino corroborar la esencialidad de la justicia constitucional en el Estado constitucional. Como al efecto ha señalado Zagrebelsky (1), «la giustizia costituzionale è divenuta pietra di paragone di quel tipo di democrazia —la democrazia nello Stato costituzionale di Diritto— che si vuol essere tipica della cultura politico-costituzionale europea».

Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía ser de otro modo, ha incidido sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema norteamericano y el europeo-kelseniano, o si se prefiere, el modelo de la *judicial review* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Esta bipolaridad, que ya quedó un tanto relativizada tras la aprobación de la *Zweite Bundesverfassungsnovelle* (la segunda Constitución nueva) austriaca, de 7 de diciembre de 1929, por lo que después se dirá, se iba a ver sustancialmente afectada por el diseño de los nuevos modelos de justicia constitucional creados en la segunda posguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, con-

(1) Gustavo ZAGREBELSKY, «Premessa», en *La Giustizia Costituzionale in Europa*, coordinada por Marco OLIVETTI y Tania GROPPi, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. XII.

figuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un «legislador negativo», que es como Kelsen concibió a este tipo de órganos, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a ella se anudaran ciertas consecuencias jurídicas, y otorgaron un especial protagonismo a los órganos integrantes del poder judicial, tanto en su rol de tutores del sistema de derechos y libertades, como en la función que iban a asumir en relación al control de constitucionalidad, de resultas de la introducción por estos ordenamientos de un elemento difuso en un modelo de justicia constitucional de estructura y organización concentrada, el instituto procesal conocido entre nosotros como cuestión de inconstitucionalidad (las denominadas en Italia *questioni di legittimità costituzionali*).

La enorme expansión de la justicia constitucional que ha seguido desde entonces, ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que ha operado en paralelo a un proceso de progresiva convergencia entre los elementos, antaño supuestamente contrapuestos, configuradores de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder. La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de la utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad «modelo americano/modelo europeo-kelseniano». Como dice Rubio Llorente (2), hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano.

Consecuentemente con lo que se acaba de exponer, se hace necesaria la búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. Anticipemos ya, que no se trata de sustituir la dicotomía tradicional por otra diferente. Se trata de proceder a la búsqueda de categorías que sean capaces de explicarnos con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la complejidad y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos de poder. La

(2) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pp. 1411 y ss.; en concreto, p. 1416.

diferenciación primaria ha de partir de la distinción entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de fiscalización presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de cualquier conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se desencadena con ocasión de la aplicación de la ley en una *litis* concreta presupone justamente lo contrario. A esta diferenciación se anudarán otras, en una sucesión de categorías dicotómicas.

2. LA ÚLTIMA *RATIO* DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL LEGISLADOR NEGATIVO (*NEGATIV GESETZGEBER*) Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE SUJECCIÓN DE LOS JUECES A LA LEY

I. La plena recepción en Europa de los mecanismos propios de la justicia constitucional, como es de sobra conocido, tendrá lugar en los aledaños de la primera posguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la justicia constitucional que nos ofrece una imagen contradictoria y polícroma (3), bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de esa jurisdicción se orientan fundamentalmente hacia los problemas dimanantes de la estructura federal del Estado. Por otro, la Constitución de la República Federal de Austria (*Oktoberverfassung*) diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá notablemente del modelo norteamericano.

Uno de los componentes esenciales de la justicia constitucional alemana deriva de la estructura federal del Estado germano. Como razona Friesenhahn (4), de la función de conciliación (*Befriedungsfunktion*) ínsita a toda forma federativa, deriva la necesidad para la Federación de asegurar la resolución de las controversias entre los

(3) Helmut SIMON, «La Jurisdicción Constitucional», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 823 y ss.; en concreto, p. 826.

(4) Ernst FRIESENHAHN, *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 3.

miembros federados. La primera Constitución federal del Imperio alemán, de 16 de abril de 1871, en su artículo 76.1, encomendó la resolución de tales controversias al *Bundesrät*, esto es, a un órgano político compuesto por representantes de los Estados que integraban la Federación. Con análoga finalidad, la Constitución de Weimar, en su artículo 19, iba a encomendar la resolución de aquellos litigios que, no siendo de Derecho privado, surgieran entre los diferentes *Länder* o entre el *Reich* y los *Länder*, a un Tribunal Supremo de Justicia del *Reich*, que una norma legal de desarrollo del artículo 108, la Ley de 9 de julio de 1921, finalmente crearía: el *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*. Ello no obstante, como señalara Benda (5), ni este órgano, ni tampoco el *Reichsgericht*, al que de inmediato aludiremos, serían considerados como «guardianes de la Constitución», pues esta función de defensa constitucional (*Hüter der Verfassung*) se atribuiría comúnmente al *Reichspräsident*, esto es, al Presidente del *Reich*, muy en la línea schmittiana.

En cuanto al control de compatibilidad de las normas de los *Länder* con el Derecho del *Reich*, contemplado por el párrafo segundo del artículo 13 de la Carta de Weimar, que no precisaba, sin embargo, el órgano competente para llevarlo a cabo, limitándose a aludir a que el control recaería sobre una «jurisdicción suprema del *Reich*», sería encomendado por una Ley de 8 de abril de 1920 al *Reichsgericht*.

La norma weimariana, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control (6) se unió la que Sontheimer (7) denominara «la lucha para el control jurisdiccional de las leyes» («*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*»), con-

(5) ERNST BENDA, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland», en Christian STARCK y Albrecht WEBER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 124.

(6) Cfr. al respecto, Jean-Claude BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982, en particular, pp. 16-21.

(7) Kurt SONTHEIMER, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, p. 75. Cit. por Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi* (Studi sui modelli di giustizia costituzionale), Giuffrè, Milano, 1977, p. 100.

tienda que se libró con ocasión de la reivindicación jurisdiccional de la realización de un control material de la constitucionalidad de la ley, que venía posibilitado por el párrafo primero del artículo 109 de la Constitución, que establecía el principio de igualdad formal ante la ley («Todos los alemanes son iguales ante la ley»), en tanto en cuanto se consideró, que ese principio de igualdad no sólo había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y de modo primario, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros varios, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores alemanes de Derecho público) celebrado en Münster entre el 29 y 30 de marzo de 1926, al interpretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el artículo 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que, como es obvio, convertía dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad, podríamos decir que irrazonable, del legislador (8). Ello, desde luego, no significaba, ni en el caso de Kaufmann, ni en el de otros autores que defendían igual tesis, que se decantaran por las posiciones radicales de los movimientos jurídicos a los que de inmediato vamos a aludir. Y así, Kaufmann (9), no obstante su defensa de la facultad de revisión judicial, consideraría que el Juez debía mantenerse dentro del ámbito de su específica misión judicial, sin trastocar el orden existente entre juez y legislador, ni asumir funciones específicamente legislativas; su misión debía estribar simplemente en castigar la transgresión de ciertos límites extremos. No obstante la libertad de la actividad creadora del Juez, a pesar de la amplitud de

(8) Entre otros conocidos defensores de la misma tesis habría que mencionar a Heinrich Triepel, quien, como recuerda José Luis CARRO (en el «Prólogo» a la obra de Heinrich TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, en su traducción española, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, p. 19), no sólo defendió la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, sino, asimismo, el reconocimiento de un derecho de control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, todo ello en el mismo III Congreso de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho público.

(9) Erich KAUFMANN, en las publicaciones (*Veröffentlichungen*) del Congreso de Münster, fasc. 3, p. 19. Cit. por Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931. Manejamos la versión española, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, p. 54, nota 19.

su arbitrio y de la existencia de determinados conceptos imprecisos o indeterminados, el Juez debía seguir manteniéndose sujeto a la ley. No se defendería otro tanto por los seguidores de ciertos movimientos o escuelas jurídicas a las que pasamos a referirnos.

Si se nos permite el *excursus*, quizá convenga recordar que en la Alemania de fines del siglo XIX y primeros lustros del XX, habían arraigado algunos sectores doctrinales que defendían la peligrosa pretensión de reconocer a los Jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico. Tal sería el caso de la «Escuela libre del Derecho» (*Freirechtsbewegung*), movimiento cuyo inicio se suele hacer coincidir con la publicación en 1885 de la obra de Oskar von Bülow, *Gesetz und Richteramt* («La Ley y la Magistratura»), o también de la teoría de la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la concepción romántica del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*), que concibe el Derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo.

En este ámbito de pensamiento, el Estado de Derecho pasaba a concebirse como Estado sujeto al Derecho, que no a la ley, circunstancia a la que se anudaba, como una inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (*Gesetz-mässigkeit*) por el de juridicidad (*Rechtsmässigkeit*). El principio de corte positivista de que el Derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba de esta forma absolutamente relativizado, si es que no degradado.

No debe extrañar por lo que acaba de exponerse, que en el Congreso de Münster de 1926, todos los teóricos encuadrados en la *Volksgemeinschaft* postularan el fin de la soberanía de la ley. Como recuerda Volpe (10), el principio de igualdad ante la ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del principio de igualdad se iba a instrumentalizar por estos sectores doctrinales como un mecanismo de rango constitucional

(10) Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, *op. cit.*, pp. 103-104.

que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del «espíritu del pueblo», correspondiendo a los operadores jurídicos, y de modo muy particular a los Jueces, la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la «naturaleza de las cosas» («Natur der Sache») y resultaban justas en cuanto acordes a un orden superior de valores sentido por la conciencia popular, que remitía a conceptos tan amplios e indeterminados como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso de Münster, el *Reichsgericht*, en una célebre Sentencia de su 5.^a Cámara Civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear formalmente la cuestión del control de la constitucionalidad material de la ley, resolviendo que la sumisión del Juez a la ley no excluía que el propio Juez rechazara la validez de una ley del *Reich* o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opusieran a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo, por ello mismo, ser observadas por el Juez. Quedaba reconocido así un derecho de control judicial que Carl Schmitt caracterizaría (11) como un control «accesorio» que constituye una competencia ocasional, ejercitándose tan sólo de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial y conforme a las posibilidades de cada Juez, es decir, en forma «difusa», término que Schmitt, con notable fortuna, propondría para designar la categoría opuesta al control «concentrado» en una sola instancia. Ello no obstante, el propio autor se cuidaría de matizar, que el derecho de control judicial ejercitado por el Tribunal Supremo del *Reich* en la antes citada sentencia, así como el llevado a cabo, en forma análoga, por otros Tribunales Supremos (como sería el caso del Tribunal Supremo de Hacienda o del Alto Tribunal Contencioso-Administrativo de Prusia) tenía una importancia muy moderada si se le comparaba con el derecho de control de la *Supreme Court*. Y ello, en último término, por cuanto, siempre según Schmitt (12), sólo en un «Estado judicialista», que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios, el derecho de control judicial, *per se*, puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamen-

(11) Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, *op. cit.*, p. 52.

(12) *Ibidem*, pp. 46 y ss.

tales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada, que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios frente al Estado, es decir, frente a la legislación, frente al Gobierno y frente a los organismos administrativos. Como es evidente, el posicionamiento schmittiano encontraba su más plena razón de ser en el marco global de su bien conocida concepción sobre el «guardián de la Constitución» (*der Hüter der Verfassung*).

II. La Constitución austriaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de constitucionalidad que iba a ser por entero deudor de la concepción de Kelsen. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una posición radicalmente antagónica a la sustentada por los teóricos de la *Volksgemeinschaft*. Su postura quedaba nítidamente expuesta en el Congreso de Münster anteriormente mencionado, al replicar a Kaufmann que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. Kelsen sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo más radical. Más aún, Kelsen, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el Juez hubiera de limitarse a aplicar la ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones más hiper-conservadoras, cuando no, lisa y llanamente, por entero ajenas al marco democrático. De esta forma, Kelsen vinculará «la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva» con «el cambio en la estructura política del órgano legislativo», o lo que es lo mismo, con el cambio en las mayorías políticas dominantes en el mismo, constatando al respecto, que «el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos» (13).

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de Kelsen sería compartida pocos años después por Heller, quien

(13) Cfr. al efecto, Adriano GIOVANNELLI, «Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale», en *Scritti su la Giustizia Costituzionale (In onore di Vezio Crisafulli)*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 381 y ss.; en concreto, p. 395.

en su trabajo *Rechtsstaat oder Diktatur?* argumentaba(14), que era revelador que cuando tras la Revolución de 1918 podía parecer amenazada, por el principio de igualdad consagrado por el artículo 109, la dominación de la burguesía, hubiera juristas conservadores inclinados a ver en este principio una interdicción de la arbitrariedad con destino al legislador, y que frente a ellos, precisamente se aferraran a la antigua interpretación los juristas democrático-burgueses. En la jurisprudencia conservadora, la eminente significación política de este cambio de perspectiva se podía entender tan sólo en relación con el formidable aumento de poder político obtenido en Alemania merced a la decisión del *Reichsgericht* de 4 de noviembre de 1925, que Heller considerará, sin duda, jurídicamente errónea. Como quiera que los Jueces —sigue argumentando Heller— procedentes en una mayoría aplastante de las clases dominantes, entran a juzgar de la correspondencia de las leyes con el principio de igualdad, la burguesía habrá logrado por el momento asegurarse eficazmente frente al riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho liberal, pues lo que haya de valer como igual o desigual se define esencialmente según las concepciones axiológicas, divergentes desde las perspectivas no sólo histórica y nacional sino también social, de quienes están llamados a juzgar. En definitiva, la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad decisoria del poder legislativo fue concebida por los sectores más conservadores, incluso antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana.

De lo que se acaba de exponer se desprende con relativa nitidez, que al delinear su teoría de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en las teorías jurídicas de la «Escuela libre del Derecho» y de la «comunidad del pueblo» y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios

(14) Herman HELLER, «Rechtsstaat oder Diktatur?», en *Die Neue Rundschau*, Fischer Verlag, Berlin, 1929. Manejamos la traducción española, «¿Estado de Derecho o Dictadura?», en *Escritos políticos* (Prólogo y selección de Antonio LÓPEZ PINA), Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283 y ss.; en concreto, pp. 288-289.

sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar. A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un «gobierno de los jueces», peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como mostraba el clásico libro de Lambert (15), en cuanto que tal dirección se vinculaba, como Heller, como antes vimos, dejaba en claro, con las posiciones más conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

No parece, por lo demás, que Kelsen tuviera muy presente, ni tan siquiera desde una perspectiva dialéctica, el modelo norteamericano de la *judicial review*. Las evidencias conducen a pensar que el gran jurista vienés tuvo fundamentalmente en su cabeza tanto el modelo constitucional suizo como el propio ejemplo del Tribunal del Imperio. En esta misma dirección, von Beyme pudo afirmar (16), que «Kelsen built on the tradition of the Imperial Court, which he developed further into a genuine constitutional court» (17).

El propio Kelsen admitiría de modo expreso (18) que, aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austriaca

(15) Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois), Marcel Giard & Cie., Paris, 1921. En versión italiana, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi), a cura di Roberto D'Orazio, Giuffrè Editore, Milano, 1996.

(16) Klaus von BEYME, «The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems», en Christine LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation (An International Comparison)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 21 y ss.; en concreto, p. 29.

(17) A mayor abundamiento, el propio von Beyme (*ibidem*, p. 29) recuerda que «in the commentaries on Kelsen's Collection of Austrian Constitutional Laws, it is even stated explicitly: "In all the drafts, the Swiss Constitution served as an example, alongside the Imperial German one"». [Hans KELSEN (ed.), *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich*, Teil 5, Deuticke, Wien, 1922, p. 55].

(18) Hans KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *The Journal of Politics*, vol. 4, No. 2, May, 1942, pp. 183 y ss.; en concreto, pp. 185-186. En versión española, con traducción de Domingo García Belaunde, «El control de la constitucionalidad de las leyes», en *Ius et Veritas* (Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú), Lima, Junio de 1993, pp. 81 y ss. En versión francesa, con traducción de Louis Favoreu, «Le contrôle de constitutionnalité

de 1920, los Tribunales austriacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose, por el contrario, en lo que al control de constitucionalidad de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación, y una de las metas de la Constitución de 1920 era la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada Tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del gran jurista vienés, demasiado grande («the danger of non-uniformity in constitutional questions was too great»), y tal peligro no podía combatirse en Austria, un país con un sistema jurídico de *civil law*, por intermedio de la regla del *stare decisis*, característica de los países de *common law*. Y como trasfondo de ese peligro, se hallaban las ya mencionadas tendencias antidemocráticas de determinados sectores judiciales del mundo cultural alemán.

Aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asumía en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de «legislador negativo» con que Kelsen concibió tal órgano, no sólo pretendía mostrar la complementariedad que respecto del poder legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional, sino que, más allá de ello, tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces (19). No debe olvidarse además, la existencia de un sustrato de conflictividad entre el Parlamento y los Jueces durante la época de Weimar, ya de algún modo aludido. De ahí que, como señala Volpe (20), la construcción normativista kelseniana también esté regida por la finalidad de lograr superar el conflicto existente entre legislativo y judicial.

des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, num. 1, 1990, pp. 17 y ss.

(19) Adriano GIOVANNELLI, «Alcune considerazioni sul modello...», *op. cit.*, p. 395.

(20) Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, *op. cit.*, p. 138.

Al entender Kelsen que la anulación de una ley no podía consistir en su mera desaplicación al caso concreto, como acontecía en la *judicial review* norteamericana («annuler une loi —dirá Kelsen(21)— c'est poser une norme générale»), por cuanto la anulación tenía el mismo carácter de generalidad que su promulgación(22), estaba convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un *negativ Gesetzgeber*. «Aufhebung von Gesetzen —razona Kelsen(23)— ist somit selbst Gesetzgebungsfunktion und ein gesetzaufhebendes Gericht: selbst Organ der gesetzgebenden Gewalt» (La anulación de las leyes es por lo tanto la misma función legislativa, y un Tribunal que anula la ley, un propio órgano del poder legislativo). Ese legislador negativo estaba llamado ciertamente a colaborar, por decirlo quizá de modo impropio, con dicho poder, esto es, con el poder legislativo, al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los Jueces a la ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al poder judicial. Por lo demás, de esta caracterización del Tribunal como «legislador negativo» derivarán las más acusadas diferencias entre los dos modelos de justicia constitucional, el norteamericano y el europeo-kelseniano.

En resumen, las divergencias entre ambos modelos de control de constitucionalidad dimanaban de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos, que constituyen la última y

(21) Hans KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution» (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public*, tome quarante-cinquième, 1928, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 200. En versión española, «La garantía jurisdiccional de la Constitución» (La Justicia Constitucional), nota preliminar y revisión de la traducción de Domingo García Belaunde, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIBJC)*, núm. 15, 2011, pp. 249 y ss.

(22) «Denn die Aufhebung eines Gesetzes — escribe Kelsen en uno de sus trabajos más emblemáticos— hat den gleichen generellen Charakter wie die Erlassung eines Gesetzes. Aufhebung ist ja nur Erlassung mit einem negativen Vorzeichen gleichsam» (Porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es, en efecto, sólo una promulgación con un signo en cierto modo negativo). Hans KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 5. Heft, 1929, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 54.

(23) Hans KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 54.

más profunda *ratio* de su bipolaridad. Volpe lo ha expuesto con meridiana claridad (24). El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del poder judicial sobre los restantes poderes, particularmente sobre el legislativo, lo que constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, al menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador, desconfianza fraguada en los momentos iniciales de la vida constitucional de los Estados, de resultados de los abusos llevados a cabo por las legislaturas estatales. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, burocrática, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho. Cuando tras la Segunda Guerra Mundial esos presupuestos histórico-políticos se desmoronen, como vamos a ver de inmediato, habrá perdido gran parte de su razón de ser el fin que Kelsen pretendió con el diseño de su modelo de justicia constitucional.

3. LA CENTRALIDAD DEL MODELO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO EN LA SEGUNDA POSGUERRA Y EL PROTAGONISMO DEL PODER JUDICIAL

I. Tras la Segunda Guerra Mundial, la centralidad que el modelo norteamericano va a ocupar en el diseño de las primeras Constituciones de la posguerra europea no es casual, sino que va a responder a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia resultara ser el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial período histórico. Ello condujo a los constituyentes europeos a poner la vista en la Constitución norteamericana, visionada, como la percibiera

(24) Cfr. al efecto, Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

Corwin en un trabajo clásico (25), como *the higher law*, como la ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de aquellas normas contrarias a la constitucional. Y ello tanto por su legitimidad de origen popular (Corwin hablará de «an entirely new sort of validity, the validity of a statute emanating from the sovereign people») como por su propio contenido material (Corwin se referiría a cómo en un primer momento la supremacía constitucional tenía que ver con el contenido de la Constitución, pues en ella hay «certain principles of right and justice which are entitled to prevail of their own intrinsic excellence»). Corwin terminaría considerando la idea de la *higher law* como la más fructífera creación jurídica desde Justiniano.

Esta concepción de la Constitución como *lex superior* conducía a un gobierno limitado, que Alexander Hamilton (que habla de «a limited constitution»), en el núm. LXXVIII de *The Federalist Papers* caracterizaría magistralmente (26), en el que el legislativo, y no sólo él, está sujeto y condicionado por las previsiones constitucionales, y todo ello garantizado a través del control de constitucionalidad de la ley. Este diseño se antojaba especialmente útil para evitar y, en su caso, enfrentar los abusos del legislativo, que tan desastrosas consecuencias habían producido en los años anteriores a la guerra.

En este contexto no ha de extrañar la sugestión que el modelo americano de la *judicial review* iba a ejercer. Zagrebelsky (27) ha

(25) Edward S. CORWIN, «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XLII, No. 2, December, 1928, pp. 149 y ss., y pp. 365 y ss.; en concreto, pp. 409 y 152, respectivamente. Publicado igualmente, con el mismo título, por Great Seal Books (A Division of Cornell University Press), 5th printing, Ithaca, New York, 1963.

(26) «By a limited constitution — escribe Hamilton en el núm. 78 del *Federalist*— I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority», para añadir casi inmediatamente después que «(l)imitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void». Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Basil Blackwell, Oxford (Great Britain), 1948, p. 397. En edición española, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, 1.ª reimpresión de la 2.ª edición, México, 1974.

(27) Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 321.

recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el Tribunal Supremo norteamericano fue casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar. Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austriaco-kelseniano, opción que, como ha señalado García de Enterría (28), fue tributaria de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia. Dicho esto, existe una cierta convergencia doctrinal entre la mejor doctrina acerca de que en el acercamiento entre los dos grandes sistemas de justicia constitucional es el sistema americano el que se iba a presentar con una posición verdaderamente central, no entrañando el modelo concentrado europeo-kelseniano, según Pizzorusso (29), más que modificaciones estructurales respecto de aquél. Y García de Enterría, de modo rotundo, sostiene (30), que no se acoge el modelo kelseniano del «legislador negativo», sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la *Bonner Grundgesetz* no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial en la norma de apertura (art. 92) del capítulo noveno, dedicado a la Jurisdicción (*Die Rechtsprechung*).

La estructura por la que finalmente se opta, la de una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma legal, que si bien pueden ser considerados como el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como «legislador negativo», en algún caso, como los efectos *erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de re-

(28) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 133-134.

(29) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, núm. 3, Dicembre 1982, pp. 521 y ss.; en concreto, p. 527.

(30) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, p. 134.

chazo de que dispone el Tribunal Constitucional con su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

II. El constitucionalismo europeo de la segunda posguerra va a entrañar una extraordinaria revalorización del rol desempeñado por el poder judicial. Ciertamente, a diferencia del sistema americano, la sujeción a la ley seguirá siendo un principio indiscutible, pues a los jueces alemanes o italianos (éstos después de 1956, año en que iniciaría su andadura la *Corte Costituzionale*) no les cabe inaplicar una ley cuando la consideren contraria a la Constitución, pero ello no obstará para que la función constitucional de los jueces se vea notabilísimamente potenciada.

La magistratura, dirá Heyde (31) refiriéndose a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de Derecho que ha querido la *Grundgesetz*, y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del artículo 103 de la Constitución de Weimar, el artículo 92 de la Carta de Bonn contiene un plus de garantías constitucionales del poder judicial. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del artículo 19.4 GG, a tenor de cuyo inciso primero, «si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales». Los órganos del poder judicial se convierten de este modo en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por la vía de las previsiones legales, y desde 1968 por determinación de la misma Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal del *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

También en Italia el nuevo contexto histórico se traducirá en una renovada visión del poder judicial. A ella se referiría Mortati (32), que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial, resultante del elemento de creatividad en ella im-

(31) Wolfgang HEYDE, «La Jurisdicción», en *Manual de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 767 y ss.; en concreto, pp. 769 y 772.

(32) Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, t. II, 9.^a ed., CEDAM, Padova, 1976, pp. 1248-1250.

plicado, y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del poder judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su función, la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un «Estado de jurisdicción». Con una mayor introspección quizá, Martines pondría de relieve (33), que aunque no existe una función de dirección política (*indirizzo politico*) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (*operatori politici*), en cuanto institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social, en el bien entendido de que esta cualidad de «operador político» tiene como última razón de ser la exclusión en la función jurisdiccional que ejerce el juez de la simple tarea «di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari» que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del poder judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, los casos alemán e italiano ejemplifican lo acontecido en el constitucionalismo de la segunda posguerra, que ha revitalizado al poder judicial hasta convertirlo en una de las piezas centrales del Estado de Derecho. A los jueces corresponde, con carácter ordinario, la tutela de los derechos, pudiendo aplicar de modo inmediato y directo la Constitución, como norma limitadora que es de la actuación de los poderes públicos. Aun cuando les está vedada la inaplicación de las normas legales que, con ocasión de su aplicación en una *litis* de la que estén conociendo, interpreten contrarias a la Constitución, pueden, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad que el propio juez ha de llevar a cabo, paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que, de este modo, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residenciándose en él tan sólo el monopolio de rechazo. Pero además, en ciertos países, como es el caso de España, son los jueces los que asumen el control de constitucionalidad de las normas reglamentarias, lo que llevan a cabo con ocasión del control de legalidad. Y tampoco

(33) Temistocle MARTINES, *Diritto Costituzionale*, 8.^a ed., Giuffrè, Milano, 1994, p. 522.

cabe olvidar que en Alemania han sido los jueces ordinarios quienes han controlado la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales. Y en Italia, hasta tanto entró en funcionamiento la *Corte Costituzionale*, en 1956, existió de hecho un control difuso de la constitucionalidad que se encomendó, innecesario es decirlo, a los jueces.

En resumen, los hechos históricos inmediatamente posteriores a 1945 iban a trastocar de modo radical la situación existente durante la República de Weimar. El recelo frente a los jueces iba a dar paso a su fortalecimiento y decisivo protagonismo en el Estado de Derecho, mientras que la confianza histórica en el legislador, por mor de los acontecimientos previos a la guerra, se iba a mutar una cierta desconfianza, que se manifiesta en el empeño en asegurar su sujeción a la Constitución, una Constitución presidida por un orden axiológico, cuyo último fundamento de validez, como dijera Bachof (34), se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, que vincula directamente a todos los poderes del Estado, y que encuentra su más específica traducción en los derechos fundamentales, y cuya enérgica pretensión de validez constituye una de sus premisas más significativas. En este contexto, las razones que movieron a Kelsen a diseñar su modelo de justicia constitucional habían perdido gran parte de su razón de ser.

4. LA PROGRESIVA PÉRDIDA DE SENTIDO DE LA VISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO «LEGISLADOR NEGATIVO»

I. Uno de los rasgos de mayor relieve que emerge de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra consiste en la demostración de la aptitud de los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales, en su cotejo de las normas vigentes sujetas a su fiscalización, para desarrollar un rol normativo no sólo negativo, en la estela kelseniana, sino también positivo. Ello no sólo representa una notabilísima novedad, sino que aproxima

(34) Otto BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959. Manejamos la versión española, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 39-40.

el modelo supuestamente kelseniano al norteamericano. En él, los pronunciamientos judiciales, en particular los de la *Supreme Court*, constituyen precedentes que, en virtud de la regla *stare decisis*, son susceptibles de tener una cierta eficacia persuasiva, pudiendo en cuanto tales asumir el carácter de fuente del Derecho, bien que, como apostilla Pizzorusso (35), sólo en la misma medida en que pudiera asumir tal carácter cualquier decisión jurisprudencial conformadora del *common law*.

Es claro que la función primigenia del juez constitucional es la salvaguarda del principio de constitucionalidad, esto es, de la supremacía normativa de la Constitución, a cuyo efecto le corresponde la depuración del ordenamiento jurídico, lo que lleva a cabo mediante la expulsión del mismo de todas aquellas disposiciones legales que considere contrarias a la Constitución. El monopolio de rechazo de que dispone el Tribunal Constitucional, como antes se dijo, hace necesario el revestimiento de la sentencia constitucional de efectos *erga omnes*, sean explicitados en esos mismos términos o a través del recurso a la fórmula alemana del artículo 31.2 de su propia ley (*BVerfGG*), que en ciertos supuestos atribuye a las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*).

Pero no encierra menos claridad, que otra trascendental función de los Tribunales Constitucionales, acorde con su rol de «intérpetes supremos de la Constitución», es la interpretación vinculante para todos los poderes públicos (particularísimamente, para los aplicadores del Derecho, jueces y tribunales) de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico en conformidad con la misma, un texto, no se olvide, dotado de fuerza normativa, que requiere de modo inexcusable de un órgano que, con carácter vinculante, interprete sus postulados, muchos de ellos de carácter abierto y muy general, pues, como en un afortunado símil dijera Treves (36), «la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli elementi essenziali del territorio; spetta alla Corte fissarne i dettagli topografici».

(35) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale...», *op. cit.*, p. 522.

(36) Giuseppino TREVES, «Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana», en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Giuseppino Treves, UTET, Torino, 1971, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 4.

Al Tribunal Constitucional corresponde, allí donde existe, independientemente de que se le reconozca o no de modo específico por el ordenamiento jurídico, el rol de intérprete supremo de la Constitución, y en cuanto que la Constitución tiene una intrínseca pretensión de vivencia, esto es, de acomodo al devenir social, acorde con el carácter fluido y dinámico de toda sociedad, ese intérprete supremo ha de asumir la tarea de vivificar la Constitución, de convertirla en *a living Constitution*, lo que otorga una enorme trascendencia a su función hermenéutica (37).

La propia primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, su visualización como *vorrangiger Kontext* (contexto superior), por utilizar la expresión de Haak (38), y su configuración como núcleo vertebrador del ordenamiento, al que otorga su unidad material, exigen que la totalidad de las normas jurídicas se interpreten de conformidad con la Constitución. Se perfila así el principio de interpretación conforme, de notable trascendencia en lo que ahora interesa, acogido desde antaño por la *Supreme Court*, que ha podido afirmar que, «if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other valid, is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity».

Se admite de modo generalizado que el principio de interpretación conforme se vincula estrechamente con el principio de conservación de la norma. El *BVerfG* —escribió Bachof hace medio siglo (39)— valora el principio («Grundsatz») de continuidad jurídica de las leyes («der Rechtsbeständigkeit der Gesetze») como un

(37) Ello explica que Vigoriti haya escrito, en referencia a la *Corte Costituzionale*, que: «In its place must come recognition that constitutional judges are the masters, not the servants, of a living constitution». Vincenzo VIGORITI, «Italy: The Constitutional Court», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 20, 1972, pp. 404 y ss.; en concreto, p. 414.

(38) Volker HAAK, *Normenkontrolle und Verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1963, p. 304.

(39) Otto BACHOF, «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», en *Summum Ius Summa Iniuria* (Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus. Wintersemester 1962/63), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 48.

principio jurídico de considerable peso («Als einen Rechtsgrundsatz von so erheblichem Gewicht»). Con ello se trata, además, de compatibilizar la primacía de la Constitución con la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador.

El *horror vacui* del juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de *big bang* de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de «agujeros negros» en el ordenamiento jurídico (40). Ello ha propiciado la multiplicación de las llamadas «sentencias interpretativas», que, como pusiera de relieve Crisafulli (41), «sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche». Y esa exigencia práctica es, precisamente, la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, al que acabamos de referirnos precedentemente, que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica, y el hecho de que algunos Tribunales Constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico (42), se puede comprender la gran expansión que este tipo de decisiones ha tenido.

II. La interpretación por el juez constitucional no sólo de la Constitución sino también del resto del ordenamiento jurídico, a fin de «conformarlo» a la Norma suprema, se traduce en la creación de una jurisprudencia vinculante que, ya antes lo señalábamos, ha venido a suponer una notable disminución de la distancia que antaño

(40) Thierry DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1997, p. 74.

(41) Vezio CRISAFULLI, «La Corte Costituzionale ha vent'anni», en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, 1976, Fasc. 10, pp. 1694 y ss.; en concreto, p. 1703.

(42) Silvestri, refiriéndose a la *Corte Costituzionale*, de la que por cierto es *Giudice* desde hace unos años, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socio-culturales (reflejadas, aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales. Gaetano SILVESTRI, «Le sentenze normative della Corte Costituzionale», en *Scritti su la Giustizia Costituzionale (In onore di Vezio Crisafulli)*, CEDAM, Padova, 1985, vol. I, pp. 755 y ss.; en concreto, p. 757.

separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla *stare decisis* y de la posición jerárquica superior de la *Supreme Court* (43), de la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

Por atender al bien significativo ordenamiento jurídico alemán, el artículo 31.1 *BVerfGG* establece el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal para todos los órganos constitucionales del *Bund* y de los *Länder*, así como para todos los tribunales («alle Gerichte») y autoridades («und Behörden»). El sentido de esta eficacia vinculante (*Bindungswirkung*) es la extensión de la fuerza de cosa juzgada personal de las resoluciones («die Erstreckung der personellen Rechtskraft der Entscheidungen») frente a todos los órganos estatales («gegenüber allen staatlichen Organen»), eficacia vinculante ésta que también se extiende a la *ratio decidendi*, o si así se prefiere, a los *tragenden Gründe*, todo lo cual, según Weber (44), conduce a convertir al *BVerfG* no sólo en guardián de la Constitución («Hüter der Verfassung»), sino también en «intérprete determinante» («massgeblicher Interpret») de la misma. De este modo, si en el marco de una decisión de interpretación conforme, el *BVerfG* declara determinadas interpretaciones, posibles en sí mismas, disconformes con la Constitución, las restantes jurisdicciones no pueden deducir tales «posibilidades interpretativas» como conformes a la Constitución (45). Innecesaria-

(43) Esta vinculación de la interpretación llevada a cabo por la *Supreme Court* no ha dejado, sin embargo, de ser objeto de algunos cuestionamientos. Aunque las decisiones de la *Supreme Court*, generalmente, se consideran vinculantes para todos, incluyendo al Presidente y al Congreso, Rosenfeld recuerda que, periódicamente, ha habido impugnaciones recurrentes en relación a esta idea del carácter vinculante de tales decisiones. Michel ROSENFELD, «El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 8, julio/diciembre de 2007, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 247.

(44) Albrecht WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en Christian STARCK y Albrecht WEBER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 61.

(45) En sentido análogo, quien fuera Presidente del *BVerfG*, Wolfgang ZEIDLER, en «Cour constitutionnelle fédérale allemande» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 53.

rio es decir que todo ello redundaría en que el Tribunal Constitucional ya no sea tan sólo el «legislador negativo» que concibiera Kelsen, sino que haya pasado a ser, en bastantes ocasiones, un verdadero legislador positivo.

Pero es que, incluso en aquellas sentencias que parecen limitarse a expulsar una norma del ordenamiento jurídico por su contradicción con la Constitución, el rol del Tribunal Constitucional va más allá del de un mero «legislador negativo». Como dijera Leopoldo Elia, siendo Presidente de la *Corte Costituzionale*, la motivación de una decisión incluye, implícita o explícitamente, «condizioni di comportamento conforme a costituzione per il legislatore» (46). Aun cuando la sentencia pueda parecer, en sintonía con la doctrina kelseniana, tan sólo un *contrarius actus*, casi siempre es posible superar tal visión, «traendo condizionamenti impliciti o espliciti per la futura condotta del legislatore». Por lo mismo, y en referencia ya a España, bien creemos poder decir que la trascendencia de la doctrina constitucional sentada por nuestro Tribunal Constitucional desborda de lejos la que el Código Civil, con carácter general, atribuye (art. 1.6) a la jurisprudencia ordinaria, que viene a complementar el ordenamiento jurídico. No estamos, en el caso de la jurisprudencia constitucional, ante un mero complemento del ordenamiento jurídico, sino ante un componente que va a impregnar la totalidad de ese mismo ordenamiento, al acomodar su significado a la interpretación que de los principios y preceptos constitucionales va a llevar a cabo el juez constitucional. Pensemos que en nuestro país, al igual que en Alemania, también se admite de modo generalizado (aunque, por supuesto, haya quienes piensen lo contrario), que la eficacia vinculante no se circunscribe tan sólo al fallo, a la parte dispositiva de la sentencia, sino que se proyecta asimismo a la *ratio decidendi*, o lo que es igual, en los términos de Abraham (47), a «the essence, the vitals, the necessary legal or constitutional core of the decision».

(46) Leopoldo ELIA, «Il potere creativo delle Corti costituzionali», en *La Sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza), CEDAM, Padova, 1988, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 224.

(47) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process* (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France), 7th edition, Oxford University Press, New York/Oxford, 1998, p. 245.

III. Al margen de cuanto se acaba de exponer, hemos de recordar, aunque no podamos entrar en ello (48), que los Tribunales Constitucionales europeos, o al menos buen número de ellos, al hilo de los mecanismos de fiscalización de la inconstitucionalidad por acción (aunque también por intermedio de los recursos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, como ejemplifica el *Verfassungsbeschwerde*), han creado de modo pretoriano una serie de técnicas decisorias más o menos originales a través de las cuales han posibilitado el control de las omisiones legislativas. No ha obstado a ello el hecho de que los recursos jurisdiccionales, en gran medida por la inercia de una tradición liberal todavía hoy bien presente en el Derecho procesal, sólo quepan frente a actos formales, con la obvia ignorancia subsecuente de las omisiones. Las dificultades del empeño no eran pocas, pues como constataba Trocker (49), refiriéndose a la justicia constitucional germano-federal, los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes parecían estructurados de modo tal que no se comprendían aquellos casos en que el legislador hubiera violado no ya por acción, sino por omisión, la *Grundgesetz*. Ni el control normativo abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*) ni el control normativo concreto (*konkrete Normenkontrolle*) parecían tener por objeto un comportamiento omisivo del legislador. Ello no impediría que el *BVerfG* pudiera conocer de las omisiones del legislador, particularmente de las «relativas», por utilizar la categorización de Wessel (50).

(48) Nos remitimos al respecto a un artículo de nuestra autoría. Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 75, Tercer cuatrimestre 2008, pp. 7 y ss.

(49) Nicolò TROCKER, «Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà» (Studio comparativo sul diritto tedesco), en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, vol. CLXXVIII, Fascicoli 1-2, Gennaio/Aprile, 1970, pp. 88 y ss.; en concreto, pp. 106-107.

(50) Wessel, Juez del *BVerfG*, en 1952, muy poco después por tanto de que el Tribunal Constitucional Federal iniciara sus tareas, en un trabajo ya clásico, vino a sentar las bases de la más conocida y reiterada tipología de las omisiones legislativas. Wessel diferenciará entre las omisiones absolutas del legislador y las relativas. Las primeras («Absolutes Unterlassen des Gesetzgebers») son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del legislador de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas («relatives Unterlassen») presuponen una regulación parcial que, al omitir, por ejemplo, del goce de un derecho a determinados grupos de personas, vienen a entrañar una violación del principio de igualdad. Cfr. al efecto, WESSEL, «Die Rechts-

Posibilitada esta fiscalización en sede constitucional, la creatividad de algunos Tribunales Constitucionales, el alemán y el italiano de modo muy destacado, iba a hacer el resto. Una pluralidad de técnicas decisorias tanto por parte del *Bundesverfassungsgericht* como de la *Corte Costituzionale*, propiciarían una respuesta jurídica adecuada a los retos que planteaba el control de las omisiones legislativas. Y para ello, en muchos casos, ambos Tribunales iban a actuar como auténticos legisladores positivos. La técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*) del Tribunal alemán lo ejemplifica paradigmáticamente, más aún si se tiene en cuenta que, «a posteriori», el legislador alemán, mediante la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional (*BVerfGG*) de 1970, positivaría la creación llevada a cabo en sede jurisdiccional doce años antes. En Italia, las sentencias manipulativas constituyen asimismo un perfecto ejemplo de creación normativa. Piénsese sin más en los dos subtipos de tales decisiones que suelen diferenciarse: *sentenze additive* y *sentenze sostitutive*, o más recientemente, en las «sentencias aditivas de principios», e incluso, en cierto modo, en las *sentenze-monito*, en las que la *Corte Costituzionale* recurre a la técnica de dar avisos, sugerencias o advertencias (*monito*) al legislador.

La gran novedad a destacar de la justicia constitucional de la segunda posguerra, puesta de relieve de uno u otro modo por numerosos autores (51), es, pues, la de que los Tribunales Constitucionales no circunscriben su rol al de simples «legisladores negativos». El horror

prechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.; en particular, p. 164.

(51) Pensemos en que ya Calamandrei, en los años cincuenta, se manifestaba en tal sentido, al poner de relieve que la *Corte Costituzionale*, si bien su consideración era aplicable a cualquier otro Tribunal Constitucional, lejos de circunscribir su función a la mera anulación de normas, desempeñaba una función positiva que se manifestaba en una doble vertiente: una acción de estímulo frente al legislador y una cooperación activa al *indirizzo politico*, resultante de que, más allá del efecto negativo, expreso en la parte dispositiva de la sentencia, de anulación de la ley contraria a la Constitución, las consideraciones efectuadas por la *Corte* en los fundamentos jurídicos de la sentencia tenían un significado positivo de cooperación activa al *indirizzo politico*. Piero CALAMANDREI, «Corte Costituzionale e autorità giudiziaria», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, pp. 7 y ss. Trabajo recogido en la obra del propio autor, que manejamos, *Studi sul processo civile*, vol. 6.º, CEDAM, Padova, 1957, pp. 210 y ss.; en concreto, p. 258.

a los vacíos normativos, el principio de conservación de la norma, en coherencia con las exigencias dimanantes del principio de seguridad jurídica, la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se tratan de atajar con las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, con la subsiguiente búsqueda de fórmulas más flexibles que la pura dicotomía validez/nulidad (52), la multiplicación del número de leyes, de lo que constituye buena muestra el fenómeno de las llamadas *leggine* en Italia, la reconocida naturaleza objetiva de los derechos, que exige su interpretación como un orden objetivo de valores, la enorme relevancia que ha asumido el principio de igualdad en su doble vertiente formal y material, y un dispar conjunto de razones estructurales que tienen bastante que ver con las nuevas exigencias del Estado de nuestro tiempo, y en particular, con los problemas redistributivos del Estado social, respecto a los cuales, como afirma Weber (53) en relación al *BVerfG*, en una reflexión proyectable a otros órganos análogos, éste órgano siempre debe incidir con carácter correctivo, tanto en el reconocimiento de prestaciones como en su recorte, son otras tantas razones que explican la función positiva que hoy vienen asumiendo con toda naturalidad los Tribunales Constitucionales, que, como advirtiera hace ya unos cuantos lustros Crisafulli (54), en ocasiones parecen transformarse de jueces en legisladores.

En definitiva, si las circunstancias que, al margen ya de su propia concepción dogmática del Estado y del Derecho, indujeron a Kelsen a esbozar su peculiar modelo de justicia constitucional, han mutado de modo radical tras la guerra, y si la caracterización como «legislador negativo», a la que se han anudado los principales elementos diferenciales respecto del modelo norteamericano, se ha relativizado

(52) Como sostiene Modugno, la estricta alternativa *accoglimento/rigetto* dispuesta en el diseño constituyente italiano, no fue sino fruto de la ingenuidad (quizá también, añadiríamos por nuestra cuenta, del potente influjo de esa idea-fuerza que fue la del «legislador negativo»), pues las sentencias interpretativas, en su variada tipología, representan una respuesta realista y siempre flexible frente a los requerimientos de un diseño abstracto y rígido. Franco MODUGNO, «Corte Costituzionale e potere legislativo», en Paolo BARILE, Enzo CHELI y Stefano GRASSI (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 19 y ss.; en concreto, p. 48.

(53) Albrecht WEBER, «Alemania», en Eliseo AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53 y ss.; en concreto, p. 84.

(54) Vezio CRISAFULLI, «La Corte costituzionale ha vent'anni», *op. cit.*, p. 1704.

hasta el extremo, la conclusión es clara: los soportes que condujeron a la contraposición entre los dos grandes modelos de la justicia constitucional han sido profundamente socavados. Y a todo ello habrá de añadirse la obsolescencia de los rasgos procesales propios de cada modelo que Calamandrei contrapuso en forma binomial, cuestión de la que nos ocupamos a continuación.

5. LA OBSOLESCENCIA DE LOS RASGOS BINOMIALES CONTRAPUESTOS DE CALAMANDREI

En una caracterización muy bien conocida, el gran procesalista italiano Piero Calamandrei (55) vino a connotar los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad (o de legitimidad constitucional) de las leyes, el sistema norteamericano de la *judicial review of Legislation* y el europeo de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, a través de un conjunto de binomios contrapuestos.

El primero de esos sistemas, tildado habitualmente como sistema difuso, en cuanto que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, decía Calamandrei) pueden llevar a cabo este control, era caracterizado como incidental o concreto (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), especial (la declaración de inconstitucionalidad tan sólo conduce a negar la aplicación de la ley *in casu*, o lo que es igual, a la inaplicación de la norma legal considerada inconstitucional en el caso concreto), declarativo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente, y por tanto con efectos *ex tunc*) y con efectos *inter partes*, pues sólo las partes del caso concreto en el que se ha suscitado la fiscalización de la norma legal van a verse afectadas.

El sistema kelseniano, conocido por lo general como sistema concentrado, en cuanto que el control se residencia en un único y es-

(55) Piero CALAMANDREI, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil)*, traducción de Santiago Sentís Melendo, vol. III, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 21 y ss.; en concreto, pp. 32-33.

pecial órgano constitucional, iba a ser caracterizado como principal o abstracto (el control se propone como tema separado y principal de la petición, cuestionándose directamente la legitimidad de la ley en general, sin esperar a que la aplicación de la norma legal ofrezca la ocasión de una controversia especial), general (la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación general de la norma legal, haciéndole perder para siempre su eficacia normativa general), constitutivo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale *pro futuro* y respeta en cuanto al pasado la validez de la norma legal inconstitucional) y, en sintonía con lo anterior, con efectos generales o *erga omnes*.

La virtualidad didáctica de los adjetivos «difuso» y «concentrado» es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la justicia constitucional, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso. Incluso desde una perspectiva histórica, resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad ha sido más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más característicos. No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda posguerra, si bien a partir de este momento el proceso conducente a la relativización de los rasgos binomiales expuestos se acentuará de modo notable. En efecto, la importante reforma constitucional austriaca de diciembre de 1929, ya mencionada, agrietará la supuesta solidez de esos contrapuestos rasgos. A juicio de Cappelletti (56), que compartimos por entero, tras la *Novelle* (como se conoce la reforma constitucional de 1929), el sistema austriaco-kelseniano iba a presentar ya un carácter híbrido.

Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos grandes modelos. Tal será el caso, por limitarnos a la opinión del autor posiblemente más relevante, de Mauro Cappelletti (57),

(56) Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, settima ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1978, p. 95.

(57) Mauro CAPPELLETTI: «Judicial Review in Comparative Perspective», en *California Law Review* (*Cal. L. Rev.*), vol. LVIII, 1970, pp. 1017 y ss.; en concreto, p. 1053. En

para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela un hundimiento de las antiguas dicotomías («a breakdown of old dichotomies»), hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo, en proceso, en definitiva, de su progresiva unificación («the two worlds are becoming one»). El análisis particularizado que hacemos a continuación de los, supuestamente, contrapuestos rasgos de cada modelo no conduce sino a corroborar lo que se acaba de decir.

A) *El carácter relativo de la contraposición «sistema concentrado/sistema difuso»: del monopolio del control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional al mero monopolio de rechazo*

El primero de los rasgos diferenciales entre los dos grandes modelos atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Ya se ha dicho, y es de sobra conocido, que en el sistema norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley con ocasión de las controversias o litigios que se susciten ante ellos. En el sistema kelseniano, un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, es el único encargado de llevar a cabo dicha fiscalización, asumiendo por lo mismo un verdadero monopolio.

Este monopolio, aunque formalmente no se vea alterado, sufrirá un considerable embate con la reforma constitucional austriaca de 1929 (*Dezember Verfassung*). Cabe recordar, con carácter previo, que el texto constitucional de 1920 (art. 89.2) habilitaba a los Tribunales, en el caso de que les surgieran dudas acerca de la ilegalidad de un reglamento que hubieren de aplicar, para suspender el procedimiento seguido ante ellos y requerir al Tribunal Constitucional su anulación por un vicio de ilegalidad. El planteamiento de esta cuestión quedaba, pues, circunscrito a las normas reglamentarias, no abarcando las legales.

versión francesa, «Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé», en la obra del propio autor, *Le pouvoir des juges*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1990, pp. 179 y ss.

La reforma constitucional de 1929, dando una nueva redacción al artículo 140, amplió la legitimación para recurrir una ley por un vicio de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof, VfGH*), al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Cualquiera parte de una *litis* o controversia de la que estuviera conociendo uno de estos dos altos órganos judiciales ordinarios podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto, si bien la cuestión constitucional propiamente dicha se había de plantear por la exclusiva decisión del órgano jurisdiccional, pues, desde el punto de vista procesal, lo que resultaba decisivo era el interés público protegido por los Tribunales, no el interés privado de las partes, en sintonía con la naturaleza objetiva de los procesos de control normativo, de la que se hiciera eco Söhn en un ya clásico trabajo (58).

El origen de esta reforma se ha visto por algún autor (59) en la facultad de que dispuso el *VfGH*, desde su diseño inicial en 1920, de proceder de oficio al control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, cuando hubiere de aplicar una de esas normas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, a nuestro modo de ver, quizá haya que atender también a la nítida postura kelseniana favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, en la que el gran jurista nacido en Praga vio un cauce para la introducción de una muy atenuada *actio popularis* (60).

(58) Hartmut SÖHN, «Die abstrakte Normenkontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian Starck, Erster Band (Verfassungsgerichtsbarkeit), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 292 y ss.

(59) Theo ÖHLINGER, «La giurisdizione costituzionale in Austria», en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, núm. 3, diciembre de 1982, pp. 535 y ss.; en concreto, p. 542.

(60) Recordemos que Kelsen admitía, que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual, el *VfGH* habría de proceder al control a instancia de cualquiera. «C'est incontestablement de cette façon que l'intérêt politique qu'il y a à l'élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale». A partir de tal reconocimiento, Kelsen considera esta solución como no recomendable, porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias «et le risque d'un insupportable encombrement des rôles». Sin embargo, casi de inmediato, Kelsen se manifiesta favorable a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio*

La reforma constitucional de 1929, de esta forma, aun no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, alteró significativamente el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que eran legitimados para plantear ante el *VfGH* la pertinente «demanda» (en los términos del art. 140.1 de la Constitución), antes de decidir su planteamiento, debían lógicamente de llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar posteriormente el planteamiento de la cuestión. Como ha escrito Rubio Llorente refiriéndose a la cuestión de inconstitucionalidad en España (61), aunque su reflexión tiene un obvio valor general, la cuestión implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. De ahí que allí donde existe este instituto procesal, independientemente del nombre con que se le identifique, el Tribunal Constitucional, en cuanto comparte con los órganos judiciales ordinarios la posibilidad de emitir juicios de constitucionalidad, pierde su monopolio sobre los mismos, pasando a detentar tan sólo el monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austriaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

El constitucionalismo de la segunda posguerra ha caminado en esta misma dirección. Alemania, Italia y España nos ofrecen buenos ejemplos de ello, y en Austria también se ha avanzado, pues la reforma constitucional de 1975 vino a legitimar, en orden al desencadenamiento del control por parte del *VfGH*, a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que era relevante en todos aquellos supuestos en los que no estaba legalmente previsto un recurso ante los órganos judiciales supremos.

popularis, a cuyo efecto postula que se permita a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal control de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales o actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *op. cit.*, pp. 245-246.

(61) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 588.

Puede concluirse por todo ello, que el instituto procesal que venimos comentando ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, relativizando de esta forma el primer binomio diferencial que separa a los dos grandes modelos.

B) *La relatividad de la rígida contraposición entre el carácter incidental y principal del control*

I. Una segunda diferencia entre los dos sistemas atañe al carácter incidental o principal del control. Recordemos que en el sistema de la *judicial review* la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; la supuesta inconstitucionalidad tan sólo puede hacerse valer como una cuestión incidental, de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez competente, por quien es parte en una controversia o litigio concreto. En el sistema kelseniano, el control se propone como principal, desvinculado de la aplicación concreta de la ley. El cauce procesal para instar el control es, pues, el de una impugnación directa, en vía principal. Al desvincular la acción de inconstitucionalidad de cualquier litigio, se facilita la fiscalización de leyes que, quizá, no puedan suscitar controversia, si bien, como regla general, el ejercicio de esta acción se circunscribe a un determinado plazo. En el sistema kelseniano parece, pues, que el desencadenante del control de constitucionalidad es el puro interés público, mientras que en el modelo norteamericano, en principio, la fiscalización en sede judicial se conecta estrechamente con una controversia entre intereses particulares.

En 1942, Kelsen sostuvo (62), que la mayor diferencia entre el sistema norteamericano y el austriaco radicaba en el procedimiento a cuyo través una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el hecho de que, en principio, en el sistema americano, sólo la violación del interés de un particular

(62) Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study...», *op. cit.*, pp. 192-193.

podía desencadenar el procedimiento de control constitucional («it is in principle only the violation of a party-interest which puts in motion the procedure of the judicial review of legislation»), lo que, de alguna forma, significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las normas entraña, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

II. El control en el sistema norteamericano, ciertamente, se ha vinculado siempre a la existencia de una controversia. Ya en julio de 1793, la *Supreme Court* tuvo la oportunidad de pronunciarse al efecto, al rechazar dar una opinión consultiva (*advisory opinion*) que el Secretario de Estado, Thomas Jefferson, en nombre del Presidente Washington, solicitó de la Corte sobre un cierto número de cuestiones legales de Derecho internacional suscitadas de resultas de la ruptura de hostilidades entre Francia e Inglaterra y en conexión con la *Neutrality Proclamation* hecha por Estados Unidos ese mismo año. Como señalara Warren (63), con su rechazo, la Corte sentó un precedente de inmensa importancia para el sistema gubernamental del que, por lo demás, nunca se ha apartado. Otro hito jurisprudencial al respecto lo encontramos, en 1911, en el caso *Muskrat vs. United States*. A juicio de quien llegaría a ser *Chief Justice*, Charles Evans Hughes (64), el éxito de la Corte en cuanto tribunal independiente y exclusivamente judicial iba a depender, no de unas fórmulas constitucionales, sino (al margen ya de la calidad de los hombres seleccionados para la Corte) de una serie de principios restrictivos adoptados para el control de su propio ejercicio del poder judicial, entre ellos, el de que desde el comienzo, la Corte se limitó a su tarea judicial de resolver pleitos reales («its judicial duty of deciding actual cases»), entendiéndolo que tal era la intención constitucional, pues no otra cosa debía significar el conocimiento de «casos» y «controversias» (65).

(63) Charles WARREN, «The First Decade of the Supreme Court of the United States», en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, vol. 7, 1939-1940, pp. 631 y ss.; en concreto, p. 646.

(64) Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation*, Columbia University Press, New York, 1928, pp. 29-30. En la versión española, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2.ª ed. española, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 53.

(65) El propio Charles Evans Hughes, ocupando la *Chief Justiceship*, y expresando la opinión de la Corte en el caso *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth* (1937), razonaba, que

Añadamos, que una dilatada jurisprudencia de la Corte ha delimitado la competencia judicial con singular nitidez, entendiendo a grandes rasgos que el conocimiento de «casos y controversias» (la conocida como *case and controversy doctrine*) ha de interpretarse como excluyente del conocimiento por los tribunales federales de cualquier caso que no cumpla estos cuatro requisitos: 1.º) el caso debe incluir partes contrarias; 2.º) las partes deben tener un interés jurídico sustancial; 3.º) la controversia, por fuerza, tiene que surgir de una serie de hechos reales, y 4.º) el fallo implica una decisión compulsiva sobre los derechos de las partes (66).

En definitiva, la vinculación del control de constitucionalidad en sede judicial a una controversia presupone que aquél sólo se desencadena con ocasión de un litigio que afecta a intereses particulares. No es el interés público en la preservación de un ordenamiento acomodado a la Constitución, el desencadenante del control, sino la existencia de una controversia, de una *litis* que enfrenta intereses particulares contrapuestos. Grant (67), desde su profundo conocimiento del constitucionalismo latinoamericano y desde la óptica del mismo, admitía mediado el pasado siglo, que uno de los principales defectos del sistema americano de la *judicial review* era la imposibilidad de conseguir que el interés público en la defensa de sus leyes fuera cuidado siempre de modo adecuado, pues no se podía considerar que así acontecía cuando el mismo se dejaba en manos de un litigante particular.

Una Ley de 24 de agosto de 1937, «para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, la apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de *injunctions* en algunos

«una controversia jurisdiccional se distingue de una diferencia o disputa de carácter hipotético o abstracto (...). La controversia debe ser determinada y concreta, con referencia a las relaciones jurídicas de las partes que tengan intereses jurídicos opuestos (...). Debe ser una controversia real y sustancial que admita un remedio específico a través de una resolución de carácter definitivo».

(66) C. Herman PRITCHETT, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 136.

(67) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, number 2, Spring 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, pp. 191-192.

casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos», vino a cambiar la situación. El propio Kelsen así lo había de expresar (68), admitiendo que el texto legal reconocía el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Y en la misma dirección se iba a manifestar Grant (69), para quien la Ley subsanaba el defecto al que con anterioridad nos referimos, y ello por cuanto, siguiendo el sistema usado largo tiempo en México, la Ley de 1937 dispuso que cuando la validez de una ley federal fuera cuestionada por un litigante, el tribunal debía de proceder a notificarlo al *Attorney General*, a fin de permitirle que fuera parte en el caso (70). La Ley concedía asimismo al ejecutivo la facultad de recurrir en apelación ante la *Supreme Court* una sentencia dictada por un tribunal federal, por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al ejecutivo federal el derecho a intervenir judicialmente en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose así en una de las partes a los efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Con anterioridad a la *Judiciary Act* de 1937, en semejantes casos, no siendo parte los Estados Unidos, a sus representantes legales no les cabía otra opción que la de comparecer en el proceso como *amici curiae*, opción claramente insuficiente.

El valor de la nueva norma legal quedó demostrado pocos años después, en el caso *United States v. Johnson* (1944). El pleito surgió en torno a la cuestión de la validez de las normas relativas al control de los alquileres, que había establecido la *Emergency Price Control Act* de 1942, considerando el tribunal, en el pertinente proceso, que la norma legal era *unconstitutional*. En apelación, la sentencia fue anulada y la petición considerada como colusoria, por-

(68) Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study...», *op. cit.*, p. 193.

(69) James Allan C. Grant, «Judicial Control of Legislation...», *op. cit.*, p. 192.

(70) En el comentario relativo a la legislación (particularmente a la *Judiciary Act* de 1937) que se lleva a cabo en la *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*, vol. LI, No. 4, February 1938, pp. 148-155, en particular, pp. 148-149), puede leerse, en relación a la finalidad perseguida por este texto legal, lo siguiente: «The chief purpose of the Act is to remove the possibility of having a federal statute declared unconstitutional in a suit to which the United States was not a party, and in which the relation of the litigants was such that a proper presentation of the case in favor of the validity of the statute in question was not obtained».

que se probó que el demandante había formulado la demanda con un nombre ficticio a instancias del demandado, que había contratado al abogado del demandante y pagado todos los gastos judiciales. Tales hechos no habrían salido a la luz si el *Attorney General* no hubiera podido personarse como parte, lo que fue posible gracias a la Ley de 1937.

Como puede apreciarse, desde la perspectiva del Derecho norteamericano, el interés público pasó a hacer acto de presencia hace tres cuartos de siglo en los procesos en los que pudiera ventilarse la inconstitucionalidad de «a national statute». Pero también desde la óptica de los sistemas de corte kelseniano nos encontramos con una importantísima relativización de la diferencia que ahora estamos analizando.

III. En Europa, como destacara la doctrina⁽⁷¹⁾, una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austriaco-kelseniano), mediante el empleo de mecanismos procesales tales como las *questioni di legittimità costituzionali*, el *konkrete Normenkontrolle* o nuestra cuestión de inconstitucionalidad, mecanismos que hoy encontramos en otros muchos países (por ejemplo, en la gran mayoría de los países de Europa oriental). Por intermedio de los mismos, tal y como ya vimos al aludir a la reforma constitucional austriaca de 1929, se reconoce a los órganos jurisdiccionales ordinarios la facultad no de decidir autónomamente las cuestiones constitucionales, pero sí de elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución que hayan de ser aplicadas, con carácter determinante para la decisión final, en una *litis* concreta de la que estén conociendo. Ello es enormemente importante, porque va a atribuir un cierto carácter «concreto» al control realizado en sede constitucional a instancias de un órgano judicial ordinario. Bien es verdad que, a nuestro entender, este carácter «concreto», supuestamente contrapuesto a la «abstracción» que parece connatural al ca-

(71) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», *op. cit.*, p. 522.

rácter principal del control, sólo puede visualizarse en un sentido impropio, que se vincula con el planteamiento de la cuestión, y ello aunque haya de admitirse que, en lo básico, la cuestión planteada por el juez ordinario ante el juez constitucional será la de la incompatibilidad entre dos normas, la legal y la constitucional, esto es, una cuestión esencialmente abstracta. A este respecto, Rubio Llorente (72) ha hecho especial hincapié en que el cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional, por un tribunal ordinario, de la ley que debe aplicar para la solución de un caso concreto sigue siendo una impugnación abstracta, anterior a la decisión del litigio y cuyo objeto no es ni puede ser otro que el puro enunciado de la ley, y ni siquiera debe inducir a error la denominación alemana de esta vía de control, *konkrete Normenkontrolle*. Con todo, a nuestro entender, ignorar que de una y otra forma de desencadenamiento del control de la ley en sede constitucional se desprenden diferencias significativas sería tanto como desatender a la evidencia.

La abstracción del control se produce porque el proceso de constitucionalidad surge completamente al margen de un caso judicial, y por lo mismo, de la aplicación de la norma. La concreción deriva a su vez de la relación de prejudicialidad, como se diría en Italia, que, en conexión con la «relevancia» (constatada en el oportuno «juicio de relevancia») de la cuestión de inconstitucionalidad, se establece entre los dos juicios en base a que mientras en uno la norma impugnada constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro, es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, dependiendo la resolución de la *litis* de la validez constitucional de la norma, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un caso concreto en cuyo ámbito la norma controlada ha de encontrar aplicación.

Esta, si se quiere, relativa concreción en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo en sede constitucional. El Tribunal Constitucional, desde luego, no va a dejar de confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a

(72) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), *op. cit.*, p. 511.

través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas. Sin embargo, como bien se ha señalado (73), la concreción en el planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que, una vez que haya dictado sentencia el juez constitucional, habrá de pronunciarse el juez *a quo*.

La introducción en Europa del instituto procesal que en España llamamos cuestión de inconstitucionalidad, que como ya se ha visto se remonta a una época tan lejana como es el año 1929, nos ofrece una prueba fehaciente más del progresivo entremezclamiento de elementos de uno y otro sistema.

C) *Los elementos de aproximación frente a la supuesta separación visualizada en los binomios relativos a la extensión, naturaleza y efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad*

Una última y doble diferencia entre los dos sistemas atañe a la extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En el modelo norteamericano, en sentido estricto, el Juez no anula la ley sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la Constitución. Estaríamos, pues, ante una sentencia declarativa. En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (*inter partes*); dicho de otro modo, y en términos de Calamandrei, se trata de un control «especial», no «general». Incidiendo en estos mismos rasgos,

(73) Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en *La Jurisdicción Constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 1979-1994)*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 71 y ss.; en concreto, pp. 77-78.

Grant (74) ha procedido a sintetizarlos con meridiana claridad: «The American doctrine —escribe el conocido profesor americano— is based upon a single concept: a statute contrary to the Constitution is void. The unconstitutional law does not become unenforceable when it is declared unconstitutional by a court; it is void *ab initio* —from the beginning— and the court cannot apply it because of its nullity» (75).

En la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, como ya expusimos, no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia que Kelsen considera determinante entre la función jurisdiccional y la función legislativa (mientras la última crea normas generales, la primera no crea sino normas individuales), el maestro de la Escuela de Viena resuelve el problema del significado de la anulación de una ley decidida por el Tribunal Constitucional. «Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales —escribe Kelsen (76)— el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de "legislador negativo"». La decisión del Tribunal de anular una ley tiene, pues, el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal; es un acto de legislación negativa. Y en obvia sintonía con lo anterior, la sentencia del Tribunal kelseniano tiene una naturaleza constitutiva.

En la caracterización del Tribunal como *negativ Gesetzgeber* no se ha de ver una acentuación del carácter político de la función

(74) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», *op. cit.*, p. 190.

(75) Años antes, Corwin se había pronunciado en términos muy parejos. «When the Supreme Court of the United States pronounces an act of Congress "void", it ordinarily means void *ab initio*, because beyond the power of Congress to enact, and it furthermore generally implies that it would similarly dispose of any future act of the same tenor». Edward S. CORWIN: «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XLII, No. 2, December, 1928, pp. 149 y ss., y 365 y ss.; en concreto, pp. 371-372.

(76) Hans KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931. Manejamos el texto en versión española, traducido por Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 36-37.

desempeñada por el *VfGH*, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, particularmente, al otorgamiento de efectos *erga omnes* al pronunciamiento del Juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial, es decir, a dotar a la sentencia de efectos *ex nunc* (77). Kelsen consideró que difícilmente podía justificarse tal fuerza retroactiva, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino, especialmente, porque la decisión concernía a un acto del legislador, y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control del Tribunal Constitucional. En definitiva, mientras el juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo, tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es patente, la naturaleza constitutiva de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad (78).

- a) El determinante influjo de la regla *stare decisis* en el sistema americano: de la inaplicación con efectos *inter partes* a la anulación con efectos *erga omnes*

La primera relativización que se advierte en el punto que nos ocupa atañe al sistema americano. Recordemos, a título previo, que la base de todo el Derecho de creación judicial, característico de los sistemas de *common law*, se encuentra en la regla del precedente (*the*

(77) Adriano GIOVANNELLI, «Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana...», *op. cit.*, pp. 388-389.

(78) Kelsen admite una sola excepción frente a la regla general de exclusión de fuerza retroactiva de la sentencia: la ley anulada por la sentencia constitucional no puede ya ser aplicada al caso que dio lugar al control jurisdiccional y subsiguiente anulación de la ley. Esta salvedad la justifica Kelsen como una necesidad técnica. «This retroactive force — escribe el gran jurista austriaco — exceptionally granted to the judgement of annulment, was a technical necessity, because without it the authorities charged with the application of the law (that is, the judges of the Supreme Court and of the Administrative Court respectively) would not have had an immediate and consequently sufficiently cogent interest to cause the intervention of the Constitutional Court». Innecesario es decir que cuando Kelsen escribe esto, ya regía en Austria la reforma constitucional de 1929, que como ya se ha expuesto, introducía limitadamente la que, con términos del ordenamiento español, llamaríamos cuestión de inconstitucionalidad. Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *op. cit.*, p. 196.

rule of precedent), que fundamenta la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus decisiones a los precedentes judiciales, conjunto normativo (*case law*) elaborado por los órganos jurisdiccionales con anterioridad. El bien conocido aforismo de origen latino, *stare decisis et quieta non movere*, identifica esta regla.

Si se nos permite el *excursus*, vale la pena recordar que la regla del *stare decisis* es fruto de un proceso histórico evolutivo que se manifiesta primeramente en Inglaterra. En este país, en los *year books*, primera forma de plasmación en actas de las decisiones jurisprudenciales, entre 1290 y 1530, no se encuentran aún vestigios de citas o referencias a casos precedentes. El primer vestigio de ello lo hallamos en el caso *Doctor and Student* (1540); en él, como recuerda Mattei (79), no sólo hace ya acto de presencia la distinción entre *authority* vinculante y precedente persuasivo, sino que también se establece *expressis verbis* el principio del Derecho inglés de que «los casos iguales deben ser decididos todos ellos de manera análoga». En este período de los *year books*, que se suele hacer llegar hasta el año 1765, fecha de inicio de los *reports* de Burrow, que marcan un punto de inflexión muy significativo, la publicación de las decisiones jurisprudenciales contribuirá de modo notable al proceso de crecimiento de su autoridad.

En la América prerrevolucionaria el valor del precedente fue muy desigual, en función de la relación de cada Colonia con la metrópoli. En todo caso, al precedente le puede ser aplicada la «regla áurea» que guió la recepción del *common law* inglés: éste rige en el ámbito delimitado por su adaptación a las necesidades locales (80).

Tras la Constitución de 1787, habrá que esperar a mediados del siglo XIX para poder apreciar algunas sentencias de la *Supreme Court* o de otros tribunales en las que se apela a la regla *stare decisis* como fuente de autoridad. Un ejemplo de ello puede verse en la consideración del *Chief Justice* de la Corte Suprema del Estado de Maryland, Le Grand, en el caso *Milburn v. State of Maryland* (1851), en el

(79) Ugo MATTEI, *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 12-13.

(80) *Ibidem*, p. 35.

sentido de que «the precedent's authority» (la autoridad de la doctrina jurisprudencial preexistente) cerraba la discusión. Hoy, no puede dudarse de que la praxis jurisprudencial de los tribunales norteamericanos se encuentra fuertemente condicionada por el principio *stare decisis*, que Benjamin Cardozo, en el más clásico estudio sobre el rol del poder judicial norteamericano, definiera en términos devenidos clásicos del siguiente modo: «*stare decisis* is at least the everyday working rule of our law» (81), dándole por lo mismo la naturaleza propia de una regla o pauta cotidiana.

La *Supreme Court*, desde luego, es libre de separarse de sus propios precedentes en materia constitucional, como defendiera en una *dissenting opinion* el prestigioso Justice Louis Brandeis, nombrado Juez del Tribunal en 1916 a propuesta del Presidente Woodrow Wilson. La reflexión de Brandeis se convirtió en la justificación teórica de un número relativamente elevado de casos de «cambio de ruta» constitucional. Pero no sería tal Juez el único que se iba a manifestar en tal dirección. Cardozo, —que llegaría a la Corte Suprema en 1932, permaneciendo como Juez en ella hasta el año de su muerte, 1938, siendo por tanto colega de Brandeis en la Corte durante seis años— en su célebre obra sobre el proceso judicial, se manifestaba dispuesto a admitir, que aunque la regla de la adhesión al precedente no debía ser abandonada, sí podía ser en alguna medida relativizada, relajada, cuando el precedente se encontrara incoherente con el sentido de la justicia o con el bienestar social (82). Aunque no deja de ser significativa la facilidad de la *Supreme Court* para mutar su jurisprudencia, en teoría, esta facultad de *overruling* se acepta tan sólo cuando se asienta en una especial justificación. En último término, bien podría afirmarse con Abraham (83), que «*stare decisis* is a prin-

(81) Benjamin Nathan CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 36th printing, Yale University Press, New Haven and London, 1975, p. 20.

(82) «I am ready to concede —escribe Cardozo— that the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment». Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, *op. cit.*, p. 150.

(83) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process. An Introductory Analysis...*, *op. cit.*, p. 360.

ciple of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision». Y que la regla *stare decisis* no pueda, ni deba, ser una fórmula mecánica es algo que se puede entender muy bien si se tiene en cuenta la reflexión crítica que en relación a una visión estática del principio de seguridad en el Derecho, formulara a mediados del pasado siglo el *Justice* William Orville Douglas, uno de los que más años ha pasado en la Corte (fue Juez entre 1939 y 1975), quien consideraría que «security can only be achieved through constant change, through the wise discarding of old ideas that have outlived their usefulness and through the adapting of others to current facts» (84). Hay tan sólo —concluía el *Justice* Douglas— una ilusión de seguridad en una «línea Maginot» («Maginot Line»). Por lo demás, la *Supreme Court* ha considerado que sus propias resoluciones judiciales vinculan a las restantes jurisdicciones, no sólo a las federales, sino también a las estatales en materia federal o de interés nacional.

La teoría clásica del precedente, que siempre se fundó en la distinción teórica entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, ha sufrido una profunda grieta respecto de su formulación más tradicional (85), por cuanto el análisis jurisprudencial confirma, que en la mayoría de los casos los jueces inferiores no sólo siguen los precedentes jurisprudenciales de la *Supreme Court*, sino que en ocasiones admiten de modo explícito sentirse asimismo vinculados por los *obiter dicta*, lo que, en último término, es revelador de que la autoridad y el prestigio de que goza la Corte Suprema es aún mayor que su ya de por sí elevada autoridad formal.

Un gran comparatista y excelente conocedor de la Corte Suprema como fue Edouard Lambert, ochenta años atrás (86), se hacía eco de algo que, en los momentos álgidos del debate por parte de la doctrina francesa en torno a la conveniencia de implantar en la Francia de la Tercera República el modelo norteamericano de la *judicial review*,

(84) William O. DOUGLAS, «Stare decisis», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. 49, No. 6, June, 1949, pp. 735 y ss.; en concreto, p. 735.

(85) Ugo MATTEI, *Stare Decisis. Il valore del precedente...*, *op. cit.*, p. 297.

(86) Edouard LAMBERT, «Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des États-Unis», en *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, Paris, 1929, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 481.

era a su juicio frecuentemente olvidado: la extraordinaria fuerza que daba a toda decisión de la *Supreme Court* la noción americana de «l'autorité du cas jugé». Las palabras del Profesor de Lyon no dejaban resquicio a la duda: «En matière constitutionnelle, aussi bien que dans le domaine du *common law*, le point de droit tranché par la Cour suprême, après débats et réflexions, devient *settled law* ou *settled rule*». La posición de la *Supreme Court* entrañaba un *ruling*, esto es, una reglamentación final de la cuestión jurídica planteada y resuelta por ella. Y esta fuerza se acentuaba aún más tratándose de sentencias constitucionales, o lo que es igual, sobre materia constitucional (87).

Retornando a la línea argumental seguida con anterioridad a este *excursus*, se comprende con facilidad tras todo lo expuesto, que aunque las decisiones de inconstitucionalidad circunscriban sus efectos en el modelo americano a las partes de la *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente ese rasgo. Si se advierte que el efecto vinculante del precedente se acentúa en relación a la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores, se comprende fácilmente que encuentre su máxima expresión en la jurisprudencia de la *Supreme Court*, no sólo en cuanto que es el órgano que se sitúa en el vértice del *federal judiciary*, sino también en cuanto que, a diferencia de lo que acontece en buen número de países europeos, en Norteamérica el Tribunal Supremo es único, lo que acentúa aún más si cabe la vinculatoriedad de sus decisiones. Dicho de otro modo, una vez decidida por la Corte que una determinada norma legal se halla en contradicción con la Constitución, aunque el efecto de esa decisión se circunscriba formalmente al caso concreto, en el que tal norma no podrá ser aplicada, *de facto*, el efecto de la decisión será mucho más amplio, pues, a partir de esa sentencia de la Corte es impensable que ningún otro tribunal pueda aplicar la norma legal considerada inconstitucional. Del efecto *in casu* se habrá pasado de hecho a un efecto general, *erga omnes*. La norma se mantendrá formalmente en vigor mientras el Congreso no decida lo contrario,

(87) «Quand il s'agit d'arrêts constitutionnels —escribe de nuevo Lambert (*Ibidem*)— (le *ruling*) a infiniment plus d'autorité que les arrêts de règlement de nos anciens parlements —qu'une ordonnance royale pouvait abroger—, tandis que ces *rulings* font la loi aux législatures».

pero su aplicación quedará congelada, por decirlo de algún modo. De esta forma, la sentencia de la Corte Suprema habrá desencadenado de hecho una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley de factura kelseniana, a salvo, claro está, de que la misma *Supreme Court* cambie su jurisprudencia en torno a la norma legal en cuestión (*overruling*). Pensemos por lo mismo en lo ocioso que puede resultar la interposición de una demanda contraria a precedentes establecidos por la Corte Suprema, en un sistema en el que un precedente proveniente de dicho órgano «no *overruled*» bien puede ser considerado «the supreme law of the land».

En la misma dirección, Cappelletti (88) ha compendiado la situación, considerando que si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación. En los propios términos del gran procesalista italiano, «through the instrument of *stare decisis*, this "non-application" in the particular case becomes in practice a genuine quashing of the unconstitutional law which is final, definite and valid for every future case. In short, it becomes a true annulment of the law with, at least in theory, retroactive effects».

- b) La generalización de la nulidad *ipso iure* de la norma y de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales

I. En el diseño kelseniano, como ya expusimos, la eficacia *erga omnes* de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad opera con efectos *ex nunc*, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley declarada inconstitucional. Kelsen, recordémoslo, rechazó frontalmente la nulidad de raíz de la norma inconstitucional. En su estudio comparativo entre el modelo austriaco y el norteamericano, es-

(88) MAURO CAPPELLETTI, «Judicial Review in Comparative Perspective», *op. cit.*, p. 1043.

cribía: «Within a system of positive law there is no absolute nullity. It is not possible to characterize un act which presents itself as a legal act as null *a priori* (void *ab initio*). Only annulment of such an act is possible; the act is not void, it is only voidable». En sintonía con tal visión, Kelsen añadía más adelante que «the statute must be considered valid so long as it is not declared unconstitutional by the competent court. Such a declaration has, therefore, always a constitutive and not a declaratory character» (89). Sin embargo, si este rasgo del diseño kelseniano, como regla general, que no excluye algún matiz, se ha mantenido en Austria, no puede decirse que haya acontecido lo mismo en otros países europeos que han adoptado una estructura concentrada en su jurisdicción constitucional.

Además, las definiciones normativas no pueden agotar la complejidad de la realidad jurídica que el Tribunal Constitucional conoce a diario (90). Y qué duda cabe de que a ello tratan de responder ciertas previsiones constitucionales o legales, que otorgan a los respectivos Tribunales Constitucionales unos márgenes de apreciación con vistas a modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, rompiendo con ello rígidos esquemas. Austria precisamente nos ofrece un buen ejemplo de lo que se acaba de decir.

La regla general que rige en el ordenamiento austriaco la encontramos en el principio de la anulabilidad con efectos *ex nunc*, pero incluso en el modelo kelseniano por antonomasia esa regla encuentra excepciones. Tal puede considerarse el caso de la posibilidad de que los efectos de una sentencia de anulación (*Aufhebung*) del Tribunal austriaco (*VfGH*) no entren en vigor el día de la publicación, caso de que el *VfGH* determine un plazo para la anulación, que en los términos del artículo 140.5 de la Constitución («Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten») no puede exceder de 18 meses, fórmula que no debe extrañar, pues es plenamente tributaria del pensa-

(89) Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *op. cit.*, p. 190.

(90) En análogo sentido, Ángel LATORRE SEGURA y Luis DIEZ-PICAZO, «Tribunal Constitutionnel espagnol» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 85 y ss.; en concreto, p. 132.

miento kelseniano (91). Esta previsión es un ejemplo paradigmático de lo que antes señalábamos, pues, como han subrayado, entre otros, Korinek y Martin (92), la decisión de fijación de tal plazo queda al libre albedrío del Tribunal («liegt in Ermessen des VfGH») (93).

No es la anterior la única previsión que se aparta de la estricta regla de los efectos *ex nunc*. Y así, aunque los artículos 139.6 (en relación a los reglamentos anulados por su ilegalidad) y 140.7 (respecto de las leyes anuladas por su inconstitucionalidad), ambos de la Constitución, parten del principio de que la norma reglamentaria o legal anulada se seguirá aplicando a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepción hecha obviamente del caso que haya dado origen al fallo (excepción, como ya dijimos, admitida asimismo por Kelsen), a la par facultan al Tribunal Constitucional para que disponga otra cosa en la sentencia de anulación; dicho de otro modo, el Tribunal dispone de una potestad discrecional en orden a proyectar retroactivamente los efectos de su sentencia, lo que supone una notable relativización del principio kelseniano de los efectos *ex nunc*.

(91) Recordemos que Kelsen, tras defender, por exigencias de la seguridad jurídica, el efecto *pro futuro* de una sentencia de inconstitucionalidad, escribe: «Il faut même envisager la possibilité de ne laisser l'annulation entrer en vigueur qu'à l'expiration d'un certain délai. De même qu'il peut y avoir des raisons valables de faire précéder l'entrée en vigueur d'une norme générale (...) d'une *vacatio legis*, de même il pourrait y en avoir qui porteraient à ne faire sortir de vigueur une norme générale annulée qu'à l'expiration d'un certain délai après le jugement d'annulation». HANS KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *op. cit.*, pp. 218-219.

(92) Karl KORINEK und Andrea MARTIN, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, Teilband I (Berichte), pp. 67 y ss.; en concreto, p. 80.

(93) No es éste ni mucho menos el único ejemplo que se puede mencionar. Recientemente, también en Francia se ha optado por una fórmula semejante. La Ley constitucional núm. 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República (*Journal Officiel de la République Française*, 24 juillet 2008), adiciona al artículo 62 de la Constitución un nuevo párrafo a tenor del cual, una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el nuevo artículo 61-1 (que introduce en la justicia constitucional francesa la excepción de inconstitucionalidad, correspondiendo su planteamiento al *Conseil d'État* o a la *Cour de cassation*) es abrogada a partir de la publicación de la decisión, si bien se faculta al *Conseil constitutionnel* a que fije en su decisión una fecha ulterior, y asimismo, a que determine «les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

II. En el no muy atinadamente llamado sistema europeo de justicia constitucional, con la referida excepción austriaca, no obstante la posición esbozada por Kelsen y quienes lo han seguido, contraria a ver en la inconstitucionalidad un vicio desencadenante de una nulidad *ipso iure*, la inconstitucionalidad ha ido tradicionalmente vinculada a la nulidad. Apenas un año después de que la *Corte Costituzionale* iniciara sus funciones, Liebman ponía de relieve con toda nitidez tal correlación al escribir: «In un sistema di costituzione rigida, una norma di legge che, per ragioni formali o sostanziali, sia con essa in contrasto, non può che essere nulla» (94). Esta nulidad fue comúnmente entendida en su sentido más radical, pudiéndose aplicar a la misma el conocido aforismo *quo nullum est, nullum produxit effectum*. De esta forma, en Europa, con carácter general, pareció seguirse fielmente la fórmula norteamericana de la nulidad *ipso iure* o *ab initio*, aunque más adelante veremos cómo también este principio dogmático presenta en Estados Unidos notables matices.

En Alemania, se ha admitido tradicionalmente (95) que cuando el legislador prevé la nulidad de la ley inconstitucional (así, en los arts. 78, 82.1 y 95.3 de la *BVerfGG*, este último precepto en relación con el instituto del *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional) no hace otra cosa que recepcionar la tradicional doctrina alemana («der traditionellen deutschen Lehre») según la cual, «ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an nichtig ist (*Ex-tunc-Wirkung*)» (una ley inconstitucional es nula desde un principio con eficacia *ex tunc*) (96). Ciertamente es que el artículo 78 de la Ley del Tri-

(94) Enrico Tullio LIEBMAN, «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale», en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XII, 1957, pp. 507 y ss.; en concreto, p. 512.

(95) Albrecht WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en Christian STARCK und Albrecht WEBER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 60.

(96) Entre la doctrina foránea, un excelente conocedor de la justicia constitucional alemana como es D'Orazio ha escrito en la misma dirección: «... nell'ordinamento tedesco federale (come in quello degli Stati Uniti d'America) la legge incostituzionale, anche prima della sentenza, è considerata nulla *ab origine*». Giustino D'ORAZIO, «Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)», en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 345 y ss.; en concreto, p. 365.

bunal Constitucional Federal (*BVerfGG*) se limita a disponer, que si el Tribunal llegare a la convicción («Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung») de que una norma federal («Bundesrecht») es incompatible («unvereinbar ist») con la *Grundgesetz* o de que una norma regional («Landesrecht») lo es con la misma Ley Fundamental o con otras disposiciones del ordenamiento federal («sonstigen Bundesrecht»), declarará nula la ley («so erklärt es das Gesetz für nichtig»). La Ley no precisa cómo opera en el tiempo esta nulidad, aunque la doctrina no ha dudado nunca de que la nulidad se retrotrae al momento de creación de la norma y, por lo mismo, se define como nulidad *ex tunc* (97). Por lo demás, es significativa la determinación del artículo 79.1 *BVerfGG*, según el cual, cuando una sentencia condenatoria firme se base en una norma declarada incompatible con la *Grundgesetz*, o nula a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 de la propia ley, o en una interpretación de la norma mencionada que haya sido declarada por el *BVerfG* incompatible con la Ley Fundamental («oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist»), procederá un recurso de revisión («Wiederaufnahme des Verfahrens») conforme a las prescripciones del Código de procedimiento penal («nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig»). El propio precepto, en su apartado dos, y en aras de la seguridad jurídica, precisa que, como regla general, no afectará la previsión anterior a las resoluciones que ya no sean impugnables («die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen»), aunque se basen en una norma declarada nula de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78. Bien es verdad que, a renglón seguido, el mismo artículo 79.2 establece la matización de que no procederá la ejecución de aquéllas resoluciones («Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig»).

Las previsiones legales y la realidad no han ido siempre en Alemania cogidas de la mano. Tan distinta ha sido la realidad, que Schneider pudo escribir hace ya treinta años (98), que la posibilidad

(97) Análogamente, Hans LECHNER und Rüdiger ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, p. 412.

(98) Hans-Peter SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo/agosto de 1982, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 58.

del *BVerfG* de declarar la nulidad total o parcial de una ley inconstitucional cada vez se utilizaba menos en los últimos años, declarando tan sólo la nulidad de una norma legal el Tribunal si con ello lograba restablecer inmediatamente una situación de conformidad con la Constitución.

Ya aludimos antes a cómo las previsiones normativas no agotan la realidad jurídica con la que un Tribunal Constitucional ha de enfrentarse. Y de ello ha sido bien consciente el *BVerfG*, que, haciendo gala de una más que notable creatividad, y bien consciente, como significara la conocida Jueza integrante del mismo Rupp-v. Brünneck (99), de que sus sentencias no pueden limitarse a ofrecer «ideales teóricos constitucionales» («theoretischen Verfassungsidealen») sin tener en cuenta los posibles efectos de las mismas («ohne Rücksicht auf die Möglichen Wirkungen seines Urteils»): *fiat iustitia, pereat mundus!*, ha creado un notable elenco de técnicas decisorias sobre las que no podemos entrar aquí, pero de las que sí diremos que, al margen ya de orientarse en muchos casos a salvaguardar la libertad de configuración del legislador, revelan con particular nitidez que un órgano de esta naturaleza debe de tener muy presentes las consecuencias políticas de sus decisiones (100), y no sólo, añadiríamos por nuestra cuenta, las políticas, sino también las económicas y las sociales. Como dijera Krüger (101), es difícil imaginar que, según el sano criterio de la jurisdicción constitucional, se pueda disponer la posibilidad de condenar al Estado a su ruina en nombre del Derecho. Pero esto, que hoy nos resulta bastante obvio, no siempre lo fue así, pudiendo recordarse al respecto que el Tribunal Supremo del *Reich* (*Reichsgericht*) sostuvo la opinión de que poseía el derecho de resolver sin atender a las consecuencias prácticas de sus fallos.

(99) Wiltraut RUPP-v. BRÜNNECK, «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?», en *Festschrift für Gebhard Müller* (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts), Herausgegeben von Theo Ritterspach und Willi Geiger, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pp. 355 y ss.; en concreto, pp. 364-365.

(100) En similar sentido se pronuncia Klaus SCHLAICH, «El Tribunal Constitucional Federal Alemán», en *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 133 y ss.; en concreto, p. 201.

(101) Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1966, p. 620.

III. En Italia, a diferencia de Alemania, se suscitó una cierta controversia en torno a la cuestión que nos ocupa, particularmente en los años cincuenta. El artículo 136 de la Constitución fue el responsable de la misma (102), pues dio pie a Calamandrei para que, en un primer momento, se alineara de modo inequívoco en la dirección kelseniana (103). Es cierto, sin embargo, que años después el Profesor toscano cambió de criterio (104). El mismo Carnelutti se haría eco de las graves dificultades hermenéuticas que planteaba el precepto constitucional (105).

Bien es verdad que tras el debate inicial, la doctrina, de modo absolutamente mayoritario, se decantaba por la vinculación de la nu-

(102) A tenor del primer párrafo del artículo 136: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

(103) Atendiendo al artículo 136 de la Constitución, que en el momento en que escribía aún no había sido desarrollado por la importante Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), cuyo artículo 30, párrafo tercero, introducirá una relevante matización respecto de la citada previsión constitucional, Calamandrei, aun admitiendo la existencia de no pocas dificultades en la interpretación del artículo 136, ante la cuestión de si las leyes viciadas de ilegitimidad constitucional eran nulas o anulables, se inclinaba por la interpretación de que el control de legitimidad constitucional en el ordenamiento italiano se hallaba construido como control de anulación, no como control de nulidad. Recurriendo en su apoyo a Kelsen, Calamandrei añadía que la anulación de la ley ilegítima no tiene efecto retroactivo. Piero CALAMANDREI, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 96 y 98.

(104) En 1956, atendiendo primigeniamente a la previsión del penúltimo párrafo del artículo 30 de la Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87 (a cuyo tenor: «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»), el gran procesalista italiano escribía: «In questo modo la dichiarazione di inefficacia *ex nunc*, come sembrava fosse chiaramente voluta dall'articolo 136 della Costituzione, è diventata un annullamento». Piero CALAMANDREI, «Corte costituzionale e autorità giudiziaria», en *Rivista di Diritto processuale*, Anno XI, Gennaio/Marzo 1956, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 26.

(105) «Senonché l'annullamento, proprio perciò, implica l'inefficacia *ex tunc* dell'atto annullato; in altri termini ha logicamente effetto retroattivo. Perciò una costituzione, la quale, come avviene in Italia, fa decorrere l'inefficacia della legge, che la Corte costituzionale riconosce invalida, solo dal giorno successivo alla decisione, sembra contrastare all'ipotesi dell'annullamento. Questa è stata la difficoltà, che ha travagliato assai gli interpreti dell'articolo 136 della Costituzione italiana e costituisce, probabilmente, il più problematico degli aspetti dell'istituto». En tales términos se pronunciaba el gran maestro romano. Francesco CARNELUTTI: «Aspetti problematici del processo al legislatore», en *Rivista di Diritto processuale*, Anno XIV, n.º 1, Gennaio/Marzo 1959, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 6.

lidad a la ilegitimidad constitucional. Este efecto —escribía Sandulli en 1959(106)— consiste, como ya es claro tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia, en la total y definitiva eliminación del ordenamiento, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, de cualquier efecto de la norma declarada ilegítima; una vez declarada la ilegitimidad y, por tanto la invalidez, el ordenamiento no tolera que los efectos de la norma operen más allá en su sistema, y le hace perder toda su eficacia, «si tratta, in sostanza, di un vero e proprio effetto di annullamento».

Este supuesto radical efecto de nulidad no iba, sin embargo, a ser tan rotundo como pudieran hacer pensar las afirmaciones de los autores que preceden. La *Corte Costituzionale* lo iba a dejar muy claro en el Informe presentado, bajo la directa responsabilidad de la propia Corte, en la 7.^a Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, celebrada en Lisboa en 1987. En el mismo se hacía eco del hecho de que aunque la misma Corte, en más de una ocasión (así, por ejemplo, en la Sentencia núm. 127, de 1966), había calificado el efecto de sus decisiones en términos de anulación de la norma censurada, no había extraído de ello, sin embargo, la consecuencia de la caducidad radical de las relaciones jurídicas ya surgidas en aplicación de la norma, por lo que se inclinaba por no visualizar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad ni desde la perspectiva de la abrogación, ni desde la óptica de la «nulidad inicial» (*void ab initio*), sino más bien desde su contemplación como un «tipo intermedio» entre estos dos casos extremos (abrogación y nulidad)(107).

Es claro, pues, que aunque no con la nitidez del modelo alemán, también en Italia la fórmula prevalente se ha alejado enormemente de la acuñada por Kelsen, aunque con el paso del tiempo la enorme creatividad de la *Corte Costituzionale* se ha traducido en una ruptura con las reglas rígidas antaño características de los dos sistemas

(106) Aldo M. SANDULLI, «Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, Anno IX, 1959, pp. 23 y ss.; en concreto, pp. 41-42.

(107) «Cour constitutionnelle italienne» (artículo sin ninguna referencia a la autoría, de responsabilidad directa de la propia *Corte Costituzionale*), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 165 y ss.; en concreto, pp. 172-173.

contrapuestos. En efecto, el juez constitucional transalpino ha creado algunos tipos de sentencias, ya parcialmente mencionados con anterioridad, que no obstante declarar la inconstitucionalidad de la norma, no han extraído de tal constatación su nulidad. Las sentencias aditivas de principio constituirían un ejemplo paradigmático. La falta de inmediata operatividad jurídica y el reenvío al legislador que llevan a cabo serían sus dos rasgos característicos (108), que en buena medida se explican por el hecho de ser supuestos característicos de este tipo de decisiones los de violación de normas constitucionales atributivas de derechos prestacionales. Junto a ellas han de recordarse las ya mencionadas *sentenze-monito*, que a nuestro entender presentan algunas concomitancias con las acuñadas en Alemania, esto es, con las *Unvereinbarkeitserklärungen*, aunque falte aquí, evidentemente, la constatación formal de la inconstitucionalidad.

En definitiva, la separación del diseño italiano del modelo kelseniano en este punto es igualmente palmaria. También en Italia se puede hablar, como regla general, que por supuesto admite excepciones, de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad. Hace tres lustros se podía constatar (109), que era absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no podía aplicarse en procesos futuros, en el juicio *a quo* ni en los pendientes, con excepción solamente de las relaciones ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales o bien a actos que, habiendo aplicado la disposición declarada constitucionalmente ilegítima, se hubiesen convertido en definitivos al adquirir firmeza o no ser susceptibles de recurso alguno. De modo semejante, Ruggeri y Spadaro afirman que «le decisioni di accoglimento hanno invece, oltre ad ovvî effetti per il futuro (*ex nunc*), anche notevoli, ma non assoluti effetti per il passato (*ex tunc*)» (110).

(108) Cfr. al respecto, Adele ANZON, «Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVII, Fasc. 4, Luglio/Agosto 1992, pp. 3199 y ss.; en concreto, p. 3203.

(109) Roberto ROMBOLI, «Italia», en Eliseo AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. 89 y ss.; en concreto, p. 118.

(110) Antonio RUGGERI e Antonino SPADARO, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, 2.^a ed., Giappichelli, Torino, 2001, p. 189.

IV. En España, el proceso evolutivo seguido por el Tribunal Constitucional recuerda el acontecido en la República Federal con el *BVerfG*, aunque el ritmo del juez constitucional español haya sido más lento en sus avances en la desvinculación, en determinados casos, de la inconstitucionalidad del efecto de nulidad.

En cualquier caso, la situación no difiere gran cosa de la existente en Alemania e Italia. La Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC), no obstante anudar la nulidad a los preceptos legales declarados inconstitucionales (art. 39.1), no acoge ni mucho menos un principio de retroactividad sin límites, pues aunque tal retroactividad se infiere de una interpretación *a sensu contrario* de su artículo 40.1 («Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»), lo cierto es que el principio de retroactividad tiene como barrera infranqueable (al margen ya de la retroactividad *in bonum partem*) las relaciones ya agotadas, lo que, en último término, entraña, como significara Barile (111), que la regla fundamental del Derecho procesal, *tempus regit actum*, se haga presente como regla sustantiva en las relaciones ya agotadas. Ello, por lo demás, está lejos de ser extraño, pues la teoría de la nulidad de los actos, aún entrañando la desaparición de los efectos jurídicos producidos por el acto nulo, nunca es tan radical como para privar de todo efecto a cualquier relación jurídica surgida al amparo del acto legislativo presuntamente válido cualquiera que fuere la situación jurídica en que tal relación se encontrare. De ahí que las situaciones agotadas, consolidadas por medio de una sentencia con fuerza de cosa juzgada (*res judicata*), en aras del trascen-

(111) Paolo BARILE, «Considerazione sul tema», en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del Seminario di Studi tenuti al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 327 y ss.; en concreto, p. 331.

dental principio de la seguridad jurídica, quedan al margen de todo efecto retroactivo, a salvo, claro es, la retroactividad *in bonum*. El Tribunal Constitucional, por si cupiese alguna duda, se ha encargado de precisar que esa nulidad que se anuda a la inconstitucionalidad de una norma no es otra que la nulidad *ab initio*. El juez constitucional ha tenido ocasión de recordar, que la inconstitucionalidad desencadena los efectos propios de la nulidad *a radice* (112) o de la invalidez de la norma *ex origine* (113).

El planteamiento ante el Tribunal de asuntos cuya resolución entrañaba una especial complejidad le iba a llevar a modular, progresivamente, los efectos de sus decisiones. Sería la Sentencia 45/1989 la que marcaría un decisivo punto de inflexión en torno a esta cuestión. El Tribunal abordaba en ella la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiendo que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino el hecho de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor que la correspondiente a otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género.

Al tratar de discernir los efectos de su decisión, el Tribunal se iba a plantear por primera vez con algún detenimiento la posibilidad de romper la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad (114). A su juicio, «ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es (...) siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley (afirmación, dicho sea al margen, por entero inexacta, bastando para constatarlo con atender al artículo 40.1 LOTC), que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento». A partir de aquí, el Juez constitucional considera que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón

(112) Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 83/1984, de 24 de julio, FJ 5.º

(113) STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 1.º

(114) El planteamiento del problema puede verse en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna, sino en su omisión. El Tribunal estima además, que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta en términos compatibles con la Constitución. Por todo ello, concluye que le cumple al legislador, a partir de la propia sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa.

Con posterioridad, se han sucedido sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, sentencias que limitan temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o incluso que difieren en el tiempo la nulidad, optando de este modo por una *vacatio sententiae*.

V. Análoga es la solución que se ha seguido en Bélgica, donde la *Cour d'Arbitrage* ha recordado en diversas ocasiones el doble alcance temporal de sus sentencias: «Les arrêts d'annulation rendus par la Cour ont autorité absolue de chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge*. L'annulation a, par ailleurs, effet rétroactif, ce qui implique que la norme annulée, ou la partie annulée de la norme, doit être considérée comme n'ayant jamais existée» (115).

En fin, en Portugal, la propia Constitución es inequívoca en la determinación de los efectos *ex tunc*. A tenor de su artículo 282.1, la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad con fuerza general de obligar produce efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y conlleva el restablecimiento de las normas eventualmente derogadas por aquélla. Ello no obstante, en aras de la flexibilidad a la que con anterioridad aludíamos, el propio precepto, en su apartado cuarto, habilita al Tribunal Constitucional, cuando lo exijan la seguridad jurídica, razones de equidad o un interés público de excepcional importancia, para, motivadamente, fijar los efectos de la inconstitucionalidad o ilegalidad con un alcance más restringido que el anteriormente señalado.

(115) *Apud* Henri SIMONART, «Le contrôle exercé par la Cour d'Arbitrage», en *La Cour d'Arbitrage (Actualité et Perspectives)*, Bruylant, Bruxelles, 1988, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 191.

En resumen, tras todo lo expuesto no nos parece necesario insistir en que, con la salvedad austriaca, que incluso admite algún matiz, la fórmula kelseniana apenas ha encontrado eco en la justicia constitucional europea, en la que ha prevalecido la idea de la nulidad *ex origine* de la norma considerada inconstitucional, con el subsiguiente reconocimiento de la naturaleza declarativa de la sentencia de inconstitucionalidad y de los efectos *ex tunc*. Pero, como también creemos que debe de haber quedado claro, tampoco este entendimiento puede ser absolutizado, pues la retroactividad en modo alguno opera sin límites, encontrando con carácter general como barrera insalvable las relaciones agotadas, que ya no pueden por lo mismo ser objeto de impugnación alguna, con la única salvedad a su vez (en el ámbito penal o administrativo sancionador) de la retroactividad *in bonum partem*. Hoy, resulta patente la inconveniencia de una aplicación rígida de estrictas categorías dogmáticas en lo que se refiere a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. Que un Tribunal Constitucional no puede desinteresarse de los efectos de sus sentencias es algo que está fuera de toda duda. «La Corte —ha escrito Zagrebelsky (116)— non può disinteressarsi degli effetti delle pronunce di incostituzionalità, quando queste possono determinare conseguenze sconvolgenti (...). In tali casi, essa non può mirare puramente e semplicemente —cioè ciecamente— all'eliminazione della legge incostituzionale, per il passato come per il futuro. L'etica della responsabilità esige da essa questa attenzione».

No faltan sectores de la doctrina que expresan su preocupación por este desmedido protagonismo de los Tribunales Constitucionales en orden a la solución de los problemas de Derecho intertemporal planteados por las sentencias de inconstitucionalidad. Atribuir a estos órganos un rol excesivamente «fuerte» en el sistema puede desembocar en el puro arbitrio del juez constitucional. No puede caber duda, por supuesto, de que pueden derivarse inconvenientes del hecho de que un órgano de esta naturaleza pueda graduar la eficacia temporal de sus sentencias, pero no menos inconveniencias e incluso

(116) Gustavo ZAGREBELSKY, «Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce», en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, núm. 1 (monográfico sobre «L'efficacia temporale delle sentenze della Corte»), Aprile 1989, pp. 67 y ss.; en concreto, p. 70.

disfunciones pueden desprenderse del hecho de que no lo pueda hacer (117). El Tribunal Constitucional, a nuestro entender, debe poder graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad, y ello no sólo para acomodarlos a las consecuencias que puedan derivarse de ellas, a fin de soslayar los efectos dañinos, sino para poder asimismo modularlos en función de la previa ponderación de los principios, bienes y valores constitucionales en juego.

En cualquier caso, que en este ámbito los binomios de Calamandrei valen muy poco como elemento diferencial entre los dos sistemas es algo tan obvio que no merece de mayores reflexiones.

c) *La prospective overruling* en el sistema norteamericano

I. La relativización de las diferencias advertidas en esta cuestión por Calamandrei, que es clarísima en el caso del sistema europeo, también puede visualizarse, en menor medida si se quiere, en el sistema norteamericano, en el que existen elementos con los que establecer ciertas matizaciones respecto del que se ha venido considerando el dogma de la nulidad *ipso iure* («void *ab initio*»), deudora, sin género alguno de dudas (118), de la «declaratory theory of judicial decisions».

La tesis tradicional hunde sus raíces en el pensamiento de Blackstone, cuyos célebres *Commentaries* (119) vinieron a ofrecer la clásica formulación y a sustentar y aclarar su justificación intelectual. Bien es verdad que no faltan quienes retrotraen esta doctrina a la etapa de la *Glorious Revolution* (1688), entendiendo que en ella se

(117) En sentido análogo, Sergio FOIS, «Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale», en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, núm. 1, Aprile 1989, pp. 27 y ss.; en concreto, p. 29.

(118) En tal sentido, entre otros muchos, Paul J. MISHKIN, «The Supreme Court 1964 Term. Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 79, 1965-1966, pp. 56 y ss.; en particular, pp. 58 y ss.

(119) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769), 4 vols., The University of Chicago Press, Chicago & London, 1979.

desarrolló el principio del «government of laws not of men», principio del que la doctrina del precedente sería una expresión consciente o inconsciente (120). En tales tiempos, los jueces tuvieron necesidad de demostrar que ellos también seguían el Derecho antes que su mero arbitrio, y la regla *stare decisis* se adecuaba perfectamente a esa necesidad. A los jueces también les eran necesarias las reservas («reservations») con respecto al efecto vinculante de los casos decididos. Estas necesidades iban a quedar sustentadas en la *declaratory theory*, que de acuerdo con Sir William Holdsworth (121) y gran parte de la doctrina inglesa (122), iba a ser consagrada, entre otros, por Coke, Hale y, sobre todo, por Blackstone. En síntesis, de conformidad con esta doctrina, las decisiones de los jueces nunca crean Derecho, sino que, simplemente, constituyen una prueba de lo que es el Derecho.

El argumento de Blackstone era bastante simple. El deber de un tribunal no era «pronounce a new law, but to maintain and expound the old one». En coherencia con ello, al decidir un caso litigioso se entendía que el juez venía obligado a declarar el Derecho existente al originarse la controversia y a proclamarlo como el principio determinante del caso. De la «declaratory nature» de la decisión judicial, Blackstone derivó la necesidad de que la decisión tuviera efecto retroactivo (*retrospective effect*). Si la decisión interpretaba el Derecho, entonces no hacía más que declarar lo que el Derecho siempre había sido. Si, por el contrario, llegaba a considerar necesario anular la primera interpretación, esto es, el precedente, era igualmente claro para Blackstone que la *overruling decision* no hacía más que declarar el Derecho, aunque quizá de un modo más meditado. En el lenguaje que a Blackstone gustaba utilizar, podría decirse que la primera decisión había sido tan sólo «an evidence» del Derecho cuyo posterior desarrollo la convertía en «an erroneous evidence».

(120) Orvill C. SNYDER, «Retrospective Operation of Overruling Decisions», en *Illinois Law Review (Ill. L. Rev.)* (of Northwestern University), vol. XXXV, 1940-1941, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 123.

(121) William HOLDSWORTH, «Case Law», en *The Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, vol. 50, 1934, pp. 180 y ss.; en concreto, p. 184.

(122) Entre otros diversos autores, Rupert CROSS y J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4th edition, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 25.

En un famosísimo pasaje de su obra, Blackstone se interrogaba acerca de cómo las costumbres y máximas del *common law* podían ser conocidas y por quién sería determinada su validez. Su respuesta era que tal tarea correspondía a los jueces de los diferentes tribunales de justicia, a quienes consideraba «the depositary of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land». Su conocimiento de ese Derecho derivaba de la experiencia y del estudio, para añadir poco después: «And indeed these judicial decisions are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law» (123). Esto dicho, Blackstone reconoce que la regla expuesta admite excepciones, razonando al respecto del siguiente modo: «Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason, much more if it be contrary to the divine law. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined» (124).

La explicación clásica del efecto retroactivo del precedente judicial articulada por Blackstone iba a residir, pues, en la consideración de que el Derecho existe con independencia de las decisiones judiciales, visión ésta que llegaría a tener, según el gran *Justice* Holmes, una verdadera omnipresencia en el mundo jurídico americano (125). La exigencia de retroactividad, o lo que es igual, los efectos *ex tunc*, sería vista así como una inexcusable consecuencia de la teoría de que la facultad propia de los tribunales se hallaba limitada a la declaración del Derecho preexistente, no extendiéndose a la creación

(123) William BLACKSTONE, *Commentaries...*, *op. cit.*, vol. I (Of the Rights of Persons, 1765), p. 69.

(124) *Ibidem*, vol. I, pp. 69-70.

(125) *Apud* Thomas S. CURRIER, «Time and Change in Judge-made law: Prospective Overruling», en *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*), vol. 51, No. 2, March, 1965, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 206.

de nuevo Derecho. De esta forma, el dogma de la nulidad *ab initio* encontraba su explicación.

En Norteamérica, la *declaratory theory* arraigó fuertemente, visualizándose como parte de un ideal tradicional, como un elemento integrante de los modos habituales del pensamiento; también contribuiría a su enraizamiento la dificultad casi insuperable de probar que los jueces hacían el Derecho, y el hecho de que en cualquier sistema jurídico que en un previsible futuro pudiera tenerse, el factor del precedente judicial se iba a hallar presente. Bien es verdad que la doctrina del precedente no dejaba de encerrar serios peligros, siendo quizá el más preocupante de ellos, el de que la misma podía conducir a los tribunales a perpetuar reglas arcaicas o a hacer una multiplicidad de distinciones sin ningún sentido que los propios tribunales revocaban en ocasiones de modo inconsciente, y todo ello al margen ya de que principios tales como el de justicia y el de confianza justificaban, en ocasiones, el establecimiento de excepciones frente al efecto retroactivo.

En cualquier caso, lo cierto iba a ser que el pensamiento jurídico norteamericano iba a hallarse dominado durante mucho tiempo por el persistente influjo de la obra del Profesor de Oxford, plasmada en los célebres *Commentaries*, que ejercería un enorme influjo durante más de un siglo. El gran Decano de Harvard, Roscoe Pound (126), recordaba al respecto, que alrededor de 2500 ejemplares de la obra fueron vendidos en las colonias con anterioridad a la Independencia, añadiendo que «Blackstone was the beginner's law book in America till well into the twentieth century and brought up generations of American lawyers on a uniform systematic basis».

La *declaratory theory* quedó reflejada en la doctrina establecida en el caso *Swift v. Tyson* (1842), en el que otro enorme *Justice*, Joseph Story, razonaba del siguiente modo: *decisions* «are, at most, only evidence of what the laws are, and not of themselves laws (...). The state tribunals are called upon to perform like functions

(126) ROSCOE POUND, «The Development of American Law and its Deviation from English Law», en *The Law Quarterly Review* (*L. Q. Rev.*), vol. 67, January 1951, pp. 49 y ss.; en concreto, p. 51.

as ourselves, that is, to ascertain upon general reasoning and legal analogies, what is the true exposition of the contract or instrument, or what is the just rule furnished by the principles of commercial law to govern the case». Con todo, como suele admitirse por la doctrina (127), la declaración clásica de que una decisión que determine el sentido de la Constitución debe ser retroactiva aun cuando se trate de una «*overruling decision*», se encuentra en el caso *Norton v. Shelby County* (1886). En *Norton*, el Justice Stephen Johnson Field (miembro de la Corte entre 1863 y 1897) rechazaba el argumento de que una ley estatal considerada inconstitucional pudiera sin embargo dar validez a las actuaciones oficiales adoptadas al amparo del texto legal con anterioridad al anuncio de su inconstitucionalidad. «An unconstitutional act — se puede leer en la sentencia — is not a law; it confers no right; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed». De este modo, la *Supreme Court* rechazaba la interpretación de que, por la vía fáctica, actos realizados con base en una ley aún no declarada disconforme con la Constitución, aunque con posterioridad así se considerara, pudieran entenderse válidos.

En cualquier caso, sería ilusorio pensar que todavía hacia finales del siglo XIX los tribunales americanos mantenían una posición común, en la órbita blackstoniana, acerca de esta cuestión. Uno de los autores clásicos en el estudio del tema de los efectos atribuibles a las leyes inconstitucionales, Oliver Field (128), en un conocido trabajo, ponía de relieve hace ya cerca de noventa años, que los tribunales norteamericanos se hallaban bien lejos de una posición común en torno a esta cuestión. «It must not be imagined (...) — escribía Field (129) — that all of our courts are in agreement as to the effect of unconstitutionality».

(127) Así, por ejemplo, Paul BENDER, «The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: *Mapp v. Ohio*», en *University of Pennsylvania Law Review* (U. Pa. L. Rev.), vol. 110, 1961-1962, pp. 650 y ss.; en concreto, pp. 650-651.

(128) Cfr. al respecto, Oliver P. FIELD, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Da Capo Press, New York, 1971 (an unabridged republication of the first edition published by the University of Minnesota Press, Minneapolis, 1935).

(129) Oliver P. FIELD, «Effect of an unconstitutional statute», en *Indiana Law Journal* (Ind. L. J.), vol. 1, No. 1, January, 1926, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 4.

II. La doctrina subyacente a la argumentación precedente, de estricta raigambre blackstoniana, de que el *common law* era meramente «a declaration of general custom by the judges» (130), iba a ser fuertemente criticada por Bentham y Austin, y entrado el siglo xx se constataba (131) que la misma contaba con muy pocos adeptos.

Frente a Blackstone, Austin (1790-1859), en sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, se separaba de una concepción puramente mecanicista del *common law*. Austin diferenciaría los mandatos generales que integran la legislación, establecidos de forma directa, de aquellos otros establecidos con ocasión de las decisiones judiciales, que no son mandatos generales, sino particulares (132), si bien, con ocasión de tales decisiones, también se formula de forma implícita el mandato general en que se inspira la decisión (133). Austin, en definitiva, vendría a propiciar el reconocimiento de una cierta creatividad del Derecho judicial, o como dice Mishkin (134), Austin posibilitaría el reconocimiento de que los jueces desarrollan «a lawmaking function».

Apenas veinte años después de la *Norton decision*, en el que, no obstante no provenir de la Corte Suprema, se ha considerado el *leading case* en oposición a *Norton*, esto es, en el caso *Lang v. Mayor*

(130) Recordemos que, para Blackstone, estas *general customs*, que integraban el *common law* propiamente dicho (aunque Blackstone admitiera asimismo como integrantes de ese «unwritten or common law», las «particular customs» y ciertos tipos de leyes que por costumbre son adoptadas y usadas por algunos tribunales concretos), eran «that law, by which proceedings and determinations in the king's ordinary courts of justice are guided and directed». William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*, vol. I (Of the Rights of Persons, 1765), pp. 67-68.

(131) A. L. GOODHART, «Precedent in English and Continental Law», en *The Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, vol. 50, January, 1934, pp. 40 y ss.; en concreto, p. 44.

(132) En su famoso ensayo *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, Austin ya distinguía entre el Derecho que procede directamente de un soberano o legislador superior, y el Derecho que procede directamente de un súbdito o de un creador de Derecho subordinado, al que presta autoridad un legislador soberano o supremo. Cfr. al efecto, John AUSTIN, *Sobre la utilidad del Estudio de la jurisprudencia*, CEC, Madrid, 1981, pp. 27-28. Asimismo, *El objeto de la jurisprudencia*, CEPC, Madrid, 2002.

(133) Cfr. al respecto, Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 204-205.

(134) Paul J. MISHKIN, «The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law», *op. cit.*, p. 58.

of Bayonee (1907), se sostenía: «Every law of the Legislature, however repugnant to the Constitution, has not only the appearance and semblance of authority, but the force of law». Otros casos análogos pueden ser traídos a colación. Y todo ello iba a conducir a Field a considerar que también existía la doctrina de que «a statute which is declared unconstitutional is inoperative only from the time of the decision and not from the time of its purported enactment» (135).

La conclusión de todo ello era clara para Field: hay algunas situaciones en las que los tribunales están dispuestos a seguir la «*void ab initio* doctrine», si bien las mismas no son muy numerosas. Hay, por el contrario, otro grupo de situaciones en las que «all courts refuse to adhere to the doctrine that the statute is void from the beginning». De resultas de todo ello no puede sino concluirse en que «es imposible establecer la regla general de que una ley inconstitucional es nula, o que debe ser tratada como si no fuera Derecho («as no law»). Como una cuestión de hecho, hay tantos o más casos y tantas o más situaciones en los que los tribunales consideran la ley inoperativa solamente desde la fecha de su decisión, como los hay en que consideran tal ley nula desde el principio (136).

Esta posición no iba a ser, desde luego, pacífica entre la doctrina, no obstante provenir quizá del más cualificado estudioso del tema. El propio Field admitía (137) la persistencia con la que eminentes escritores se aferraban al punto de vista de que las leyes inconstitucionales eran nulas desde el inicio (*void ab initio*), mencionando específicamente la conocida obra de Cooley, *Constitutional Limitations*.

En cualquier caso, parece fuera de toda duda, que la blackstoniana visión de la «judicial decision-making» iba a ser progresivamente rechazada. Y así, ese enorme Juez que fue Oliver Wendell Holmes, en un conocido *dissent* formulado en el *Black and White Taxicab case* (1928) (138), se mostraba disconforme con la doctrina estable-

(135) Oliver P. FIELD, «Effect of an unconstitutional statute», *op. cit.*, p. 5.

(136) *Ibidem*, pp. 12-13.

(137) *Ibidem*, p. 15.

(138) *Black and White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.* (1928).

cida en el caso *Swift v. Tyson*, doctrina cuya lógica, como el propio Justice Holmes había reconocido en otra *dissenting opinion*, la formulada en el caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.* (1910), chocaba con el otorgamiento a una decisión judicial de un efecto tan sólo *ex nunc* o *pro futuro* (139). La oposición de Holmes a la doctrina fijada en *Swift v. Tyson* se entrelazaba con su crítica frente a la *declaratory theory*.

Otro bien conocido Justice, Benjamin Nathan Cardozo, ha sido considerado «the major advocate of prospective overruling» (140). Ya en 1921, antes de acceder a la *Supreme Court* (a la que llegaría en marzo de 1932, en sustitución justamente del Juez Holmes, permaneciendo en ella hasta el año de su muerte, 1938), en su clásica obra *The nature of the judicial process*, escribía Cardozo, que en la mayor parte de los casos el «retrospective effect of judge-made law» no ocasionaba dificultades o, por lo menos, éstas eran de índole menor; sin embargo, siendo mayores tales dificultades o siendo innecesarias, el efecto retroactivo debía ser negado (141). La opinión de Cardozo concordaba con la posición que algunos años antes había expuesto Freeman, partidario de que en aquellos casos en que los tribunales se vieran implicados por las dificultades causadas por la retroactividad de una *overruling decision*, pudieran ser capaces de enfrentarse a su responsabilidad de «eliminar la influencia de un mal precedente» (142). Cardozo coincidiría asimismo con Freeman en la apreciación de que los tribunales se hallaban mejor dispuestos a eliminar la retroactividad en los casos de un cambio en la interpretación de una ley que en aquellos otros de una modificación del *common law*.

(139) En su *dissent* en el caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, Holmes escribía: «I know of no authority in this court to say that in general state decisions shall make law only for the future. Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years». Apud John F. DAVIS and William L. REYNOLDS, «Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court», en *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, vol. 1974, 1974, pp. 59 y ss.; en concreto, p. 67, nota 30.

(140) Apud YALE-NOTE, «Prospective and Retroactive Application in the Federal Courts», en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 71, 1961-1962, pp. 907 y ss.; en concreto, p. 911.

(141) Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 27th printing (first published 1921), Yale University Press, New Haven and London, 1967, pp. 146-147.

(142) Robert Hill FREEMAN, «The Protection Afforded Against the Retroactive Operation of an Overruling Decision», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. 18, 1918, pp. 230 y ss.; en concreto, p. 251.

Recuerda Levy (143), que en enero de 1932, siendo todavía miembro (en realidad *Chief Judge*) de la *New York Court of Appeals*, Cardozo pronunció una importante conferencia en la «New York State Bar Association» en la que se adhirió a la tesis de la *prospective overruling*. No ha de extrañar por tanto, que ese mismo año 1932, ya incorporado a la *Supreme Court* y encargado de escribir la *opinion of the Court* en el relevante *Sunburst case* (144), Cardozo diera a la «prospective limitation» un considerable empuje. La Corte Suprema de Montana había considerado previamente, en *Doney v. Northern Pacific Railway* (1921), que en la reducción de tarifas del comercio interior de mercancías acordada por la «State Railroad Commission», a los transportistas que habían pagado la antigua tarifa, de conformidad con las tarifas de ferrocarriles hechas públicas tras su aprobación por la Comisión, la ley les concedía el derecho a recuperar el exceso tarifario que habían realizado en sus pagos. En *Sunburst*, la Corte de Montana anuló la *Doney decision*, entendiendo ahora que la ley no creaba aquel derecho. Recurriendo al «prospective limitation approach», el supremo Tribunal de Montana consideró que la «Doney rule» debía ser aplicada al *Sunburst case* y a otros contratos de transporte concertados en la confianza de lo establecido por la *Doney decision*. De esta manera, a *Sunburst* se le permitió recuperar el exceso de pago realizado. Sin embargo, la Corte de Montana precisó que esta interpretación no sería seguida en el futuro, anunciando que sólo los contratos hechos con posterioridad se verían beneficiados por el cambio legal. La *Supreme Court*, por su parte, consideró que el ferrocarril no había sido privado de su propiedad por el tribunal de Montana sin el debido respeto al «due process of law». Cardozo vino a expresar el punto de vista de que el alcance de los límites a la adhesión al precedente era una materia que los Estados habían de decidir por sí mismos.

El progresivo impacto de la tesis austiniana no podía dejar de incidir sobre los efectos temporales de las sentencias, pues si éstas podían innovar, creando de esta forma Derecho, las situaciones ante-

(143) Beryl Harold LEVY, «Realist Jurisprudence and Prospective Overruling», en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), vol. 109, No. 1, November, 1960, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 12.

(144) *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

riores ajenas a la *litis* debían de ser tenidas en cuenta. Se explica así que en 1940 el *Chief Justice* Charles Evans Hughes, en una sentencia unánime de la Corte redactada por él mismo, en el caso *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*, considerara la situación normativa anterior a la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad como un «operative fact» que no podía ser ignorado (145). En este caso, un tribunal federal de distrito había pronunciado una sentencia de conformidad con una ley antes de que ésta fuera tachada de inconstitucional. La *Supreme Court* consideró que el asunto de la decisión del tribunal de distrito era *res judicata*. La confianza de las partes en un «overruled federal law», probablemente, proporcionaría también un argumento para negar la aplicación retroactiva de una «overruling decision» en tales circunstancias. Parecen, pues, existir límites potenciales respecto de la aplicación retroactiva de «overruling constitutional decisions». El problema, como fácilmente puede entreverse, es el de determinar en cada caso si hay razones para imponer un límite a la retroactividad. Y como señala Bender (146), la *Chicot County decision* sugiere que la confianza y la *res judicata* no son las únicas razones que pueden ser consideradas como apremiantes en orden a limitar la retroactividad.

Mediado el pasado siglo, la reacción frente a una inflexible aplicación del Derecho había incrementado el número de críticos que hasta ese momento se posicionaban en pro del abandono de la regla

(145) En la sentencia podía leerse lo siguiente: «It is quite clear (...) that such broad statements as to the effect of a determination of unconstitutionality must be taken with qualifications. The actual existence of a statute prior to such a determination, is *an operative fact* and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration. The effect of the subsequent ruling as to invalidity may have to be considered in various aspects — with respect to particular relations, individual and corporate, and particular conduct, private and official. Questions of rights claimed to have become vested, of status, or prior determinations deemed to have finality and acted upon accordingly, of public policy in the light of the nature both of the statute and of its previous application, demand examination. These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactivity invalidity cannot be justified». *Apud* Paul BENDER, «The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision...», *op. cit.*, pp. 651-652.

(146) Paul BENDER, «The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision...», *op. cit.*, p. 653.

stare decisis. Así, para Covington (147), el *judiciary* debía quitarse de encima el viejo polvo acumulado de la ficción y de un seguimiento a ciegas del precedente, considerando en su lugar como su deber primigenio la máxima tan claramente impresa en cada página de cualquier decisión que ha sobrevivido a lo largo del tiempo: *fiat justitia, ruat coelum*. Llegado el caso, a los tribunales les debía corresponder restringir sus decisiones, de modo similar a cómo pueden utilizarse ciertos billetes de tren, que tan sólo son válidos para una determinada fecha y tren («railroad ticket, good for this day and train only»). La reiteración final por Covington del adagio latino («Let justice be done though the heavens fall») no hacía más que poner de relieve su inequívoca opción en pro de la relativización de la *declaratory theory* y de sus consecuencias anexas (148).

No lejana a estas inquietudes era la preocupación que algunos años más tarde iba a mostrar un autor tan relevante como el Profesor de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA), James Allan Grant, quien señalaba como un defecto inherente al sistema americano de la *judicial review* la inseguridad resultante del hecho de que, por lo general, las decisiones de los tribunales sobre ámbitos materiales constitucionales tenían efectos retroactivos. «Consequently —añadía Grant (149)— in order to know the law of today one must be able to divine the decisions of tomorrow—or of several years hence».

III. En los años sesenta, la *Supreme Court* iba a establecer una serie de reglas jurisprudenciales relativamente novedosas en lo que a los efectos temporales de las sentencias atañe (150). Particular importancia tendría al respecto el caso *Linkletter v. Walker* (1965), en el que la Corte parecía introducir un punto de inflexión en su doctrina sobre la nulidad *ab initio*, e incluso sobre los matices que ya

(147) Hayden C. COVINGTON, «The American Doctrine of Stare Decisis», en *Texas Law Review* (*Tex. L. Rev.*), vol. XXIV, 1945-1946, pp. 190 y ss.; en concreto, p. 190.

(148) *Ibidem*, pp. 204-205.

(149) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, No. 2, Spring, 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 192.

(150) Para una exposición detallada del tema, cfr. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3rd edition, Foundation Press, New York, 2000, vol. 1, pp. 218 y ss.

desde tiempo atrás venía haciendo en relación a sus decisiones en el ámbito procesal penal. En *Linkletter*, el Tribunal Supremo desarrolló una doctrina de conformidad con la cual, podría denegarse el efecto retroactivo a una recién declarada «rule of criminal law». En la sentencia, la Corte razonaba que «the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect», consideración que apoyaba en la autorizada voz del *Justice Cardozo*, para quien «the federal constitution has no voice upon the subject» (151).

En el *Linkletter case*, la Corte negó el recurso a un *habeas corpus* federal frente a una condena estatal basada en una prueba obtenida inconstitucionalmente, con base en que la condena de quien se hallaba en prisión había adquirido firmeza —quedando por lo mismo al margen de cualquier posible revisión directa (*res judicata*)— con anterioridad a la trascendental sentencia dictada en el caso *Mapp v. Ohio* (1961), caso este último en el que la Corte Suprema recondujo las condenas impuestas por tribunales estatales que se basaran en pruebas constitucionalmente inválidas, a las previsiones de la XIV Enmienda (152). Según Tribe (153), la Corte, en *Linkletter*, trató básicamente la cuestión de la retroactividad en los casos crimi-

(151) Cita del Juez Cardozo extraída de la sentencia dictada en el ya referido caso *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

(152) En *Mapp v. Ohio* la Corte afrontó la sugestiva cuestión del efecto retroactivo de una *overruling decision*. En la decisión, se llevaba a cabo un *overruling* de la doctrina fijada en *Wolf v. Colorado* (1949), de acuerdo con la cual, la Corte entendió que la Constitución no imponía a los Estados la misma obligación que establecería sobre el gobierno nacional en el caso *Weeks v. United States* (1914), decisión en la que la Corte vino a excluir la condena en aquellos juicios penales en los que la prueba inculpatória fuese el resultado de un irrazonable registro y detención. Toda inculpatória obtenida por medio de pruebas violatorias de las previsiones constitucionales impedía la condena del así inculpató. Pero la *Wolf decision* dejó claro que esta doctrina no regía en el ámbito estatal, quedando circunscrita al ámbito federal. En *Mapp v. Ohio* la Corte entendió que «all evidence obtained by searches and seizures in violation of the Constitution is, by that same authority, inadmissible in a state court». Por lo demás, la exclusión de cualquier prueba inculpatória obtenida en violación de la XIV Enmienda se consideró por la Corte como una exigencia dimanante del *due process*, impuesta a los procesos penales por la mencionada Enmienda. «*Mapp* —escribiría Currier— like other decisions expanding the concept of due process in the same area, should be viewed as simply recognizing a constitutional right—here, a right to the exclusion of unconstitutionally obtained evidence». Thomas S. CURRIER, «Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling», *op. cit.*, pp. 269-270.

(153) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law, op. cit.*, vol. 1, p. 219.

nales como una materia política, que por tanto debía de ser decidida en cada caso. El resultado de la doctrina *Linkletter* puede reconducirse a la afirmación de la facultad general de la Corte para limitar los efectos de sus decisiones a su aplicación *pro futuro* (*prospective operation*) y, por lo mismo, para la limitar la retroactividad de sus decisiones.

El *Justice* Thomas C. Clark, que escribió la *opinion of the Court* (adoptada por 7 votos frente a 2) reconocía la novedad de la decisión cuando escribía: «It is true that heretofore, without discussion, we have applied new constitutional rules to cases finalized before the promulgation of the rule», no obstante lo cual sería erróneo creer, que aunque ninguna «*opinion of the Court*» hubiera discutido la cuestión, el cambio de jurisprudencia se había producido de modo imprevisible y por entero sorprendente. Como creemos que queda claro tras lo expuesto, y recuerda por lo demás la doctrina que se ha ocupado del tema (154), en diversos momentos los *Justices* habían avanzado la idea de que la Corte pudiera otorgar en algún caso particular tan sólo un efecto *ex nunc* (*prospective effect*) a una sentencia. El hecho de que quienes hablaban por la Corte nunca aludieran a esta posibilidad, ni siquiera para refutarla, no dejaba de encerrar un cierto significado. Dos años más tarde, la Corte reiteraría la doctrina *Linkletter* en el caso *Stovall v. Denno* (1967).

En casos no ya penales sino civiles, la Corte permitió denegar el efecto retroactivo a un nuevo principio jurídico («a new principle of law») si tal limitación evitaba injusticias o dificultades («injustice or hardship»). En 1971, en el caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, el Tribunal, en coherencia con esta dirección jurisprudencial, elaboró una suerte de «test for retroactivity» (155), al que atender para ponderar los efectos temporales de un *overruling*. Dicho test podía resumirse en una fórmula de tres factores: 1.º la decisión a aplicar no retroactivamente debe de establecer un nuevo principio jurídico, bien por la vía de un cambio respecto a la jurisprudencia precedente, bien por la de un pronunciamiento *ex novo* sobre una cuestión cuya resolución

(154) Paul J. MISHKIN, «The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law», *op. cit.*, p. 57.

(155) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, vol. 1, p. 219.

no se hallase claramente predeterminada; 2.º) se han de sopesar los pros y los contras que cada una de las dos soluciones posibles, la retroactiva y la prospectiva, provocarían sobre la operatividad de la decisión, y 3.º) deben asimismo valorarse y evitarse todas aquellas consecuencias injustas («inequitable results») que pudieran anudarse a la retroactividad. Estos criterios podrían corroborar la apreciación de McCloskey (156) acerca del carácter abierto y no dogmático de su visión para afrontar los diversos problemas (157).

El abandono de la concepción tradicional, o por lo menos su relativización, no iba a dejar de tropezar con dificultades. Mishkin se ha referido a una de ellas: el rol simbólico de la *declaratory theory* (158). El carácter declarativo de las sentencias, con el significado que al mismo se encadenaba, vendría a expresar un concepto simbólico del proceso judicial del que dependería en gran medida el prestigio y poder de los tribunales. Una creencia ampliamente considerada y profundamente sentida es la de que los jueces se hallan vinculados por un cuerpo de leyes esenciales, que ellos aplican la ley imparcialmente, que no ejercen preferencias u opciones individuales, y que no tienen un programa propio determinado. La ingenuidad de algunas de estas apreciaciones es manifiesta, pero lo cierto es que, según nuevamente Mishkin, esta visión simbólica de los tribunales es el más importante factor con vistas a asegurar el respeto y la obediencia a las decisiones judiciales. En cualquier caso, la Corte, como muestran las decisiones mencionadas, cambió su doctrina.

(156) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, 2nd edition, revised by Sanford Levinson, The University of Chicago Press. Chicago and London, 1994, p. 208. «The facts of the Court's history — escribe McCloskey — impellingly suggest a flexible and non-dogmatic institution fully alive to such realities as the drift of public opinion and the distribution of power in the American republic».

(157) A tal apreciación quizá convendría añadir otra. En cuanto «children of their times», como la considera McCloskey, las posiciones de la Corte Suprema nunca se han alejado en exceso de los puntos de vista de las mayorías mutantes del Congreso, con la salvedad de las cuestiones relativas a los derechos. En tal dirección se manifiesta Abraham, para quien: «In any case, the policy views of the Court (...) never remain for long out of line with the policy views of the lawmaking majority — with the probable, but not inevitable, exception of decisions involving the Bill of Rights». Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 367.

(158) Paul J. MISHKIN, «The High Court, the Great Writ...», *op. cit.*, p. 62.

En la década de los ochenta, la *Supreme Court* iba a dejar de lado en determinados casos sus nuevos enfoques sobre los efectos temporales de sus decisiones. En el caso *United States v. Johnson* (1982), y ante las dudas surgidas en la Corte acerca de si los planteamientos precedentes no hacían peligrar el principio de igualdad, la *Supreme Court* proyectaba retroactivamente el efecto de su decisión, no obstante poder ser de aplicación la doctrina de la prospectividad. Será, sin embargo, en *Griffith v. Kentucky* (1987) cuando la Corte Suprema, formalmente, lleve a cabo el *overruling* de *Linkletter*, eliminando los límites a la retroactividad en el procedimiento criminal. El Tribunal iba a fijar ahora una doctrina que giraba en torno a dos goznes: en primer término, la naturaleza de la *judicial review* priva a la Corte de la prerrogativa esencialmente legislativa de dictar «rules of law» retroactivas o prospectivas, según la Corte considerara conveniente; en segundo término, la selectiva aplicación de «new rules» vulnera el principio de igualdad, o lo que es igual, la exigencia de tratar de modo similar a las partes situadas en igual posición. Ello no obstante, en *Griffith*, la Corte afirmaba que «civil retroactivity (...) continue(d) to be governed by the standard announced in *Chevron Oil*».

En cualquier caso, las posiciones en el seno de la Corte han estado lejos de ser unánimes. Y así, en el *Chevron Oil case*, el *Justice* John Stevens, al que se unieron en *dissent* los *Justices* William J. Brennan, Thurgood Marshall y Harry Blackmun, propusieron un entendimiento por entero diferente del *Chevron Oil test*, distinguiendo entre la retroactividad como «a choice-of-law rule» y la retroactividad como «a remedial principle», distinción que Tribe (159) consideraría particularmente importante en los casos planteados ante los tribunales estatales.

La retroactividad en los casos civiles iba a ser finalmente establecida en el *Harper case*, una decisión aprobada por una Corte muy fragmentada (160), en la que, en lo que ahora interesa, consideró que «when a fed-

(159) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 220.

(160) *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993). El *Justice* Clarence Thomas redactó la *opinion of the Court*. El Juez Antonin Scalia presentó una *concurring opinion*. Por su lado, el *Justice* Anthony Kennedy presentó una *concurring* parcial y una *concurring in the judgment* a la que se unió el Juez Byron R. White. Finalmente, la Jueza Sandra O'Connor presentó una *dissenting opinion* a la que se unió el *Chief Justice* William H. Rehnquist.

eral court applies a substantive rule of federal law to the parties before it, that rule must be given full retroactive effect in all cases still pending on direct review and as to all occurrences, including those that predate the rule's announcement». Con todo, como recuerda Tribe (161), en la *Harper's rule of retroactivity*, hay dos importantes advertencias («caveats»): La primera, que la Corte Suprema no iba a considerar que todas las decisiones de Derecho federal deban necesariamente ser aplicadas de modo retroactivo; más aún, la Corte no iba a renunciar a su facultad de hacer sus decisiones completamente prospectivas, hasta el extremo de que ni tan siquiera se apliquen a las partes ante ella. La segunda, que la Constitución federal no prescribe la forma precisa del remedio que un Estado viene obligado a ofrecer ante una violación constitucional, de manera que un Estado conserva por lo general un cierto grado de libertad aun cuando se dé efecto retroactivo a una decisión.

En esta relativa reafirmación o retorno, si así se prefiere, al principio de retroactividad en casos civiles se ha de ver no tanto un deseo de volver a la *declaratory theory* cuanto una visión proclive a limitar la discrecionalidad del juez, tanto porque, como es obvio, su rol no es equiparable al del legislador, como por las exigencias dimanantes del principio de igualdad. Por lo demás, los vaivenes jurisprudenciales expuestos nos revelan que frente a las posiciones antaño incommovibles con las que eran caracterizados los rasgos más señeros del sistema americano de la *judicial review*, hoy, criterios más pragmáticos y, por lo mismo, un cierto relativismo, han entrado en el escenario de la Corte Suprema, y ello, como es obvio, no deja de contribuir a la difuminación de los supuestos antagónicos contrastes entre los dos sistemas de la justicia constitucional.

D) OTROS MECANISMOS DE APROXIMACIÓN ENTRE LOS DOS ANTAÑO CONTRAPUESTOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Al margen ya de todo lo expuesto, pueden aportarse otros argumentos que operan en la misma dirección que los anteriores, relativizando la supuesta contraposición entre uno y otro sistema.

(161) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 226.

I. En relación al sistema americano, bien podría decirse que el instrumento procesal del *writ of certiorari* ha venido a convertir la *Supreme Court* en una suerte de Tribunal Constitucional. La Corte, efectivamente, ha ido evolucionando en el sentido de presentar una configuración cada día más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional, limitándose con el devenir del tiempo a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, las cuestiones constitucionales.

Conviene recordar al efecto, que la sección segunda del artículo III de la Constitución atribuye a la Corte una jurisdicción originaria y una jurisdicción de apelación (162). Esta última fue regulada con todo detalle por las Secciones 22 y 25 de la *Judiciary Act* de 1789. De conformidad con la Sección 22, se confería jurisdicción al Tribunal en el orden civil, por intermedio del llamado *writ of error*, frente a las sentencias definitivas de los tribunales federales inferiores (en ese momento los tribunales de circuito, *Circuit courts*), cuando el importe de la cuestión en disputa superara los 2.000 dólares. A su vez, la Sección 25 atribuía competencia a la Corte para revisar, también por medio del *writ of error*, las sentencias de los Tribunales supremos estatales, cuando se suscitara en el caso una cuestión constitucional federal. El cuestionamiento de la constitucionalidad de esta última competencia hizo necesario el expreso pronunciamiento al respecto por parte de la propia *Supreme Court*, lo que se produjo en el conocido caso *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), en el que, ausente el *Chief Justice* Marshall, pronunció la *opinion of the Court* el Justice Joseph Story (apoyado por el voto unánime de los seis Jueces presentes), siendo ésta, quizá, la más relevante de las que el célebre Juez y profesor de la *Harvard University* pronunciaría en los casi 34 años que permanecería en la Corte (entre 1812 y 1845). En 1821, en otro relevante caso, *Cohens v. Virginia*, la Corte, esta vez por boca de Marshall, ratificó de modo inequívoco la constitucionalidad de la competencia que la Sección 25 de la *Judiciary Act* le otorgaba.

(162) James Story habla de una *original or primary jurisdiction* frente a una *appellate jurisdiction*. James STORY, «American Law», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, No. 1, Winter, 1954, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 17.

La inexistencia de un mecanismo que posibilitara a la Corte el rechazo discrecional de los recursos, o lo que es igual, lo que Cardozo llamaría «the sovereign prerogative of choice» (163), se tradujo en el progresivo crecimiento de los recursos y, con el paso del tiempo, en su acumulación por el retraso en resolverlos. Mientras en su primera década de vida (1791-1800) el Tribunal tuvo en sus estrados tan sólo 87 casos, sólo en el año 1810 ese número ya ascendía a 98, creciendo hasta los 301 en 1860, alcanzando los 636 en 1870, los 1.212 en 1880 y llegando a los 1.816 una década más tarde (164). El problema iba además a acentuarse en 1889, a raíz de otorgársele al Tribunal jurisdicción para revisar las condenas a la pena de muerte. La situación condujo al progresivo retraso en la resolución de los asuntos, que en 1890 ya demoraban tres años, y de igual modo a una reiterada queja de los Jueces por la sobrecarga de trabajo, impeditiva de un ejercicio riguroso de su función.

Es en tal marco contextual en el que adquiere su pleno sentido la *Circuit Court of Appeal* de 1891, también conocida como la *Evars Act*, que introdujo por vez primera en Norteamérica el instrumento del *writ of certiorari*, bien que, ciertamente, de forma limitada. La citada Ley de 3 de marzo de 1891 creó nueve *Circuit Courts of Appeals*, como tribunales intermedios de revisión —Rehnquist, quien fuera *Chief Justice*, los tildaría de «regional federal appellate courts» (165)— confirmando a la Corte por vez primera, en numerosos tipos de litigios, discreción para declinar el conocimiento de los casos si los mismos no eran considerados por ella dignos de una nueva revisión. La *Evars Act* confirmó al Tribunal Supremo jurisdicción para la revisión de las condenas por delitos infamantes («infamous crimes»), lo que no dejaba de ser una importante novedad si se recuerda que la *Judiciary Act* de 1789 no otorgó a la Corte competencia en materia penal o criminal.

(163) Así lo recuerda Robert G. McCLOSKEY, en *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 106.

(164) Seguimos los datos que facilita Alberto A. BIANCHI, en *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 117.

(165) William H. REHNQUIST, *The Supreme Court. How It Was. How It Is*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 268.

En un conocido comentario sobre la ley que iba a cambiar de modo definitivo la competencia de la Corte Suprema, la llamada *Judges' Bill* (1925), el *Chief Justice* William H. Taft (que ejercería el cargo entre 1921 y 1930) consideraba que los *Circuit Courts of Appeals* habían trabajado bien, propiciando con su actividad que pronto se suprimiera la «joroba» («the hump») existente en el registro de casos pendientes de conocer por la *Supreme Court* (166). La Ley de 1891 tuvo, pues, un efecto positivo, en relación a la finalidad por ella pretendida, que era, básicamente, la de disminuir la carga de trabajo de la Corte Suprema y el retraso que la misma acarreaba, pero tal efecto fue efímero, pues con el inicio del nuevo siglo la acumulación de asuntos y el subsiguiente retraso en su conocimiento volvió a crecer de modo significativo.

Dos nuevas reformas legales (167), impulsadas por las Leyes de 23 de diciembre de 1914, autorizando a la Corte para ampliar el *certiorari* (168), y por lo mismo su jurisdicción discrecional, que le iba a permitir ahora rechazar los recursos que se refirieran al ámbito del *certiorari* de modo discrecional, ámbito que era notablemente ampliado, pues si con anterioridad a la reforma de 1914 la Corte sólo tenía conferido el *certiorari* para revisar sentencias de los tribunales supremos estatales que negaran un derecho constitucionalmente reconocido, tras este texto legal, se le confería también el *certiorari* para la revisión de las decisiones de los tribunales supremos estatales que apoyaran un derecho federalmente reconocido, y de 6 de septiembre de 1916, que circunscribió la jurisdicción obligatoria de la Corte (manteniendo por tanto en este ámbito el *writ of error*) a aquellas decisiones de los tribunales supremos estatales que hubieran declarado inconstitucional una ley del Congreso o conside-

(166) William Howard TAFT, «The jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925», en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), vol. XXXV, No. 1, November, 1925, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 2.

(167) Cfr. sobre ellas, Charles W. BUNN, «The New Appellate Jurisdiction in Federal Courts», en *Minnesota Law Review* (*Minn. L. Rev.*) (Journal of the State Bar Association), Vol. 9, No. 4, March, 1925, pp. 309 y ss.; en concreto, p. 312.

(168) «A petition for *certiorari* — escribe el *Chief Justice* William REHNQUIST (en *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 263) — is, stripping away the legal verbiage, a request to the Supreme Court to hear and decide a case that the petitioner has lost either in a federal court of appeals or in a state supreme court».

rado constitucional una ley estatal tachada de inconstitucional. En definitiva, los dos textos legales estaban animados por una finalidad primigenia: ampliar el *writ of certiorari* con el mismo objetivo que la *Evars Act*. Sin embargo, estas dos reformas muy próximas en el tiempo no fueron suficientes para la adecuada solución del problema existente, bien que, como Frankfurter y Landis pusieron de relieve (169), mostraron (sobre todo la reforma de 1916) las potencialidades de la jurisdicción discrecional.

La preocupación por el problema subyacente a las mencionadas reformas legales era una constante del pensamiento de Taft desde años atrás. Ya en 1916, cinco años antes de su incorporación al Tribunal Supremo, Taft iba a recomendar que se diera a la Corte Suprema «absolute and arbitrary discretion» (170). Sin embargo, la preocupación de quien habría de ocupar la *ChiefJusticeship* se remontaba mucho más atrás en el tiempo, a la época incluso en la que ostentara la Presidencia de los Estados Unidos (171). La doctrina recuerda (172), que en su primer mensaje anual al Congreso el Presidente Taft escribía: «It is not impossible to cut down still more than it is cut down, the jurisdiction of the Supreme Court so as to confine it almost wholly to statutory and constitutional questions». Ya en los primerísimos años del nuevo siglo, el Presidente Taft se mostraba

(169) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court of the United States-A Study in the Federal Judicial System», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XL, 1926-1927, pp. 431 y ss.; 834 y ss., y 1110 y ss.; en concreto, p. 836.

(170) Cfr. al respecto, S. Sidney ULMER, «The Supreme Court's Certiorari Decisions: Conflict as a Predictive Variable», en *The American Political Science Review (Am. Pol. Sci. Rev.)*, vol. 78, No. 4, December, 1984, pp. 901 y ss.

(171) La trayectoria pública de William Howard Taft (1857-1930) es realmente impresionante. En 1887, a la edad de tan sólo 30 años, accedió al cargo de Juez de la Corte Suprema de Ohio, Estado del que era oriundo (había nacido en Cincinnati). Con posterioridad, sería *Solicitor General* (Subsecretario de Justicia) (1890), Gobernador de las Filipinas (1901), Secretario de Guerra con el Presidente Theodore Roosevelt (1904) y, por último, Presidente de los Estados Unidos, cargo para el que fue elegido a fines de 1908, ejerciéndolo durante cuatro años (1909-1913), tras ser derrotado al final de su mandato, cuando pretendía la reelección, por el demócrata Woodrow Wilson. Tras cesar como Presidente, pasó a ser Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Yale, hasta su acceso al cargo de *Chief Justice*, para el que sería nombrado en julio de 1921 por el Presidente Warren Gamaliel Harding, republicano como él.

(172) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court of the United States-A Study in the Federal Judicial System», *op. cit.*, p. 838.

pues como un convencido defensor de que la *Supreme Court* circunscribiera los asuntos en que había de intervenir a los puramente constitucionales. En 1914, al margen ya de cualquier cargo público, urgía a que la Corte fuera liberada de la carga de apelaciones imprevistas y de la disfuncional congestión de asuntos mediante la reducción de su jurisdicción obligatoria y la ampliación del ámbito de su revisión discrecional (173).

Sintomático de la situación de fracaso de las reformas legales mencionadas será el hecho de que en el período 1920-1929 el número de decisiones negativas o de rechazo relacionadas con la Decimocuarta Enmienda (cuya Sección primera, recordémoslo, contempla la *due process clause*) casi se duplicó respecto del número de las mismas en la década precedente (174). El propio Taft, ocupando ya la *Chief Justiceship*, escribía en 1925: «After thirty-five years, however, that Court's business had again grown beyond its capacity, and a hearing could not be had for cases not advanced out of their order until more than a year after their filing» (175).

Los miembros de la *Supreme Court* temieron que el registro de casos pendientes («the docket») pudiera congestionarse aún más y ante ello, y tras la llegada a la Corte de Taft, como nuevo *Chief Jus-*

(173) «The Supreme Court —escribía Taft— has great difficulty in keeping up with its docket. The most important function of the court is the construction and application of the constitution of the United States. It has other valuable duties to perform in the construction of the statutes and in the shaping and declaration of general law, but if its docket is to increase with the growth of the country, it will be swamped with its burden, the work which it does will, because of haste, not be of the high quality that it ought to have, and the litigants of the court will suffer injustice because of delay. For these reasons the only jurisdiction that it should be obliged to exercise, and which a litigant may, as a matter of course, bring to the court, should be questions of constitutional construction. By giving an opportunity to litigants in all other cases to apply for a *writ of certiorari* to bring any case from a lower court to the Supreme Court, so that it may exercise absolute and arbitrary discretion with respect to all business but constitutional business, will enable the court so to restrict its docket that it can do all its work, and do it well». William H. TAFT, «The Attacks on the Courts and Legal Procedure», en *Kentucky Law Journal (Ky. L. J.)*, vol. 5, No. 2, 1916, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 18.

(174) Así lo constata Robert G. McCLOSKEY, en *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 106.

(175) William Howard TAFT, «The jurisdiction of the Supreme Court...», *op. cit.*, p. 2

tice, plantearon la cuestión ante los *Judiciary Committees* de ambas Cámaras. El argumento fundamental que se manejó fue que la ampliación del *certiorari* posibilitaría dedicar el tiempo y la energía de los miembros del Tribunal, inevitablemente limitado, al conocimiento de aquellos casos de mayor interés general, muy particularmente de los casos que tuvieran que ver con cuestiones constitucionales. El impulso de la reforma iba, indiscutiblemente, a corresponder al *Chief Justice*, lo que no había de extrañar a la vista de cuáles eran sus nítidas posiciones sobre el tema desde mucho antes de su acceso a la Corte. Por lo demás, su reconocida astucia política hizo el resto (176).

Los Comités Judiciales de ambas Cámaras sugirieron que fuese la propia Corte la que preparase un «bill», lo que explica que la ley que finalmente se aprobó en 1925 fuese comúnmente conocida como la *Judges' Bill*, la ley de los jueces. A tal efecto, Taft, que algún autor ha considerado como el más emprendedor, dinámico, de todos los Jueces («the most aggressive of the justices»), propuso el nombramiento de una comisión en el seno de la *Supreme Court* encargada de estudiar el asunto y de redactar un primer texto. La comisión quedó integrada por los *Justices* William R. Day, que actuó como presidente («chairman») hasta su retiro voluntario en noviembre de 1922, Willis Van Devanter (que, curiosamente, había accedido a la Corte en enero de 1911 por nombramiento del propio Taft, siendo Presidente) y James C. McReynolds, interviniendo de oficio el *Chief Justice* Taft. Fue Van Devanter el redactor del «bill» (177). El texto resultante fue sometido a la Corte el propio año 1921 y el 17 de febrero de 1922, era formalmente presentado ante el Congreso por intermedio del se-

(176) Stephen C. HALPERN and Kenneth N. VINES (en «Institutional Disunity, the Judges' Bill and the Role of the U. S. Supreme Court», en *The Western Political Quarterly*, vol. 30, No. 4, December, 1977, pp. 471 y ss.; en concreto, p. 473) hablan de «the persistent politicking of Taft».

(177) Así lo constatan, entre otros, Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court at October Term, 1928», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. XLIII, 1929-1930, pp. 33 y ss.; en concreto, p. 34. Ello no obstante, Van Devanter hizo constar en la audiencia celebrada en el Congreso que, en un punto o en otro, todos los *Justices* habían participado en la redacción del «bill». De ello se hacen eco Stephen C. HALPERN y Kenneth N. VINES, «Institutional Disunity, the Judges' Bill and the Role of the U. S. Supreme Court», *op. cit.*, p. 473, nota 20.

nador Sr. Cummins y del congresista Sr. Walsh. La más que notable influencia de Taft propició que la ley fuera aprobada justamente tres años después (el texto legal fue sancionado el 13 de febrero de 1925, entrando en vigor el 1 de mayo de 1925) en términos sustancialmente semejantes a como había sido redactado en la Corte.

Otro *Chief Justice*, William Rehnquist, consideró a Taft como uno de los arquitectos de la *Certiorari Act* de 1925, haciéndose eco a continuación de su punto de vista sobre la *Supreme Court*, tal y como fuera compendiado por su biógrafo, Henry F. Pringle: «It was vital —escribía Pringle en obvia alusión a Taft (178)— he said in opening his drive for the *Judges' Bill*, that cases before the Court be reduced without limiting the function of pronouncing "the last word on every important issue under the Constitution and the statutes of the United States". A Supreme Court, on the other hand, should not be a tribunal obligated to weigh justice among contesting parties». En realidad, habría que decir que Taft fue mucho más que el arquitecto de la ley, y con ella de la enorme transformación que iba a experimentar la Corte Suprema, fue su ideólogo, fue quien desde mucho tiempo atrás había venido defendiendo con constancia y con una gran visión de futuro el nuevo rol, muy próximo al de un Tribunal constitucional, que con el paso del tiempo, y en gran medida de resultados de la *Certiorari Act* de 1925, asumiría la Corte Suprema. Desde esta perspectiva, Taft fue un verdadero visionario.

La filosofía de la Ley de 1925 —que, como se ha dicho, iba a revolucionar la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema y de las *Circuit Courts of Appeals* (179)— se acomodaba a la teoría de que los litigantes tenían sus derechos suficientemente protegidos a través de una audiencia o de un juicio en los tribunales de primera instancia y de una revisión en el inmediato tribunal de apelación federal. «La función de la Corte Suprema —escribía nuevamente Taft (180)— es

(178) Henry F. PRINGLE, *Life and Times of William Howard Taft*, Vol. II, Shoe String Press, Hamden (Conn.), 1965, pp. 997-998. Cit. por William H. REHNQUIST, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

(179) Charles W. BUNN, «The New Appellate Jurisdiction in Federal Courts», *op. cit.*, p. 309.

(180) William Howard TAFT, «The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925», *op. cit.*, p. 2.

concebida para ser no la que ha de remediar la injusticia de un litigante concreto, sino la que ha de considerar aquellos casos cuya decisión concierne a principios cuya aplicación es de considerable interés público o gubernamental («wide public or governmental interest») y que deberían ser autorizadamente decididos por el tribunal último». La ley, escriben a su vez Frankfurter y Landis (181), se entendió como un dique («a dike») frente a la amenaza de aumento de la jurisdicción obligatoria de la Corte, pero más allá de ello el verdadero espíritu de la propuesta amparada por el texto legal fue el de convertir a la *Supreme Court* en el árbitro de las cuestiones legales de importancia nacional.

La Ley redujo de modo drástico el número de litigios que podían llegar a la Corte, transfiriendo su conocimiento a los tribunales de circuito; de esta forma, la jurisdicción obligatoria de la Corte iba a quedar limitada a casos escogidos en que se plantearan cuestiones constitucionales u otros significativos asuntos de interés público. Además, el nuevo texto legal implicaba que la enorme mayoría de los casos llegaran a la Corte en forma de peticiones de revisión, que el Tribunal podía rechazar, en vez de en forma de apelaciones vinculantes. «The remedy proposed by the Supreme Court and adopted by Congress —corroboraban Frankfurter y Landis (182)— was a transference of numerous classes of cases from obligatory review by appeal of *writ of error* to discretionary review by *certiorari*». Muy escasos supuestos quedaron al margen del *writ of certiorari*, entre ellos, y como supuestos más relevantes, las resoluciones de los Tribunales supremos de los Estados que declararan inconstitucional un tratado o una ley federal, o que, cuestionada ante ellos la constitucionalidad de una ley estatal, la declararan conforme a la Constitu-

(181) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court at October Term, 1928», *op. cit.*, p. 34. En otro lugar, los mismos autores escribían: «The bill was essentially a bill to relieve the Supreme Court, not by any reexamination of the existing sources of federal jurisdiction, but by a drastic transfer of existing Supreme Court business to the circuit court of appeals». Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court of the United States-A Study in the Federal Judicial System», *op. cit.*, p. 851.

(182) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Supreme Court under the Judiciary Act of 1925», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XLII, No. 1, November, 1928, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 1-2.

ción. También siguió siendo considerada una apelación vinculante, la que fuere formalizada cuando se declarare inconstitucional una ley federal en una acción civil en la que el Gobierno norteamericano fuere parte. De igual forma, se consideraron «obligatory appeal from the Circuit Courts to the Supreme Court» los casos suscitados bajo la «anti-trust and interstate commerce law», como también los «criminal cases».

Innecesario es decir, que la consecuencia de esta profunda reforma fue la considerable ampliación de la capacidad de la Corte para decidir la admisión a trámite, que entrañaba, como se ha dicho (183), una aplicación del principio de individualización en el ejercicio de la *appellate review*. Bien es verdad que la ampliación de la jurisdicción discrecional de la Corte propiciaba nuevas dificultades. Frankfurter y Landis ya prevenían ante ellas al advertir (184), que el mecanismo del *certiorari* se vería seriamente afectado si la selección de los casos de que podía conocer el Tribunal Supremo viniera determinada no por la intrínseca importancia de las cuestiones legales en ellos planteadas, sino por la arbitraria exigencia del tamaño del sumario. Y de resultas de tales peligros, en algún sector de la literatura jurídica más crítica emergería la visión de una suerte de tiranía judicial, o lo que es lo mismo, como iba a apostillar McCloskey (185), para rechazar de inmediato tal visión, «the picture of a great nation shackled helplessly by judge-made law». La *Judges' Bill* posibilitó, como recordaba una treintena de años después el *Justice* Douglas (186), que la Corte pudiera conocer de los casos que le llegaban y que consideraba de interés conocer dentro de su propio calendario, lo que no dejaba de ser una notable novedad, pues en el más de un siglo de vida anterior, no había sucedido así.

El propio año 1925 se presentaron ante la Corte un total de 520 peticiones de *certiorari*, de las que admitió tan sólo 97, un porcentaje próximo, aunque inferior, al 20 por 100. El cambio fue tal que

(183) *Ibidem*, p. 10.

(184) *Ibidem*, p. 14.

(185) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 92.

(186) William O. DOUGLAS, «The Supreme Court and its case load», en *Cornell Law Quarterly* (*Cornell L. Q.*), vol. 45, 1959-1960, pp. 401 y ss.; en concreto, p. 409.

Frankfurter llegó a escribir que la Ley de 1925 dejó la jurisdicción de la Corte «en los huesos» (187).

Aunque en 1938 el propio Juez Frankfurter, con bastante optimismo, señalaba que el problema del excesivo volumen de asuntos de la *Supreme Court* estaba en vías de ser resuelto (188), lo cierto es que la trascendental reforma de 1925 no fue capaz de conseguir el objetivo perseguido: la sustancial reducción de la tarea de la Corte. En 1930 había 1.039 casos ante el Tribunal, y ese número, medio siglo más tarde (hacia 1984), había ascendido hasta los 5006 casos (189). Tal circunstancia se tradujo en la década de los setenta en la elaboración de diversos estudios encaminados hacia una nueva reforma, pues la mera acumulación de casos ante la *Supreme Court* y la inexcusabilidad de revisarlos mínimamente a fin de conceder o rechazar el *certiorari* privaba del tiempo necesario para resolver con la calma requerida aquellos otros en los que el *certiorari* fuera admitido. Entre esos estudios arraigó la idea de crear una especie de órgano jurisdiccional intermedio entre la *Supreme Court* y los *Circuit Courts of Appeals*, fórmula que finalmente no prosperó. En todo caso, en la Corte presidida en esos años por el *Chief Justice* Warren E. Burger (que la presidiría entre 1969 y 1986) hubo unanimidad de criterio en torno a la necesidad de la eliminación de su jurisdicción obligatoria (*mandatory jurisdiction*), como revelaría un escrito dirigido, en junio de 1978, por el Tribunal en pleno al Congreso.

Así las cosas, un decenio más tarde, el 25 de septiembre de 1988, era sancionada una nueva Ley que suprimía casi por completo la jurisdicción obligatoria o reglada de la Corte Suprema. Respecto de las

(187) De ello se hace eco Erwin N. GRISWOLD, «The Supreme Court's Case Load: Civil Rights and Other Problems», en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1973, 1973, pp. 615 y ss.; en concreto, p. 617.

(188) Felix FRANKFURTER y Adrian S. FISHER, «The business of the Supreme Court at the October terms, 1935 and 1936», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. LI, No. 4, February, 1938, pp. 577 y ss.; en concreto, p. 582. «If the past is any guide — escriben estos mismos autores — the problems raised for the Court by the volume of its business will largely be solved by the use which it makes of the two devices for exercising selective jurisdiction».

(189) Tomamos estos datos de Alberto B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema...*, op. cit., p. 120.

apelaciones, la única salvedad que quedó fue la contemplada frente a las decisiones de los tribunales de distrito de tres Jueces (*Three Judges Courts*), órganos federales de primera instancia que a partir de 1903 empezaron a quedar integrados por tres Jueces, si bien en 1976 comenzaron a suprimirse, siendo sustituidos por órganos jurisdiccionales unipersonales.

Con la eliminación de la jurisdicción de apelación de naturaleza obligatoria, puede afirmarse que la revisión ya no constituye una cuestión de Derecho, sino de pura discreción judicial, y únicamente es concedida por el Tribunal cuando entiende que existen razones especiales e importantes para ello, lo que le permite una elección *ad libitum* y enteramente discrecional. A juicio de quien anteriormente al actual ocupó la *ChiefJusticeship*, «sería una inútil duplicación de funciones si la Corte Suprema de los Estados Unidos viniera a servir simplemente como un tribunal más elevado que los demás para la corrección de errores en casos no concernientes por lo general a principios jurídicos importantes. En vez de ello, la Corte, de modo absolutamente correcto, busca seleccionar, de entre los varios miles de casos que se le pide anualmente que revise, aquellos casos concernientes a cuestiones pendientes de resolver («unsettled questions») de Derecho constitucional o legal federal de interés general» (190). Por lo mismo, se ha podido considerar, que se ha hecho posible la conversión de la Corte Suprema en «el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal» (191), acentuándose por lo mismo su rol como órgano político, convirtiéndose de resultas de todo ello en «the most powerful court known to history» (192).

Estas transformaciones legales, como no podía ser de otro modo, han incidido a su vez en la naturaleza de los casos abordados (pero también presentados) por la Corte. Hace cincuenta años, constataba Baum en 1981 (193), la mayor proporción de casos presentados ante

(190) William H. REHNQUIST, *The Supreme Court. How It Was, How It Is*, *op. cit.*, p. 269.

(191) Lawrence BAUM, *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 152.

(192) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 209.

(193) Lawrence BAUM, *El Tribunal Supremo...*, *op. cit.*, p. 148.

el Tribunal Supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En 1981, antes por tanto de la reforma legal de 1988, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, aunque también los tribunales inferiores se pronuncian con mucha frecuencia sobre las mismas materias (194), y la mayor parte de los casos a que se enfrenta la *Supreme Court* suscitan temas de libertades civiles. Desde 1937, ha escrito McCloskey (195), la Corte se ha esforzado en desarrollar una *civil rights doctrine* que hiciera realidad la promesa de esa tradición americana acorde con la libertad, en armonía no obstante con los imperativos de la realidad política. Ese acomodo a la realidad de que habla el autor precedente ya presupone un rol político de la mayor importancia, que viene a establecer un parentesco próximo entre la *Supreme Court* y los Tribunales Constitucionales de estirpe kelseniana.

En la propia mutabilidad del rol desempeñado por la Corte Suprema, puede entreverse un rasgo común con los Tribunales Constitucionales, pues, como bien sostiene Häberle (196), refiriéndose básicamente a tales órganos, la función de la jurisdicción constitucional es variable, flexible en el tiempo y en el espacio. En sintonía a su vez con este rol de la *Supreme Court*, Dahl la ha considerado no estrictamente una institución jurídica, pues ello, a su juicio, entrañaría subestimar su significación en el sistema político norteamericano, sino más bien una institución política, o lo que es igual, «an institution for arriving at decisions on controversial questions of national policy» (197).

(194) Así lo ha subrayado Linde, para quien, aunque los profesionales del Derecho y la opinión pública pueden no considerar resuelta una cuestión constitucional relevante hasta tanto la *Supreme Court* haya decidido sobre ella, lo cierto es que en la teoría y en la práctica los tribunales inferiores dictan constantemente sentencias en materia constitucional. Hans A. LINDE, «The United States Experience», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XX, No. 3, Summer, 1972 (parte monográfica dedicada a las «Admonitory Functions of Constitutional Courts»), pp. 415 y ss.; en concreto, p. 416.

(195) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 213.

(196) Peter HÄBERLE, «La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2.º semestre 2004, pp. 153 y ss.; en concreto, p. 160.

(197) Robert A. DAHL, «Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker», en *Journal of Public Law*, vol. 6, Spring, 1957, pp. 279 y ss.; en concreto, p. 279.

En definitiva, la marcada evolución de la Corte y su situación actual explica que un significativo sector de la doctrina (198) considere grande la proximidad entre la misma y los Tribunales Constitucionales europeos (199). Esta proximidad no es, por lo demás, un fenómeno exclusivo de nuestro tiempo. Basta para constatarlo con leer las reflexiones que más de tres cuartos de siglo atrás hacía Charles Evans Hughes, antes de su acceso a la Presidencia de la Corte (que ocuparía entre 1930 y 1941, si bien entre 1910 y 1916 ya desempeñaría en la Corte el cargo de *Justice*), acerca de las tareas del propio órgano (200), que al aplicar cláusulas generales de un contenido indefinido («general clauses of an undefined content») no se limitaba al deber de hacer efectiva la Constitución. Más allá de ello, precisaba el gran Juez nacido en 1862 en el Estado de Nue-

(198) Es el caso, entre la doctrina española, de Rubio Llorente, para quien la *Supreme Court* es, en razón de la selección de los asuntos que ella misma hace, un Tribunal Constitucional. (Francisco RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», *op. cit.*, p. 1416). Y en el mismo sentido, entre otros, se manifiesta Pegoraro, para quien «negli ultimi anni, la Corte suprema s'è trasformata... in una vera e propria corte costituzionale, e cioè in un organo dotato di competenze specializzate». (Lucio PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 21).

(199) Mayores matices presenta la posición de Cappelletti, bien que la exprese en 1970. Para el gran procesalista italiano, el Tribunal Supremo norteamericano y, entre otros, su análogo japonés (pues de conformidad con la Constitución de 1947 se ha introducido en Japón un sistema análogo al norteamericano), se hallan lejos de ser equivalentes a los Tribunales Constitucionales europeos, pues mientras los últimos tratan tan sólo cuestiones constitucionales, la jurisdicción de la Corte Suprema estadounidense no se halla confinada de tal modo, ya que la mayoría de los casos llegan a ella a través del sistema de apelación normal y no por medio de un procedimiento especial. Incluso para las cuestiones constitucionales ningún procedimiento extraordinario es utilizado. Evidentemente, aunque esta opinión fuera expresada con anterioridad a la reforma legal de 1988, no deja de parecernos harto discutible y, desde luego, creemos que choca con lo que después señala el propio autor. (Mauro CAPPELLETTI, «Judicial Review in Comparative Perspective», *op. cit.*, p. 1045). Esta posición es matizada (si es que no, lisa y llanamente, contradicha) más adelante por el propio autor, quien, tratando las tendencias hacia la convergencia («converging trends») entre los dos sistemas de justicia constitucional, argumenta que el movimiento hacia la convergencia no está confinado al lado europeo del Atlántico, pues, a través del empleo del *certiorari*, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha ido confinando ella misma a tan sólo «the most significant — mostly constitutionally grounded — questions». Y este es justamente el exacto rol de los Tribunales Constitucionales europeos, que no tienen en absoluto jurisdicción en los casos ordinarios. (Mauro CAPPELLETTI, en *ibidem*, p. 1051).

(200) Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States...*, *op. cit.*, pp. 229-230.

va York, del que en 1906 sería elegido Gobernador, la Corte es el último intérprete («the final interpreter») de las leyes aprobadas por el Congreso. Las leyes, añadiría, sufren la prueba judicial, no sólo en cuanto a su validez constitucional, sino también con respecto a su verdadero significado («their true import»), y en último término, una ley federal significa lo que la Corte dice que significa («a federal statute finally means what the Court says it means»). Dicho de otro modo, en cuanto juez último de la constitucionalidad de las leyes, la *Supreme Court* no sólo controla su conformidad con la Constitución, sino que las interpreta de conformidad con la misma, de modo tal que cuando una ley fuere susceptible de dos interpretaciones, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, Hughes consideraría deber de la Corte adoptar aquella interpretación que dejara a salvo su constitucionalidad («to adopt that construction which saves its constitutionality»)(201).

Pero aún puede señalarse algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la *Supreme Court*, conducen, a juicio de un sector de la doctrina (202), a que este "Tribunal Constitucional" adopte modos y formas propios de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

II. Una última reflexión, encaminada a mostrar este proceso de progresiva convergencia, se hace necesaria, en esta ocasión en relación a los Tribunales Constitucionales de corte kelseniano. El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas jurídicos de *common law*; ello no obstante, en los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica, como los denomina David (203), la *judicial review of Legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus*

(201) *Ibidem*, p. 36.

(202) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional...», *op. cit.*, p. 1416.

(203) René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 25.

operandi de los Tribunales Constitucionales, de técnicas jurídicas, y lo que aún importa más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la *Supreme Court*, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

A este respecto, y sin ánimo de entrar en la superación del rol kelseniano del «legislador negativo», cuestión de la que ya nos hemos ocupado con un cierto detenimiento, es del mayor interés recordar el notabilísimo enriquecimiento que han experimentado las decisiones de los Tribunales Constitucionales, que ya no se limitan a una función puramente negativa, sino que han asumido en plenitud una función creadora mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias del sistema de la *judicial review*, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de otro modo, y siguiendo el concepto kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los Tribunales Constitucionales vienen disociando con bastante frecuencia la inconstitucionalidad de la nulidad.

Refiriéndose a Italia, si bien, desde luego, esta referencia es extrapolable a otros países, Zagrebelsky (204) ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la *Corte Costituzionale* y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo no lleva a cabo un control de la ley con abstracción de su necesidad de aplicación, sino que, a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, «si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia

(204) Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 152-153.

in modo costituzionalmente legittimo». En este modo de proceder, Zagrebelsky encuentra la última *ratio* que ha conducido a la *Corte Costituzionale* a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma, no de la disposición de la que proviene, y a la frecuente utilización de este instrumento.

En definitiva, tanto desde la óptica del funcionamiento del sistema norteamericano de la *judicial review*, y muy particularmente de la evolución experimentada por el órgano que se sitúa en el vértice del *federal judiciary*, como desde la apreciación igualmente del funcionamiento de los Tribunales Constitucionales de estirpe kelseniana, encontramos argumentos que, razonablemente, justifican que hablemos de la aproximación de uno y otro sistema, lo que, innecesario es decirlo, se suma a todo lo que ya se ha expuesto precedentemente en la misma dirección.

6. LA MIXTURA E HIBRIDACIÓN DE LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO DE NUESTRO TIEMPO

I. La opción de los constituyentes que elaboraron los primeros códigos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial en favor de un modelo de Constitución que, como ya se ha expuesto, sigue de cerca la idea subyacente a la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se iban a derivar para el control de la constitucionalidad de las leyes, iba a propiciar una hibridación del modelo kelseniano que, en lo sustancial, iba a seguir prestando su estructura centralizada, con algunos de los elementos característicos del control difuso, hibridación que quizá encontrara su más significativa manifestación en la introducción de las llamadas en Italia *questioni di legittimità costituzionale*, que, como señala Silvestri (205), introducirán una variante destinada a tener relevantes consecuencias sobre el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional.

(205) Gaetano SILVESTRI, «La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo», en *Storia d'Italia-Annali*, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998, pp. 941 y ss.; en concreto, p. 969.

Ciertamente, como se expuso precedentemente, ya la *Novelle* austriaca de 1929 había introducido este instituto, aunque con sensibles diferencias. Con el constitucionalismo de la segunda posguerra, la multiplicidad de variantes del mismo no ha hecho más que crecer y con ellas se ha ido acentuando ese proceso de mixtura e hibridación. Como ha escrito Pegoraro (206), «a seguito della impetuosa espansione del costituzionalismo e della forma di Stato liberal democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sono ancor più mescolati e complicati». El propio Pegoraro ha visualizado (207) una especie de tercer modelo, una suerte de *tertium genus*, que comprendería rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos procesales cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento de «difusión» en la fase introductoria del proceso, que no es decisoria. Sin embargo, ni siquiera la identificación de este *tertium genus* agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos de nuestro tiempo nos muestran. Prueba de ello sería que el propio autor avanza la existencia de un *quartum genus*, que abarcaría países tales como Grecia, Portugal y algunos latinoamericanos en los que, básicamente, puede decirse que coexiste el control difuso con el concentrado (208).

Si los constituyentes y legisladores diseñaran los respectivos sistemas de justicia constitucional con la finalidad de alcanzar el máximo posible de armonía y de racionalidad, no cabe duda, como dice Pizzorusso (209), de que habrían de proceder a combinar fórmulas de uno y otro de los dos tradicionales modelos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los ordenamientos en la materia son fruto de

(206) Lucio PEGORARO, «La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale». Trabajo publicado, en su versión española, en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AlbJC)*, núm. 6, 2002, pp. 393 y ss. Manejamos, antes de su traducción, el texto original italiano mecanografiado que nos remitió su autor, p. 2. (en su versión española, p. 395).

(207) Lucio PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 27.

(208) *Ibidem*, pp. 39-45.

(209) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale...», *op. cit.*, pp. 530-531.

la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales, en fin, de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos. De ahí las dificultades, nos atreveríamos a decir que insuperables, de dar vida a un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares (210).

II. No pretendemos ahora ni mucho menos llevar a cabo un análisis casuístico del diseño actual de los sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo, sino tan sólo bosquejar algunos de sus rasgos característicos, con la finalidad esencial de mostrar cómo en ellos se acogen elementos de uno y otro modelo histórico, dificultando de esta forma, de modo casi insuperable, todo intento de clasificación que siga teniendo como referente la tipología tradicional. Tampoco pretendemos aludir a un elevado contingente de diseños constitucionales; nos limitaremos tan sólo a algunos, que bien pueden servir de ejemplos extrapolables a otros.

A) En Austria, Alemania, Italia, Bélgica y España, por aludir tan sólo a algunos países, coexiste un control de la ley, esto es, al margen de su aplicación, con un control realizado con ocasión de su aplicación en una *litis*, que desencadena el juez que conoce de la controversia concreta; dicho de otro modo, en buen número de países europeos conviven el control principal con el incidental, o lo que es lo mismo, los dos procedimientos a cuyo través se puede desencadenar la fiscalización en sede constitucional de la ley, procedimientos que, como el propio Kelsen admitiría, constituían la seña de identidad de cada modelo. Además, este control con ocasión de la aplicación de la ley puede viabilizarse igualmente a través de instrumentos procesales específicamente diseñados para la tutela de los derechos fundamentales, como sería el caso del *Verfassungsbeschwerde* alemán o del recurso de amparo español, que pueden desencadenar una fiscalización de la norma legal por el Tribunal Constitucional, en unos casos (el *Verfassungsbeschwerde*) directamente, en otros (el recurso de amparo) de modo indirecto, a través de un mecanismo

(210) En análogo sentido se manifiesta Giancarlo ROLLA, en «El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero/abril de 1998, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 177.

interpuesto, como sería el de la llamada cuestión interna de inconstitucionalidad, o también autocuestión de inconstitucionalidad. En tales condiciones, ya el mero recurso, aunque sea a los solos efectos didácticos, de acudir a la diferenciación tradicional para catalogar el modelo de justicia constitucional de cualquiera de los países mencionados se nos antoja inadecuado.

B) En otros países europeos la hibridación es aún mayor, pues en algún caso, como el portugués, lo que ha habido, lisa y llanamente, es la casi completa recepción constitucional de los dos modelos, adelantando algo común a algunos países latinoamericanos. Nos referiremos a Grecia y a Portugal.

Grecia, hasta el golpe militar de 1967, tuvo un sistema inspirado en el modelo norteamericano, aunque no propiamente difuso, pues la posible inaplicación de una ley por razón de su inconstitucionalidad quedaba circunscrita al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación. La Constitución griega de 1975 iba a habilitar a todos los tribunales para inaplicar las leyes cuyo contenido interpretaren en contradicción con la Constitución; así se infiere de su artículo 87.2, cuando dispone que en ningún caso serán obligados los jueces a atenerse a normas tendentes a la abolición de la Constitución; ello significa que los tribunales administrativos, con el Consejo de Estado al frente, los tribunales ordinarios, cuya más alta instancia es el Tribunal de Casación, el Tribunal de Cuentas y cualesquiera otros órganos jurisdiccionales, pueden verificar un control de constitucionalidad, promoviendo incluso de oficio tal control con ocasión de un proceso administrativo, civil o penal.

El diseño griego, según Favoreu (211), venía a romper el principio de que la justicia constitucional no se divide, pues aun siendo difusa se enmarca en el seno de un aparato jurisdiccional único rematado por un único Tribunal Supremo. Sin embargo, lo cierto es que no creemos que en Grecia pudiera sostenerse la existencia de tal división, por cuanto el artículo 100 de la Constitución contem-

(211) Louis FAVOREU, «Reflexiones sobre algunos problemas planteados por la justicia constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4, abril/agosto de 1988, pp. 47 y ss.; en concreto, p. 50.

pla un «Tribunal Especial Superior» cuyas atribuciones, a juicio de nuevo del profesor francés, bien que harto discutible, semejan extrañamente las de un Tribunal Constitucional, al que se le atribuye (art. 100.1, e/) el conocimiento de los procesos que versen sobre la inconstitucionalidad de fondo o material o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en el supuesto de que sobre tales disposiciones hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas. En absoluto creemos que pueda calificarse de Tribunal Constitucional ese «Tribunal Especial Superior». Digamos ante todo, que su presencia se hace especialmente necesaria a la vista de que en Grecia, a diferencia de Estados Unidos, no existe un Tribunal Supremo único. Sin ese órgano, ningún otro órgano jurisdiccional es capaz de asegurar la unidad interpretativa, dificultada adicionalmente en Grecia por la inexistencia de la regla *stare decisis*. En consecuencia, el Tribunal Especial se nos presenta primariamente como un tribunal arbitral, llamado a dilucidar, en lo que ahora interesa, los conflictos interpretativos suscitados entre los más elevados órganos jurisdiccionales. Como bien señala Bon (212), más que ante una jurisdicción constitucional de tipo europeo, nos encontramos ante un tribunal de conflictos. Pero su mera existencia ya introduce un elemento de cualificación en un país del que podría pensarse que se acomoda sin más al modelo de la *judicial review*, modelo que al implantarse en un sistema jurídico de *civil law*, que además carece de un único órgano jurisdiccional en el vértice del poder judicial, exige de la creación de un órgano «ad hoc» que pueda tener la última palabra en los conflictos interpretativos surgidos entre los órganos de vértice de los distintos órdenes jurisdiccionales. El control difuso se transmuta así en el vértice en un control concentrado.

C) En Portugal, ya desde la Constitución republicana de 1911, fruto de la Revolución de 1910, que acabó con la Monarquía, arraigó el sistema norteamericano de la *judicial review*, muy posiblemente por el notable influjo de la Constitución brasileña de 1891, que introdujo la República y la forma federal del Estado brasileño, y

(212) Pierre BON, «Présentation générale», en *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Economica, Paris, 1989, pp. 19 y ss.; en concreto, p. 24.

que recepcionó igualmente la *judicial review* norteamericana (213). De esta forma, la Constitución de 1911 no sólo propiciará la muy temprana introducción del sistema americano en Europa, sino que convertirá a Portugal en uno de los primeros países europeos en dotarse de mecanismos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, siguiendo en ello a Noruega y Suiza. En el país helvético, pueden encontrarse analogías con el modelo norteamericano (214), que se hacen especialmente visibles en el *contrôle préjudiciel général* (215), pero no cabe olvidar que una limitación tradicional del sistema suizo de control de constitucionalidad ha sido la de excluir del mismo a las leyes federales, circunscribiéndolo, pues, a las leyes cantonales (216), aunque, como señala Hottelier, en los últimos años se puede apreciar una evolución jurisprudencial encaminada a limitar el alcance de las autoridades jurisdiccionales de aplicar las leyes federales en cualquier circunstancia (217).

Retornando a Portugal, donde el control difuso se mantendría incluso con la Constitución salazarista de 1933 (218), y por supuesto,

(213) La influencia brasileña, como recuerda Miranda, fue expresamente reconocida por el presidente de la Comisión del Proyecto de Constitución, el diputado Sr. Francisco Correia de Lemos. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. VI («Inconstitucionalidade e garantia da Constituição»), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 125, nota 1.

(214) En tal sentido, Mauro CAPPELLETTI, en *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., p. 54.

(215) «Le système suisse de juridiction constitutionnelle — escribe Hottelier — est bâti sur le mode diffus de contrôle des normes et des décisions que celles-ci génèrent. Cette caractéristique signifie que toute autorité chargée de l'application des normes est tenue d'examiner si celles-ci sont conformes au droit supérieur et, si tel n'est pas le cas, de refuser de les appliquer. Cette obligation est désignée par l'expression *contrôle préjudiciel général*. Michel HOTTELIER, «La justice constitutionnelle en Espagne et en Suisse», en Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 983 y ss.; en concreto, p. 996.

(216) En el Derecho suizo se consagró una suerte de poder/deber general de los jueces de inaplicar las leyes cantonales que interpretaran contrarias a la Constitución federal, como consecuencia implícita en el principio *Bundesrecht bricht kantonales Recht*.

(217) En 1991, el Tribunal Federal ha flexibilizado el rigor de la inmunidad conferida a las leyes federales al precisar que «pour certes l'obliger à appliquer les lois fédérales, la Constitution ne lui faisait nullement interdiction d'examiner, voire de constater, que celles-ci pouvaient n'être pas conformes à la Constitution».

(218) Recuerda Miranda, que la Constitución de 1933 confirmó el principio de la fiscalización jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no sin modificaciones importantes, unas positivas y otras que representaron un grave retroceso. Así, por ejemplo,

también en la hoy vigente de 1976, cabe decir que tras la importantísima reforma constitucional de 1982, se ha dado vida a un complejo sistema de control de constitucionalidad que, no sin razón, ha sido considerado como «the most complete system of judicial review in Europe» (219). Después de 1982, el control difuso encomendado en 1976 a la totalidad de los órganos jurisdiccionales convive con el control concentrado, el control preventivo coexiste con el control sucesivo y la fiscalización por acción se completa con la fiscalización de las omisiones legislativas, todo ello armónicamente entrelazado. Los tribunales, con ocasión de la aplicación de la ley en un caso concreto que se hallare *sub judice*, están facultados para la inaplicación de cualquier norma que, a su juicio, estuviere en contradicción con la Constitución, si bien el Tribunal Constitucional es habilitado para conocer de una norma inaplicada en sede judicial por su inconstitucionalidad, cumpliendo así el trascendental rol de armonizar la interpretación de todo tipo de normas en conformidad con la Constitución. Tras la reforma de 1982, la intervención del Tribunal Constitucional no sólo es posible (como sucedía en el texto original de 1976, bien que en relación con la Comisión Constitucional, antecedente del Tribunal) cuando los tribunales rehusen aplicar una norma con fundamento en su inconstitucionalidad, sino que también lo es respecto de las decisiones judiciales que apliquen una norma cuya inconstitucionalidad hubiese sido suscitada durante el proceso. La legitimación para recurrir la decisión judicial ordinaria ante el Tribunal Constitucional se encomienda tanto al Ministerio Público como a las personas que, de acuerdo con la ley reguladora del proceso en que se dictó la decisión judicial, tengan legitimidad para recurrir, disponiendo al efecto de un breve plazo de diez días para la formalización del recurso en sede constitucional. La decisión del Tribunal Constitucional tiene fuerza de cosa juzgada en cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad planteada. Si el Tribunal estimara el recurso, aun cuando fuere tan sólo parcialmente, las

todos los tribunales asumieron la función, que ejercían de oficio, de controlar la constitucionalidad de las normas que hubiesen de aplicar en un caso concreto. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, *op. cit.*, t. VI, p. 125.

(219) Allan R. BREWER-CARÍAS, «Judicial Review in Comparative Law», en la obra recopilatoria de trabajos del propio autor, *Études de Droit public comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 525 y ss.; en concreto, p. 855.

actuaciones se devolverán al órgano jurisdiccional de procedencia a fin de que éste, según fuere el caso, reformule su decisión o la mande modificar de conformidad con la resolución sobre la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Es de interés significar que el Tribunal Constitucional declara con fuerza obligatoria general la inconstitucionalidad o ilegalidad de cualquier norma, una vez que la haya juzgado inconstitucional o ilegal en tres casos concretos. Este no es desde luego el caso de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal portugués, dictadas al hilo del control abstracto, lo que significa que la Constitución establece un régimen diverso para los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en función de que se trate de un control abstracto o en vía principal, o de un control concreto, o en vía incidental.

Al margen de lo anterior resta el control abstracto en vía principal, que monopoliza el Tribunal Constitucional, contemplando la Constitución con notable amplitud la legitimación para recurrir ante el Tribunal, siendo asimismo de notar que la acción o requerimiento al Tribunal no queda delimitada temporalmente. Por lo demás, las decisiones estimatorias dictadas por el Tribunal en sede de control abstracto tienen fuerza obligatoria general, produciendo sus efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal, determinando la reviviscencia («a reprivatização») de aquellas otras normas que la declarada inconstitucional hubiere derogado, previsión que no deja de ser discutible, pero que viene a suponer unos efectos *ex tunc* en su grado máximo.

El diseño de la justicia constitucional en Portugal parece responder, básicamente, a una yuxtaposición de los dos tradicionales modelos, cuya articulación y armonización se busca a través de esa intervención última del Tribunal Constitucional que siempre cabe respecto de las decisiones llevadas a cabo por los tribunales ordinarios al hilo de su potestad de control de constitucionalidad. Difícilmente podríamos explicar un sistema tan complejo como el portugués recurriendo a los modelos tradicionales y a los rasgos binomiales que supuestamente los contraponen.

Argumentos semejantes podrían darse en relación a las democracias de la Europa oriental, aunque no vayamos a entrar en ellos. Diga-

mos tan sólo que, entre otros países, Polonia, las Repúblicas checa y eslovaca, Hungría, Rumania, Bulgaria y Rusia, han creado un Tribunal Constitucional. En todos ellos se halla asimismo presente un elemento difuso de control, pues todos ellos, con unas u otras características, han recepcionado el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad.

III. América Latina nos ofrece un verdadero laboratorio en lo que a la justicia constitucional se refiere, un laboratorio en el que se han gestado y creado institutos procesales peculiares, de los que el juicio de amparo sería, sin duda, el paradigma, pero en el que también se han conjugado elementos de los dos modelos de justicia constitucional, acomodándolos a interesantes tradiciones endógenas, todo ello a lo largo de un dilatadísimo tracto histórico (220). Hoy quizá sean los sistemas de justicia constitucional latinoamericanos los que nos ofrezcan la prueba más fehaciente de la mixtura e hibridación a que venimos refiriéndonos, y ello, no obstante haber sufrido en los últimos años la justicia constitucional de algunos de estos países (Venezuela, Bolivia y Ecuador, muy particularmente, de resultados del pernicioso influjo autocrático chavista) un grave proceso de deterioro, que se ha traducido, en un caso (Venezuela), en la conversión del principal órgano de la justicia constitucional en una de las principales amenazas para los derechos y libertades de los ciudadanos, al ser un juguete en manos del sátrapa, y en los otros (Bolivia y Ecuador), en la creación, a modo de garantes de la Constitución, de auténticos engendros, que un análisis serio de estas instituciones no puede sino ignorar, que es lo que nosotros vamos a hacer.

En varios de estos países, como sería el caso de Colombia, Guatemala y Perú, coexisten el control concentrado en un Tribunal Constitucional y el control difuso, en cuanto que cualquier órgano jurisdiccional puede directamente inaplicar la norma legal que a su juicio sea incompatible con la Constitución, cuando fuere de aplicación en un caso del que ese tribunal esté conociendo. Las normas constitucionales han recurrido a diferentes técnicas de articulación entre los fallos de los órganos jurisdiccionales ordinarios, cuyo efecto se circunscribe al caso concreto, y la condición que, allí donde existe,

(220) Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional. Una visión de Derecho comparado*, t. III, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 51 y ss.

ha de corresponder al Tribunal Constitucional, que no puede ser otra sino la de intérprete supremo de la Constitución y del resto del ordenamiento en conformidad con la misma. Por poner un ejemplo, la Constitución de Guatemala de 1985 atribuye a la, por muchas razones, modélica Corte de Constitucionalidad la función de conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

En Chile, hasta la importantísima reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional creado por la Carta de 1980 ejercía un control preventivo, que incluso en el caso de las llamadas leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas constitucionales era, y sigue siendo, preceptivo, siendo tal control previo facultativo respecto de los tratados internacionales y de las leyes ordinarias. Tras la mencionada reforma constitucional, la fiscalización de los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales ha pasado también a ser preceptiva. El control preventivo de la ley llevado a cabo por el juez constitucional se complementaba con un control sucesivo o correctivo de las leyes vigentes, con ocasión de su aplicación en un caso concreto, que a su vez se concentraba en la Corte Suprema de Justicia, que, de oficio o a petición de parte, en los asuntos de que conociera directamente o cuyo conocimiento le fuere sometido a través del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, podía declarar inaplicable con efectos *in casu* todo precepto legal que considerara contrario a la Constitución. La reforma constitucional ha radicado esta segunda modalidad de control, la que se produce con ocasión de la aplicación de la norma legal, en el Tribunal Constitucional, concluyendo así en Chile ese peculiar control concentrado, pero compartido, una dualidad, como señalara la propia doctrina chilena (221), perturbadora de órganos y sistemas, poniendo fin de esta forma a dos interpretaciones de la Constitución, en ocasiones contrapuestas, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica. La reforma de 2005 ha venido a separar la declaración de inaplicabilidad de la de inconstitucionalidad, correspondiendo ambas

(221) Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, «El nuevo Tribunal Constitucional chileno», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIJC)*, núm. 11, 2007, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 257.

al Tribunal Constitucional. Este puede decidir la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación «en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial» resulte contraria a la Constitución (art. 93.6.º de la Constitución reformada), y asimismo (por una mayoría de los 4/5 de los miembros del Tribunal), la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable. Quiere ello decir, que tras la reforma de 2005 se ha venido a establecer una original diferenciación entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, supeditándose la segunda a la primera, habilitándose para plantear la cuestión de inaplicabilidad a las partes de la *litis* o al juez que conoce del asunto, mientras que cabe acción pública para instar del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, previa declaración de inaplicabilidad, si bien también se prevé que el Tribunal Constitucional pueda en tal caso declarar de oficio la inconstitucionalidad. Basta con lo expuesto para constatar la peculiaridad del sistema chileno.

Los mecanismos de control de constitucionalidad coexisten con la acción de amparo, tutela o protección, que con todas estas denominaciones, según los países, se la conoce; de ella, por lo general, pueden conocer la totalidad de los órganos jurisdiccionales, cabiendo, allí donde existe un Tribunal Constitucional, una intervención final de éste. En algunos países el amparo fue concebido como una vía procesal encaminada a la reparación del derecho violado, pero no para la verificación de una inconstitucionalidad, concepción que ha ido evolucionando, de lo que ilustra perfectamente el caso argentino. Concebida en Argentina la acción de amparo como un proceso sumario por medio del cual se podía impugnar un acto lesivo que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, infringiera un derecho constitucionalmente reconocido, una reiterada doctrina jurisprudencial entendió que el amparo era una vía exclusivamente dirigida a la reparación del derecho violado. Esa interpretación quebró de modo frontal en los casos «Outón» (1967) y «Mate Laranjeira Mendes» (1967), al rechazar la Corte Suprema de la Nación el carácter absoluto del postulado de que en un juicio de amparo es siempre improcedente abordar la cuestión constitucional. A juicio de Vanossi (222), esta doctrina suponía

(222) Jorge Reinaldo A. VANOSI y Pedro Fermín UBERTONE, «Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina», en *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984, pp. 87 y ss.; en concreto, p. 191.

la creación pretoriana por la Corte Suprema de una acción directa de inconstitucionalidad en el orden nacional, algo, evidentemente, bien alejado del punto de partida de la justicia constitucional argentina, que no era otro que el de la *judicial review* norteamericana. Aunque la mencionada doctrina encontraría diversas oscilaciones por parte de la Corte, tras la sentencia que ésta dictó en el «caso Peralta» (diciembre de 1990), quedó definitivamente consagrada la jurisprudencia iniciada en 1967. La reforma constitucional de 1994 zanjó definitivamente la cuestión, al habilitar al juez que conozca de la acción de amparo para la declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma en la que se funde o sustente el acto u omisión lesivos, lo que, según Hitters (223), ha significado la puesta en marcha, a través del amparo, de una acción de inconstitucionalidad en una causa concreta, opinión sustancialmente coincidente con la anteriormente mencionada.

Distinta ha sido la concepción del juicio de amparo en México, país en donde, como corroboran sus antecedentes históricos, este instituto se ha revelado como un medio jurídico de salvaguarda de la constitucionalidad. A nivel federal, se ha admitido tradicionalmente en México el amparo contra leyes, bien que se requiera que tales leyes sean autoaplicativas, hallándose legitimadas para la interposición de esta acción aquellas personas que, en el momento de la promulgación de la ley, queden automáticamente comprendidas dentro de la hipótesis de su aplicación. Se puede comprender por todo ello que, como escribiera Burgoa (224), el control de la Constitución (más pertinente sería hablar de su salvaguarda) y la protección del gobernado frente al poder público, sean los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que han integrado en México la teleología esencial del juicio de amparo.

A su vez, en Brasil, donde desde la Constitución de 1891, como ya se dijo, se impuso el modelo de la *judicial review*, la justicia constitucional ha evolucionado hacia lo que se ha llamado un sistema mixto de

(223) Juan Carlos HITTERS, «La Jurisdicción Constitucional en Argentina», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras Editoriales), Madrid, 1997, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 301.

(224) Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, 20.^a ed., Porrúa, México, 1983, p. 148.

control difuso y concentrado (225), con clara tendencia, acentuada por la Constitución de 1988, a la ampliación del último. El mero hecho de que la Constitución contemple la *ação direta de inconstitucionalidade* frente a una ley o acto normativo federal o estatal, de la que conoce el Supremo Tribunal Federal, ha venido a presuponer un control concentrado que, por la pura vía fáctica, se ha venido sobreponiendo al difuso. Hoy, el Supremo Tribunal Federal es, de hecho, un verdadero Tribunal Constitucional, aunque no sea ese su nombre.

Tras lo expuesto, creemos que es algo obvio, que intentar recurrir a la categorización binomial de los modelos de justicia constitucional para tratar de caracterizar el de cada país latinoamericano es misión de todo punto imposible.

7. A LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA
DE LOS RASGOS CONFORMADORES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL
DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. Cuanto hasta aquí se ha expuesto nos conduce a la inexcusabilidad de abandonar la tradicional contraposición entre modelo europeo-kelseniano y modelo norteamericano, que desde decenios se ha venido utilizando a la hora de abordar la caracterización de un determinado sistema de justicia constitucional. Es de todo punto necesario buscar nuevos enfoques que nos permitan una más precisa identificación de los rasgos definidores del sistema. No es la nuestra, ni mucho menos, una posición solitaria o aislada, pues ya algunos autores, y ciertamente relevantes, han venido insistiendo, con muy diversos matices y posiciones, en una dirección análoga. A título puramente ejemplificativo, recordaremos algunos de ellos.

En Italia, Baldassarre (226) ha diferenciado dos grandes modelos de justicia constitucional, que identifica como: *giurisdizione dei*

(225) José AFONSO DA SILVA, «O controle de constitucionalidade das leis no Brasil», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, *op. cit.*, pp. 387 y ss.; en concreto, p. 394.

(226) Antonio BALDASSARRE, «Parlamento y justicia constitucional en el Derecho comparado», en Francesc PAU I VALL (coord.), *Parlamento y Justicia Constitucional* (IV Jor-

diritti fondamentali y giustizia politica. Mientras este último encontraría su núcleo central en una función de moderación, en sintonía con la cual al Tribunal Constitucional correspondería la tutela de los principios de la forma de gobierno, el primer modelo encontraría su última *ratio* en la nueva concepción constitucional de los derechos, que se nos presentan no sólo como límites respecto de los poderes públicos, sino también como elementos positivos de orientación, integración y dirección, que operan como parámetros de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos, particularmente de la función legislativa.

También en Italia, Pizzorusso (227) ha contrapuesto los sistemas concretos a los sistemas abstractos de control de constitucionalidad de las leyes. Los primeros se distinguen entre ellos sobre todo en función de que la cuestión de constitucionalidad de la disposición o norma legal se proponga al juez junto a una cuestión de aplicación de la ley, como sucede en los Estados Unidos, o bien deba ser filtrada por el juez que debe pronunciarse sobre la aplicación de la ley y tras esto remitirla al juez constitucional. Un segundo rasgo diferencial en los sistemas concretos vendría dado en función de que la eficacia de la sentencia se determine con relación al principio *stare decisis* (y se resuelva por lo mismo prevalente o totalmente en su eficacia como precedente), o bien que asuma un alcance *erga omnes* análogo al de la ley y otras fuentes a ella equiparables.

Los sistemas abstractos, siempre según el gran maestro de Pisa, se distinguen a su vez principalmente según que las impugnaciones (y las relativas decisiones) tengan carácter preventivo respecto del momento de entrada en vigor de la disposición o norma a la que se refieren (como tradicionalmente ha sucedido en Francia), o bien su carácter sea sucesivo, posterior, a tal momento (como en la República Federal alemana). Otro rasgo diferencial vendría dado en función de los sujetos legitimados para recurrir al juez constitucional, lo que a su vez exigiría atender a si la impugnación deriva de una con-

nadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos), Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 1997, pp. 183 y ss.; en concreto, pp. 190 y ss.

(227) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», *op. cit.*, pp. 527-529.

troversia entre entes territoriales (*Bund/Länder*, Estado/Regiones) o bien entre órganos o, más bien diríamos por nuestra cuenta, fracciones de órganos (minoría parlamentaria frente a la mayoría que apoya un texto legal). La nota común vendría constituida por la configuración del juicio constitucional como una fase (en el caso del control *a priori* de corte francés) o como un apéndice del procedimiento de formación de un determinado acto legislativo.

En España, y en una línea no muy alejada de lo expuesto, Rubio Llorente (228) ha separado el modelo centrado en la ley de aquellos otros modelos de justicia constitucional centrados en la defensa de los derechos.

En fin, en Francia, también Fromont (229) ha propuesto una nueva clasificación que se asienta tanto en el procedimiento a cuyo través se apela al juez constitucional como en la naturaleza de la decisión que ha de adoptar. Y así, diferencia el procedimiento constitucional que responde a una lógica subjetiva y concreta (la sentencia constitucional pone fin a la demanda de una persona titular de derechos subjetivos, versando sobre la situación concreta de esa persona) de aquel otro que responde a una lógica objetiva y abstracta (la sentencia constitucional zanja una cuestión planteada por un actor de la vida política relativa a conflictos entre normas u órganos del Estado). Sin embargo, Fromont termina reconociendo que numerosos Estados combinan los dos tipos de procedimientos de justicia constitucional, combinación que se hace en proporciones muy variables según los casos.

II. Anticipemos ya, que por nuestra parte no pretendemos establecer una nueva clasificación a la que hayan de reconducirse los sistemas de justicia constitucional de cada país. Tan sólo intentamos, con una finalidad analítica, diferenciar un conjunto de variables, asentadas en la mayoría de los casos, aunque no en todos, en

(228) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, vol. II, pp. 1411 y ss.; en concreto, pp. 1416 y ss.

(229) MICHEL FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 42-44.

binomios dicotómicos, y sujetas a una cierta articulación, con las que poder ofrecer pautas explicativas de las muy distintas modalidades o vertientes que, como regla general, nos ofrece el control de constitucionalidad en cada país, modalidades que, por lo común, como ya se ha podido constatar, se presentan entremezcladas en los muy heterogéneos sistemas de justicia constitucional que la realidad nos ofrece, lo que convierte en ilusorio tratar de identificar y caracterizar un modelo de justicia constitucional con la vista puesta en la contraposición entre el modelo europeo-kelseniano y el norteamericano. No se trata ésta ni mucho menos de una construcción acabada, sino de un primer esbozo, que esperamos poder ir desarrollando con el tiempo.

III. Hemos de partir, como núcleo central de esta vertebración o, si así se prefiere, como elemento de articulación del conjunto, de la contraposición que hoy nos parece de mayor relevancia, que no es otra que la que atiende a si el control de constitucionalidad es un control de la ley, al margen por entero de su aplicación, o si, por el contrario, se trata de una fiscalización con ocasión de la aplicación de la ley. En el primer caso, el control en sede constitucional se lleva a cabo en ausencia no sólo de un litigio judicial previo, sino, más ampliamente, de todo conflicto de intereses subjetivos. En el segundo caso, el control se desencadena con ocasión de un litigio en el que se enfrentan intereses subjetivos contrapuestos. Piénsese que en Estados Unidos el pronunciamiento de un tribunal acerca de una cuestión constitucional, a través de la *judicial review*, exige que el mismo sea necesario para la resolución de un caso concreto, lo que encuentra su indiscutible lógica en el hecho de que, como Marshall sostuvo en el celeberrimo *Marbury case*, la facultad de que dispone el *judiciary* para interpretar y hacer prevalecer la Constitución en caso de conflicto con una norma legal tiene que ser deducida de la obligación de los tribunales de decir lo que es el Derecho en un caso concreto, decidiéndolo de conformidad a Derecho (un Derecho que, en ocasiones, viene dado por la Constitución). Pero innecesario es decir a estas alturas, que también el *konkrete Normenkontrolle* alemán, la cuestión de inconstitucionalidad española o las *questioni di legittimità costituzionali* italianas (y demás instrumentos procesales análogos), independientemente de las diferencias que guarden con el modelo de la *judicial review*, entrañan que el control de constitucio-

alidad se desencadene con ocasión de la aplicación de la ley. Y ello no sólo puede repercutir sobre el propio juicio constitucional, pues es evidente que sólo a través de su aplicación puede la ley revelar matices, aristas o perfiles de imposible constatación en abstracto, sino que también a esta modalidad de control se anudan elementos diferenciales con esa otra fiscalización que es el control de la ley. Piénsese simplemente en la infinita mayor carga política que se anuda al control de la ley, que en bastantes ocasiones se limita a revestir con un ropaje jurídico lo que no es sino una dura controversia política en sede parlamentaria, trasladando al ámbito de la justicia constitucional la confrontación política entre la mayoría parlamentaria y la oposición. Desde otra óptica, obsérvese que en el control con ocasión de la aplicación de la ley adquieren un especial protagonismo, inusual en la otra modalidad de desencadenamiento del control, los derechos y libertades de los ciudadanos. Creemos que basta con lo dicho para captar la relevancia de esta diferenciación de matriz.

La diferenciación matriz de la que partimos, aunque con reminiscencias evidentes de la contraposición bipolar control abstracto/control concreto, nos parece más pertinente, siquiera sea porque, a nuestro entender, quizá por su mayor grado de abstracción, permite un más nítido encasillamiento del tipo de control que posibilita la cuestión de inconstitucionalidad e instrumentos similares, que, no dejando duda alguna acerca del hecho de que se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley, suscita, por el contrario, alguna mayor complejidad cuando se trata de reconducir al binomio control abstracto/control concreto, pues como ya tuvimos oportunidad de exponer, aún admitiéndose una cierta concreción en el planteamiento, la misma convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo en sede constitucional.

IV. A partir de esta diferenciación, en la primera forma de desencadenamiento del control (control de la ley), habría que atender a dos variables, cada una de las cuales nos ha de conducir a su vez a una diferencia binomial:

A) Por un lado, se ha de atender al momento de verificación del control, lo que nos ha de conducir a diferenciar entre un control *a priori*, previo o preventivo, y otro *a posteriori*, sucesivo o

reparador, según que la fiscalización se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley. En el primer caso, que puede estar especialmente indicado en algunos supuestos (control de un tratado internacional antes de que el Estado preste su consentimiento para obligarse al mismo, control de un texto legislativo que exija para su promulgación de un previo referéndum de ratificación popular), el órgano de control de la constitucionalidad asume el rol virtual de un legislador adicional, y su fiscalización se convierte en una fase más del procedimiento legislativo, más aún cuando, como sucede en ciertos países (piénsese en Francia o Chile, respecto, al menos, a determinadas normas) esa fiscalización es preceptiva. En el segundo, como ya se ha dicho, con frecuencia encuentran su continuidad los conflictos políticos surgidos en sede parlamentaria, travestidos ahora bajo un ropaje jurídico.

Dentro a su vez del control sucesivo, puede tener un cierto interés establecer una diferenciación adicional según que el control se halle delimitado temporalmente o no exista, por contra, límite temporal para su desencadenamiento. A nuestro entender, la delimitación temporal del plazo para interponer una acción de inconstitucionalidad es coherente con las exigencias del principio de seguridad jurídica, y allí donde, como en España, existe también la posibilidad de un control con ocasión de la aplicación de la ley, desencadenado por los jueces, la sujeción de la acción o recurso de inconstitucionalidad a un plazo temporal breve en modo alguno cierra en el futuro la posibilidad de someter una norma legal a su fiscalización en sede constitucional.

B) Por otro lado, es necesario atender a la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control de constitucionalidad, que nos conduce a diferenciar entre un control objetivo o en interés del orden constitucional general, y un control competencial, o en interés del orden constitucional de competencias establecido en relación a los distintos entes territoriales que conviven en un Estado compuesto. Piénsese, por ejemplo, en que a uno y otro control se anuda una legitimación para recurrir normalmente muy diferente. Bien ilustrativo de esta diferencia es el artículo 105 de la Constitución de México, que tras la reforma de diciembre de 1994, dedica sus dos extensos apartados a las controversias constitucionales

y a las acciones de inconstitucionalidad. Las primeras, según quien quizá mejor las ha estudiado (230), son procedimientos de única instancia que se plantean ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por la Federación, los Estados, el Distrito Federal o los cuerpos de carácter municipal, o por sus respectivos órganos legitimados, cuyo objeto es solicitar la invalidación de normas generales (lo que incluye leyes y actos no legislativos de otros entes similares) con base en que tales normas no se ajustan al sistema federal constitucional (o lo que es igual, al sistema de distribución de competencias). De modo bien significativo, el artículo 105.I dispone que cuando las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, la resolución de la Corte Suprema que las declare inválidas tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de, al menos, ocho votos (de un total de once Jueces), con lo que se equiparan los efectos de las controversias constitucionales con los de las acciones de inconstitucionalidad, que se contemplan en el artículo 105.II.

Es cierto, desde luego, y de ello somos conscientes, que esta categoría de la naturaleza del interés constitucional a preservar a través del control puede desbordar el ámbito de la categorización en que nosotros la hemos ubicado. Pensemos, por ejemplo, en el caso italiano, donde el control de constitucionalidad con vistas a la salvaguarda del orden constitucional de competencias se ha canalizado por unos derroteros procesales que nada tienen que ver con los seguidos en relación a la salvaguarda del orden constitucional general. Ello, con todo, no resta interés a la división que hemos establecido; si acaso revela la notable dificultad de sujetar a patrones dogmáticos generales la enorme diversidad y riqueza de matices que nos muestran los sistemas de control de constitucionalidad recepcionados por cada país.

V. En la segunda modalidad de desencadenamiento del control, esto es, en el control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, creemos necesario asimismo atender a dos diferentes variables, a las que se van a vincular a su vez otras categorizaciones, de las que nos ocupamos sucesivamente:

(230) Juventino V. CASTRO, *El artículo 105 constitucional*, 5.^a ed., Porrúa, México, 2004, pp. 59-60.

A) La primera variable atiende a los órganos a los que se atribuye la competencia para fiscalizar la conformidad constitucional de la ley, pudiendo diferenciarse al respecto entre un control difuso, en el que cualquier juez o tribunal ordinario puede llevar a cabo el control de constitucionalidad de la norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que está conociendo, y un control concentrado, en el que esa fiscalización corresponde a un único órgano. Esta diferenciación encuentra su lógica tan sólo en el control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, pues es obvio que no cabe en un control de la ley.

Por lo que se refiere al control difuso, parece claro que, en cuanto presupone que una pluralidad de órganos judiciales puede decidir acerca de la inconstitucionalidad de una norma legal que han de aplicar en un caso del que están conociendo, entrelazando de esta forma la aplicación de la norma y su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, nos sitúa ante el modelo norteamericano de la *judicial review* y sus congéneres. Ello permite diferenciar claramente este modelo respecto de aquellos otros sistemas que, aún habiendo optado por posibilitar un control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, al contar con un Tribunal Constitucional, limitan la función del juez ordinario, que se reduce a llevar a cabo un primer control de constitucionalidad, tras el que, en su caso, deberán someter al Tribunal Constitucional el pronunciamiento definitivo acerca de la compatibilidad con la Constitución de la norma legal. El control, aun cuando entendido en su manifestación más extrema de rechazo de la norma inconstitucional, se concentra de esta forma en un único órgano, por cuanto sólo él puede expulsarla del ordenamiento jurídico. Por lo mismo, esta categorización permite separar con cierta claridad ambas fórmulas de control, lo que, a nuestro entender, difícilmente lograríamos con tanta nitidez si jugáramos con el binomio control abstracto/control concreto. Por lo demás, es claro que en el control difuso la fiscalización constitucional de la norma legal puede ser instada por las partes de la *litis* o bien puede desencadenarse por iniciativa del propio órgano jurisdiccional.

En cuanto al control concentrado, podemos a su vez establecer dentro del mismo dos categorizaciones diferentes, en función del

órgano al que se encomienda el control y de la instancia desencadenante del mismo.

a) En atención al órgano al que se encomienda la fiscalización de la norma legal, cabe diferenciar entre aquellos países que han encomendado ese control a un órgano *ad hoc*, un Tribunal Constitucional, y aquellos otros que lo han atribuido a un órgano jurisdiccional ordinario, sea la Corte Suprema de Justicia, sea una Sala de la misma, si bien no puede ignorarse aquí el proceso de transformación que han experimentado ciertos Tribunales Supremos, que se han convertido, *de facto*, en auténticos Tribunales Constitucionales, aunque sigan manteniendo su denominación tradicional. Las Cortes Supremas de Brasil y México nos ofrecen un buen ejemplo de ello.

Aunque por su propia lógica, la idea de un control concentrado se identifica con el monopolio del control (o por lo menos, en coherencia con lo que se ha sostenido a lo largo de este trabajo, con el monopolio de rechazo) por un órgano, la experiencia histórica nos revela que incluso esta identificación por entero coherente puede quebrar. Piénsese en el referido caso de Chile, con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, en donde el control concentrado era residenciado en dos órganos diferentes, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, si bien tampoco cabe olvidar que esa peculiar circunstancia de un control concentrado compartido no obstaría a nuestra diferenciación, pues sólo a la Corte Suprema correspondía el control llevado a cabo con ocasión de la aplicación de una ley, dado que el control encomendado en exclusiva al Tribunal Constitucional era un control de la ley de carácter preventivo.

Por lo demás, somos conscientes de que la diferenciación esbozada difícilmente acoge todos los sistemas constitucionales de control de constitucionalidad. Pensemos, por ejemplo, en el modelo portugués. El control con ocasión de la aplicación de la ley, en principio, sigue muy de cerca la lógica del modelo norteamericano, pero la posibilidad de recurrir, en último término, al Tribunal Constitucional introduce un elemento innovador, rupturista incluso. El control se residencia en un primer momento en los jueces, siguiendo el diseño americano de entrelazamiento entre aplicación de la norma y enjuiciamiento de su constitucionalidad, pero la última palabra escapa

del poder judicial para ir a parar a un órgano «*ad hoc*», el Tribunal Constitucional. Control difuso y control concentrado se yuxtaponen, aunque el último termine imponiéndose, pues no en vano es el juez constitucional, el Tribunal Constitucional, quien dispone de la última palabra, como por lo demás no puede ser de otro modo allí donde existe. La enorme diversidad de fórmulas constitucionales, como se ve, dificulta extraordinariamente su reconducción a categorías generales explicativas entrelazadas en un sistema armónico, lo que, en cualquier caso, no debe ser un impedimento para su categorización y sistematización.

b) En atención a la instancia desencadenante del control, se pueden diferenciar tres modalidades: el control instado por un órgano judicial, el control desencadenado por una persona lesionada en sus derechos o afectada en sus intereses legítimos y el control instado por los entes territoriales de un Estado compuesto.

a') El control instado por un órgano jurisdiccional nos sitúa ante el caso, bien frecuente en Europa como ya se vio, de la cuestión de inconstitucionalidad, de las *questioni di legittimità costituzionali* o del *konkrete Normenkontrollen*, por poner algunos ejemplos. En estos supuestos, los jueces a los que la norma que han de aplicar en un litigio concreto del que estén conociendo les suscite dudas acerca de su conformidad con la Constitución, han de llevar a cabo un primer, y provisional, control de constitucionalidad, y sólo cuando de resultas del mismo lleguen al convencimiento de la inconstitucionalidad de esa norma, podrán fundadamente elevar la cuestión a la resolución del Tribunal Constitucional.

b') El control que desencadena una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos. Esta modalidad de control se presenta claramente allí donde cabe el amparo frente a leyes, en el bien entendido de que en tales casos se hace necesaria la existencia de una verdadera afectación de la persona. Así, en Alemania, el *Verfassungsbeschwerde* exige en estos casos que quien recurre en queja constitucional se halle afectado personalmente (esto es, la norma legal debe estar dirigida directamente al recurrente de amparo); actualmente (el recurrente debe verse afectado «actualmente», no «virtualmente» en el futuro), e inmediatamente (el recurrente se ve afectado «inmediatamente» por una norma cuando ésta se entro-

mete en su posición protegida por los derechos fundamentales, sin necesidad de que el «mandato legal» requiera una transformación a través de un reglamento o un acto administrativo)(231). Puede, pues, hablarse de que un individuo puede desencadenar un control de constitucionalidad de una ley que, aun no siendo objeto de un acto de aplicación específico, por su carácter autoaplicativo, afecte la esfera de intereses legítimos de la persona en cuestión. Esta afectación justificaría, a nuestro modo de ver, que esta modalidad de control se reconduzca a lo que identificamos como control con ocasión de la aplicación de la ley, aunque no exista acto expreso de aplicación. Piénsese asimismo, por poner otro ejemplo, en el artículo 140.1, *in fine* de la Constitución austriaca, que habilita a cualquier persona que considere que se ha visto directamente lesionada en sus derechos por la inconstitucionalidad de una ley, para instar al Tribunal Constitucional a conocer de tal inconstitucionalidad, siempre que tal lesión se produjere de modo actual e inmediato, sin mediar la previa adopción de una resolución judicial o administrativa. Y otro tanto cabría decir del amparo contra leyes mexicano. Como señalara Burgoa (232), para que el amparo se mantenga dentro del cauce que le marca su propia esencia institucional, sin dejar de ser un medio de impugnación de leyes inconstitucionales que violen las garantías individuales, es menester reafirmar el principio de la existencia del agravio personal, añadiendo poco después, que el amparo contra leyes procede cuando se trata de leyes autoaplicativas, y que, por exclusión, es improcedente cuando lo que se trata de impugnar consiste en disposiciones legales que requieran un acto concreto de aplicación posterior para producir un agravio. Diferente sería, creemos, el caso de Colombia, donde la sexquicentaria acción popular de inconstitucionalidad no tendría aquí encaje, debiendo reconducirse a la modalidad de control de la ley, como control objetivo o en interés del orden constitucional general, dado que en Colombia el conocidísimo instituto de la acción popular de

(231) Peter HÄBERLE, «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, *op. cit.*, pp. 225 y ss.; en concreto, p. 263.

(232) Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, 20.^a ed., Porrúa, México, 1983, pp. 222 y 224.

inconstitucionalidad se halla desligado de la afectación de la ley que se impugna a los derechos o intereses de una persona, vinculándose expresamente, como afirma la doctrina colombiana (233), con el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

c') El control instado por los entes territoriales de un Estado compuesto, dirigido a reivindicar la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial. Piénsese, por ejemplo, en el control que puede desencadenar un conflicto de competencias que, en el marco de un Estado compuesto (federal, autonómico o regional), enfrente al Estado y a un ente territorial del mismo. Este conflicto se presenta como una disputa entre entes públicos con respecto a sus respectivos ámbitos competenciales. En España, este conflicto se ha deslindado del recurso de inconstitucionalidad en atención al rango de la norma controvertida, de modo tal que sólo cabe en el caso de disposiciones de rango infralegal, por lo que, en principio, parece que podría concluirse, que en nuestro país los conflictos de competencias que oponen al Estado con una Comunidad Autónoma no son reconducibles al control con ocasión de la aplicación de la ley. Pero esta conclusión no puede dejar de matizarse si se atiende al artículo 67 LOTC, que contempla el supuesto de que la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, pues aunque es cierto que el citado precepto exige en tal caso la tramitación del conflicto de competencias en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad, no lo es menos que materialmente se sigue estando ante un conflicto competencial, en el que la particularidad esencial reside en que la disposición o acto frente al que se suscitó el conflicto estaba habilitado por una norma legal. Aunque el Tribunal Constitucional ha hablado de que el artículo 67 LOTC prevé un «expediente de transformación procesal», de pertinente aplicación tan sólo cuando la cuestión de a quién corresponda la competencia debatida viene a ser inseparable de la apreciación sobre la adecuación o inadecuación de la norma o normas legales invocadas para fundamentar aquella competencia al orden competencial derivado de la Constitución y de los Estatutos

(233) Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, «La Jurisdicción Constitucional en Colombia», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 469 y ss.; en concreto, p. 475.

de Autonomía (234), tal transformación dista de ser absoluta (235). Más aún, el propio juez constitucional admitió en un primer momento (236), que el artículo 67 LOTC se situaba «en la línea de otros supuestos dirigidos a facilitar el control concreto de normas», arbitrando un cauce procesal para dar solución a este «incidente de inconstitucionalidad», dejando, pues, a las claras que, en cierto modo, nos hallamos ante un control incidental reconducible por ello mismo a la categoría de la que ahora nos estamos ocupando.

B) La segunda de las variables a las que se puede atender en el ámbito del control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, y que en modo alguno cabría en el ámbito del control de constitucionalidad de la ley, es la relativa a la eficacia de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, habiéndose de distinguir aquí según tengan efectos en el caso concreto, *in casu*, y por lo mismo *inter partes*, o proyecten sus efectos con carácter general (*erga omnes*). Podría pensarse que esta última dicotomía es innecesaria en cuanto que podría quedar subsumida en la distinción fijada en atención a la pluralidad o unicidad de los órganos competentes para realizar el control, de forma tal que en el control difuso los efectos serían *inter partes* mientras que en el concentrado lo serían *erga omnes*. Ello constituiría un notable error, pues tal regla, que desde luego tiende a la generalidad, quiebra sin embargo en algunos casos, haciendo por ello mismo conveniente esta categorización. Así, por poner algunos ejemplos específicos, el control concentrado en manos de la Corte Suprema uruguaya no se traduce en que sus sentencias tengan efectos generales, circunscribiéndose tales efectos al caso concreto. Otro tanto podría afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia paraguaya, cuya Sala Constitucional conoce tanto de la inconstitucionalidad de las leyes como de la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias. Y lo mismo, finalmente, bien que sin pretensión ni mucho menos de exhaustividad,

(234) Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 80/1988, de 28 de abril, FJ 2.º

(235) En sentido análogo, Javier GARCÍA ROCA, «Comentario al artículo 67», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 1085 y ss.; en concreto, p. 1087.

(236) STC 39/1982, de 30 de junio, FJ 3.º

habría que decir de los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, mecanismo que ha estado en vigor durante un cuarto de siglo (1980-2005). Y desde otra perspectiva, el ejemplo portugués abre aún adicionales quiebras a esa supuesta regla general, pues como ya pusimos de relieve, mientras las decisiones estimatorias del Tribunal Constitucional en sede de control abstracto tienen fuerza obligatoria general, no se puede decir lo mismo de las decisiones similares dictadas al hilo del control incidental, esto es, del que inicialmente han llevado a cabo los jueces ordinarios, pues en tal caso se opta de modo implícito por el efecto *inter partes*, al determinarse que sólo cuando la norma haya sido enjuiciada como inconstitucional en tres casos concretos la sentencia constitucional adquirirá fuerza obligatoria general. Estos ejemplos revelan cómo no siempre la concentración del control en un único órgano va unida a la generalidad de los efectos de sus sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.

VI. Hemos de terminar. Y lo hemos de hacer significando que, con la categorización expuesta, al margen ya de no tenerla aún completa y definitivamente perfilada, pues, como ya se ha dicho, se trata de una investigación abierta, no hemos pretendido en modo alguno agotar la casi inabarcable riqueza y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de nuestro tiempo, en los que, a modo de pauta general, sí habría que destacar que se aprecia un progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control llevado a cabo con ocasión de su aplicación (237), rasgo tendencial que a su vez se conecta íntimamente con el cada vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo, y también en el sentimiento constitucional de la ciudadanía.

(237) Battaglini va aún más lejos al considerar que, como principio general, el control debe venir referido al acto (legislativo) ya formado, lo que presupone el rechazo de todo tipo de control previo o preventivo. «Il controllo in itinere (como nel caso del *veto*) è assai dubbio che possa essere considerato un vero e proprio controllo di costituzionalità». Mario BATTAGLINI, «Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno XII, 1962, pp. 663 y ss.; en concreto, p. 769.

SISTEMA POLÍTICO Y FORMAS DE GOBIERNO: SOBRE LA SIGNIFICACIÓN DE LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO POLÍTICO

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO COMO FORMA DE COMUNIDAD DE VIDA. EL PROBLEMA DE LA MEJOR FORMA DE GOBIERNO.—1. *Significación del Estado como orden social políticamente organizado*.—2. *El problema central de la teoría política*.—A. Origen del problema.—B. La doctrina clásica de las formas de gobierno.—*a)* La teoría de Platón.—*b)* La teoría de Aristóteles.—*c)* La doctrina del Régimen mixto.—III. DE LA TEORÍA DE LAS «FORMAS DE GOBIERNO» A LA DOCTRINA DE LOS «REGÍMENES POLÍTICOS».—1. *Nacimiento del Estado Moderno y el replanteamiento del tema de las «formas políticas»*.—A. Formas mixtas de monarquía.—*a)* La monarquía absoluta.—*b)* Evolución y nuevas formas de monarquía.—1.º La monarquía constitucional.—2.º La monarquía representativa.—3.º La monarquía parlamentaria.—B. Formas mixtas de república.—*a)* La república presidencialista.—*b)* La república parlamentaria.—2. El desplazamiento histórico del tema de las «formas de gobierno» y su sustitución por el de los «regímenes políticos».—A. El Estado liberal.—B. El

(*) Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Murcia

Estado social de Derecho.—C. El Estado
totalitario.—3. *El planteamiento más lineal y
formalista de Hans Kelsen.*—IV. CONCLUSIÓN:
¿A QUÉ QUEDA REDUCIDA LA DEMOCRACIA?

RESUMEN

La teoría de las formas de Estado o de gobierno ha constituido siempre un tema central de la filosofía política.

Planteadas inicialmente en su aspecto formal y simple (monarquía, aristocracia y democracia) el tema adquiere mayor complejidad y sustantividad con Polibio y su teoría de «las formas mixtas de gobierno» Esta teoría fue estudiada durante la Edad Media y parte de la Edad Moderna.

Maquiavelo dividirá las formas de gobierno en dos: monarquía y república. Éstas fueron evolucionando en la teoría y en la praxis política: monarquía absoluta, limitada y constitucional, de un lado y república presidencialista y democrática, de otro lado.

En el siglo xx la división entre monarquía y república pierde interés y es sustituida por los regímenes políticos: Estado liberal, Estado social de Derecho y Estado totalitario.

Últimamente Kelsen hará una división más lineal y formal de las mismas viendo en ellas un proceso, en el que según el predominio de sus principios constitutivos, va de la autocracia a la democracia.

La conclusión a la que cabe llegar es que todo Estado legítimo y bien constituido implica necesariamente la combinación de tres principios políticos esenciales (monarquía, aristocracia y democracia) sin los cuales no podría subsistir, como postula la teoría del denominado «régimen mixto»

PALABRAS CLAVE: forma de gobierno o forma de Estado; monarquía, democracia, aristocracia; monarquía, república; Estado liberal, Estado social de Derecho y Estado totalitario.

DEMOCRACY: IS A POLITICAL FORM, OR IS IT A SUBSTANTIAL, ORIGINAL, CONSTITUTIVE PRINCIPLE OF ANY LAWFUL POLITICAL STATE?

ABSTRACT

The theory of forms of state or government has always been a central issue of political philosophy. These forms (monarchy, aristocracy and democracy) were considered as components in the theory of «mixed forms of government» by Polybius, and it was continued during the Middle Ages and the beginning of Modern Age.

Machiavel considered only two forms of government: monarchy and republic. These two forms have evolved in the theory and political praxis in the sense that monarchy was successively absolute, limited and constitutional; and republic was presidentialist and democratic, by the other side.

In the 20th century there was no more interest in the division of monarchy and republic, being substituted these both by political regimes: liberal state, social law state and totalitarian state. Kelsen has finally made a more linear and formal division, based upon the prevalence of their constitutive principles, going from autocracy to democracy.

The conclusion is that any lawful and well constituted state implies the combination of three essential political principles (monarchy, aristocracy and democracy), that are necessary for the subsistence of the state; this is a postulate of the so called «theory of mixed government».

KEY WORDS: Forms of government or state, monarchy, democracy, aristocracy, republic, liberal state, social law state, totalitarian state.

*A la memoria del Prof. D. Rodrigo Fernández-Carvajal y González,
maestro de juristas.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace muchos años, y especialmente desde la II Guerra Mundial, los términos democracia y demócrata se han convertido en la carta de presentación necesaria en el orden social de todo régimen político e incluso de toda persona individual. Todos los estados, cualquiera que sea la ideología y la tradición que los inspira (desde el liberalismo al marxismo) comparecen en el mundo internacional, y también en el orden interno, cubriéndose con el velo de la democracia. Desde este punto de vista el mismo grado de consideración y respeto pretenden las monarquías nórdicas e inglesa, las repúblicas francesa y alemana que los regímenes manifiestamente autocráticos de la China comunista, la Cuba de Castro o la Venezuela de H. Chávez, regímenes que no tienen ningún recato en proclamarse también democráticos, aunque deslizan la matización de *democracia popular*.

Ante este fenómeno de confusión provocado por la propaganda política, para saber exactamente dónde estamos y con quién nos relacionamos, resulta imprescindible echar una mirada al pasado, a la historia de las formas políticas, para descubrir y fijar con certeza los contornos imprecisos, borrosos, con que actualmente se nos presentan las realidades políticas como consecuencia de los efectos distorsionadores de la abrumadora presión de la propaganda política que sufrimos.

Ante tan grave, difusa y falaz situación resulta necesaria la evocación, como si de un salvavidas se tratase, de los primeros versos con que Juan Ramón Jiménez comienza su libro de poesía *Eternidades* (1918):

*¡Intelijencia, dame
el nombre exacto de las cosas!*

En materia tan compleja para acertar con el nombre exacto de las cosas, no hay más que echar una mirada hacia atrás, al mundo clásico y luminoso de las ideas políticas, y con rigor y perspectiva histórica suficientes preguntarnos por el sentido exacto de la palabra democracia y, en un plano más profundo, plantearnos el problema más complejo de la mejor forma de gobierno y los nombres con que los clásicos designaron a cada una de las formas políticas que conocieron y estudiaron. Entre ellas encontraremos sin duda la palabra democracia.

El problema de la democracia reside en dilucidar si ésta es una forma política, como mayoritariamente sigue creyéndose, o si por el contrario se trata de un principio sustancial constitutivo de todo régimen político legítimo, como nosotros pensamos de acuerdo con una corriente de pensamiento tradicional que se remonta a Platón, Aristóteles y claramente a Polibio.

II. EL ESTADO COMO FORMA DE COMUNIDAD DE VIDA. EL PROBLEMA DE LA MEJOR FORMA DE GOBIERNO

1. *Significación del Estado como orden social políticamente organizado*

El Estado, escribe H. Kuhn, es algo que pertenece a la vida de la voluntad, al dominio de la praxis. En el curso de la Historia los hombres toman decisiones y se producen hechos que tienen como virtualidad la formación y la dirección de la vida, no del individuo, sino de la comunidad. Ésta se perpetúa de generación en generación, constituyendo dicho fenómeno una condición necesaria, aunque no suficiente, para la existencia del Estado (1).

(1) H. KUHN, *El Estado. Una exposición filosófica*, trad. esp. de J. J. Gil Cremades, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1979, pp. 52 y 53

La formación del Estado discurre así, mediante el devenir de la actividad política por determinados cauces institucionales, constituyendo su esencia la actuación y el impulso de una voluntad común que se articula institucionalmente. «El Estado —concluye H. Kuhn— es la forma de vida como unidad de acción, mediante la cual los hombres, agregando la voluntad individual a la voluntad común, actúan creando una comunidad y haciendo historia» (2) El Estado constituye pues, en el plano político, una comunidad de vida y de destino (3).

El Estado consiste en este sentido, y en términos generales, en la forma político-jurídica de un orden de vida social políticamente organizado.

Aquí nos encontramos con las ideas de *unidad* y *orden*. La unidad es propia del orden. Éste reduce a unidad la pluralidad de elementos que integran la vida social, confiriéndole la forma política y jurídica de una organización (4).

Cosa distinta es que en el curso del tiempo ese orden político y jurídico unitario se desplegara y concretase en una pluralidad de formas que fueron las que en el devenir de la Historia constituyeron la Polis, el Imperio Romano, la Civitas Cristiana o Cristiandad y el moderno Estado soberano (5).

2. *El problema central de la teoría política*

Según Kelsen el problema central de la Teoría política viene constituido por la distinción y clasificación de las formas de gobierno o constituciones (6), que implica el estudio y el análisis de las ventajas y

(2) *Ibid.* p. 57. Véanse las pp. 54 a 56.

(3) *Ibid.* pp. 125 y ss.

(4) F. J. CONDE, *Teoría y sistema de las formas políticas*, 4.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pp. 83 y ss.

(5) *Ibid.* pp. 93 y ss.

(6) H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. García Maynez, 5.^a reimpresión de la 2.^a ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 335.

riesgos que conllevan las diferentes formas de organización del poder como elemento constitutivo esencial del Estado. Se trata, en definitiva, del problema clásico de cuál sea la mejor forma de gobierno.

A. Origen del problema

Wilhem Windelband hizo una periodificación de la Filosofía de la Antigüedad de la cual nos interesan aquí las dos primeras etapas: los periodos denominados cosmológico y antropológico (7).

En el denominado *periodo cosmológico* el pensamiento se centra en el estudio del *cosmos*, del orden físico natural, y su preocupación central es desvelar la esencia y naturaleza del *ser* (filosofía presocrática).

El *período antropológico* comenzó con el cambio de orientación que supuso el abandono del *cosmos*, del *ser*, como objeto de reflexión, y su sustitución por la *idea del hombre*, indagando la esencia del mismo y en qué consiste su felicidad (8).

Bajo la influencia de esta orientación tuvo lugar el nacimiento de tres ciencias diferentes cuyo objeto fue la investigación de la salud y la felicidad del hombre. Estas ciencias fueron:

- La Medicina, fundada por Hipócrates que se ocupó de la salud del cuerpo
- La Ética, creada por Sócrates, que tuvo por objeto la indagación sobre la salud del alma.
- Y la *Política*, instituida por Platón, que se preocupó fundamentalmente por la salud de la Polis (el Estado en aquel momento) (9).

(7) A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 1. De los orígenes a la Baja Edad Media, 10.^a ed. revisada, Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 95.

(8) A. MESSER, *Filosofía Antigua y Medieval*, trad. esp. de J. Zubiri, 3.^a ed., Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1945, pp. 66 y ss.

(9) H. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho (Derecho natural y justicia material)*, trad. esp. de F. González Vicen, 2.^a ed., Aguilar, Madrid, 1971, pp. 3, 4, 13 y ss., 18 y ss.

La salud del cuerpo, la salud del alma y la salud de la ciudad constituyeron las condiciones necesarias para una vida humana auténticamente feliz.

Tanto la Ética como la Política se ocupan de la virtud y en especial de la justicia, clave de la salud tanto del alma humana (la justicia en el hombre) como de la Polis (la justicia en la ciudad)(10).

Desde estos supuestos y en concreto, en el plano de la Política, al tratar del tema de la salud del Estado, surge el problema, en directa relación con él, de cuál sea la *mejor forma de gobierno*, problema en el que aparece involucrado desde el principio el tema de la democracia.

B. La doctrina clásica de las formas de gobierno

El poder es un elemento constitutivo esencial del Estado y el término *gobierno* designa la sede del poder (no su origen), esto es, tanto las manos en las que se encuentra el poder como el modo y manera en que es ejercido(11).

Los griegos partieron del supuesto de que la pregunta *quién gobierna* presupone la respuesta al *cómo se gobierna*. Así surgió la teoría de las formas de gobierno, determinadas por el criterio puramente cuantitativo del número de quienes participan en el ejercicio del poder. Tales formas —según expone Herodoto, «en boca de los conjurados que asesinaron al mago, al usurpador medo del trono persa»(12)— eran la monarquía (gobierno de uno), la oligarquía (gobierno de unos pocos) y la democracia (gobierno de todos)(13).

Estas ideas de Herodoto fueron desarrolladas y depuradas, primero por Platón y, más tarde, por Aristóteles(14).

(10) A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

(11) H. KUHN, *op. cit.*, p. 115.

(12) HERODOTO, *Historia*, III, 80-83.

(13) H. KUHN, *op. cit.*, p. 116.

(14) L. SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones de Derecho Político*, 6.^a ed., Librería Prieto, Granada, 1959, p. 460.

a) La teoría de Platón

Platón, como filósofo de la Política, se ocupó lógicamente del *problema de las formas de gobierno*, al cual subyace, como se ha indicado, la pregunta por la mejor forma de gobierno.

El problema lo expone Platón en sus tres obras fundamentales: *La República*, *El Político* y *Las Leyes*, existiendo en su pensamiento un proceso de revisión y ajuste en el tratamiento de la cuestión.

1. En *La República*, Platón esboza una visión panorámica del tema fundada en la idea de justicia. Por ello su estudio de las formas de gobierno implica un binomio que distingue entre las *formas puras* (las que realizan la idea de justicia) y las *impuras* (aquéllas en las que no se da la justicia). La clasificación que hace Platón tiene pues como fundamento básico un criterio ético-material, poseyendo una significación secundaria el hecho del número de personas que en cada caso participen en el ejercicio del poder.

Según el esquema de Platón sólo es legítima la *aristocracia* del espíritu representada por el gobierno de los sabios. Dentro de los supuestos de esa legitimidad fundada en la justicia cabe también la variante de la *monarquía*, que implica el gobierno de uno solo asistido por el consejo de los demás.

Fuera de estos dos tipos de gobierno las otras formas posibles y que de hecho se dan en la realidad histórica son, según Platón, *corrupciones de esa forma pura* (formas impuras) caracterizadas todas ellas porque en su seno no se realiza la justicia y su realización histórica desencadena un proceso constitucional de carácter degenerativo cuyos momentos básicos, que van de mal en peor, son los constituidos:

— Primero, por la *timocracia* o *timarquía*, que es el gobierno de los guardianes o soldados cuyo valor peculiar es la *honra u honor* y que se caracteriza por la ambición de honores y bienes materiales y el espíritu belicoso de sus gobernantes.

— En segundo lugar, y como degeneración de la timocracia, aparece como forma de gobierno deferente la *oligarquía*. Ésta es

el resultado del enriquecimiento injusto de los guardianes con sus rapiñas, configurándose la oligarquía como el gobierno de los ricos. Con ella aparecen vinculados poder y fortuna.

— En tercer lugar, y como lógica consecuencia del desequilibrio social producido por la acumulación de las riquezas en manos de la minoría oligárquica y el empobrecimiento de la mayoría de los ciudadanos, se rompe el orden político establecido y tiene lugar la aparición de la *democracia*. Ésta supone el triunfo de la aspiración a la igualdad absoluta entre los ciudadanos, borrando todo tipo de diferencias y distinciones, incluidas las legítimas.

— En cuarto lugar, el ansia absoluta de igualdad genera un tipo humano irreverente que no reconoce ni respeta jerarquía alguna. La consecuencia sociopolítica de ello es el desorden que permite al sujeto más audaz y con menos escrúpulos, y con más fuerza social, asumir el poder para ponerlo al servicio de sus intereses particulares. Surge así la *tiranía* que es la más injusta y execrable de las formas de gobierno.

— Por último, los excesos en que incurre la tiranía provoca la reacción de los ciudadanos más valientes y honrados que la destruyen, cerrándose así el ciclo constitucional (15).

2. En sus obras de madurez, *El Político* y *Las Leyes*, Platón continúa estudiando y desarrollando sus especulaciones sobre las formas de gobierno.

En *El Político*, Platón desarrolla un esquema más rico, profundo y sistemático de las formas de gobierno conjugando dos criterios complementarios: el *cuantitativo*, que tiene un carácter meramente formal, y se basa en el número de personas que participan directamente en el ejercicio del poder; y el *cualitativo*, que posee ya una significación ético-material y que toma en cuenta el hecho de que el poder se ejerza o no con sujeción a las leyes.

Sobre estos supuestos, y manteniendo la distinción entre formas puras e impuras, Platón realiza una clasificación trinómica y simétrica

(15) PLATÓN, *La República*, Libs. VII, 540,d y ss., VIII, 543 a y ss., IX, 571, a y ss. Sobre Platón: G. H. SABINE, *Historia de la Teoría Política*, trad. esp. de V. Herrero, 3.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pp. 38 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

(simetría entre las formas puras y las impuras), subrayando la correspondencia que se da entre las mismas dentro del ciclo histórico constitucional en el que dichas formas de gobierno aparecen y se suceden (16).

De este modo, Platón distingue, de un lado, los *gobiernos legítimos*, caracterizados por el hecho de que el ejercicio del poder se ajusta a la ley, y que son los constituidos por la *monarquía* (gobierno de uno solo), la *aristocracia* (gobierno de una minoría selecta y, en gran medida, rica) y la *democracia moderada* (gobierno del conjunto de los ciudadanos).

Frente a los gobiernos legítimos, Platón sitúa los *gobiernos ilegítimos o corruptos*, caracterizados por el hecho de que quienes ejercen el poder lo hacen sin sujeción a la ley y en beneficio propio. Estas formas de gobierno son la *tiranía* (gobierno de un tirano), la *oligarquía* (gobierno de una minoría opulenta) y la *democracia turbulenta o demagogia* (gobierno caprichoso y desordenado de las masas movidas por sus pasiones).

Según Platón existe una jerarquía entre estas formas de gobierno. Dentro de las *legítimas* la mejor es la monarquía y la peor la democracia. En relación con las formas *ilegítimas* la peor sería la tiranía y la menos mala la demagogia (17).

3. Por último, y esto es lo que más nos interesa al objeto de nuestro estudio, la anterior clasificación fue enriquecida por Platón en su obra *Las Leyes*, donde añadió una nueva forma de gobierno, con la que se anticipó a Polibio. Se trata del *gobierno mixto*, que viene a ser una mezcla de monarquía, de aristocracia u oligarquía y de democracia. Según Platón, esta forma de gobierno es la única capaz de asegurar la estabilidad social y política, mediante la adecuada combinación y contrapeso de los principios opuestos y complementarios que ella implica, bloqueando el proceso degenerativo al que se encuentra expuesta el sistema de las formas de gobierno simples (18).

(16) PLATÓN, *Carta V*, 321, d y e.

(17) PLATÓN, *El Político*, 293 e, 294 a y b, 296 a y ss, 297 a y ss a 303 d; Sobre Platón: G. H. SABINE, *op. cit.*, pp. 60 y ss; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 149.

(18) PLATÓN, *Las Leyes*, Lib. III,1, 683 d y ss., véase también 3, 691 c-d y Lib.IV,2, 709, a-c, 713, c.

b) La teoría de Aristóteles

Frente al idealismo de Platón, su discípulo Aristóteles cultivó un realismo moderado de base empírica, apegado a la observación y análisis de los hechos.

Desde estos supuestos Aristóteles desarrolló el pensamiento político que Platón había expuesto en *El Político*, depurándolo críticamente e integrándolo con datos que lo dotan de mayor riqueza y complejidad. En este sentido la atención prestada a las condiciones sociales y económicas convierten su pensamiento sobre las *formas de gobierno*, simultáneamente, en una filosofía y en una auténtica sociología política.

En su estudio Aristóteles combina los *criterios cuantitativo y cualitativo*, prestando más importancia que al número de los que gobiernan a su posición económica. Profundizando en ese criterio cualitativo, entiende Aristóteles que el criterio que permite distinguir entre formas puras e impuras no es tanto, como sucede en Platón, el atenerse o no a las leyes en el ejercicio del poder como el de la finalidad buscada por el sujeto a través del ejercicio mismo: esto es, gobernar en beneficio de todos (bien común) o hacerlo en favor de uno o de unos pocos.

Desde estos supuestos Aristóteles piensa, como Platón, que la sabiduría es el único título legítimo de gobierno, entendiendo —siguiendo el esquema metodológico de Platón— que las *formas de gobierno puras* son las constituidas por la *monarquía*, la *aristocracia* (cuyos principios de autoridad se apoyan en la virtud de uno o de una minoría o clase respectivamente) y la *democracia moderada*, cuyo principio de autoridad reside en la riqueza y en la virtud modesta y generalizada de una amplia mayoría.

Sobre esta obra de Platón: N. BOBBIO, *Teorie delle forme di governo nella storia del pensiero politico*. Anno Académico 1975-1976. G. Giappichelli Editore, Torino, 1976, pp. 16 y ss.; G. H. SABINE, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 149; H. KUHN, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

De forma simétrica, las *formas impuras o corruptas* son, según Aristóteles, la *tiranía* (gobierno de uno basado en la violencia y el engaño, en su propio provecho), la *oligarquía* (gobierno de una minoría rica, opulenta, en su propio interés y cuyo principio de legitimidad pretende hacerlo derivar de su superioridad económica), y la *democracia radical o demagogia*, fundada en la simple cualidad de ciudadano que aspira a una igualdad absoluta, desconociendo las desigualdades efectivas y legítimas existentes entre los hombres (19).

Debe advertirse que el esquema de las formas de gobierno en Aristóteles no es estático sino dinámico. *Formas puras y formas corruptas* no se dan aisladamente sino que entre ellas existen conexiones directas que determinan la *existencia de un auténtico ciclo constitucional* cuya fuerza motriz es la *tendencia al exclusivismo del principio propio de cada forma simple*, el cual provoca, de forma sucesiva, la reacción y caída en la forma opuesta. Las formas de gobierno puras e impuras se suceden unas a otras de forma alternativa, provocando de hecho una sucesión de formas puras y corruptas que coexisten y se condicionan, alternándose unas con otras, dentro del proceso del ciclo constitucional, cuyo valor y realidad es puramente lógico y no histórico. H. Kuhn aclara al respecto: «La experiencia enseña que de las formas «simples» de gobierno —y, por su simplicidad, imperfectas—, ninguna es capaz de mantenerse duraderamente. Cada una, al agotarse sus posibilidades, ha de dejar paso a otra, y esa sucesión está sometida a una regla, según la cual las formas se encadenan en un círculo continuamente recorrido. Los polos de este movimiento cíclico se caracterizan, el uno por una fuerte autoridad unificadora, el otro por un excesivo ámbito de actuación de la libertad personal en el sentido de "haz lo que te plazca"» (20)

De acuerdo con esa idea piensa Aristóteles que, por su propia dinámica inmanente, la *monarquía* tiende a degenerar en *tiranía*; ésta es sus-

(19) ARISTÓTELES, *Política*, Lib. III, 4, 1326 a y ss; Lib. VI, 1, 1288B; 10, 1329 b y ss, 11, 1295 y ss.

Sobre la filosofía política de Aristóteles: K. KUHN, *op. cit.*, p. 116; G. REALE, *Introducción a Aristóteles*, trad. esp. de V. Bazterrica, Herder, Barcelona, 1985, pp. 119 y ss.; G. H. SABINE, *op. cit.*, pp. 84 y ss.; L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 460; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

(20) H. KUHN, *op. cit.*, p. 118.

tituida por una *aristocracia* que, a su vez, tiende a constituirse en *oligarquía* y, por último, dicha oligarquía es desplazada por una *democracia moderada* que, a su vez, es sucedida por una *democracia radical* (21).

Aunque Aristóteles opina como Platón que la mejor forma de gobierno para cada pueblo depende, en cada caso, de varias circunstancias de tiempo y lugar, Aristóteles cree, igual que Platón, que el mejor resorte para dotar de estabilidad a la vida política sería el constituido por un *gobierno mixto* (*Politeia*), en el seno del cual se concilian y neutralizan los principios opuestos (22).

c) La doctrina del *Régimen mixto*

Esta doctrina, esbozada ya por Platón y Aristóteles, y que supuso en el fondo un cambio sustancial en la articulación de las formas de gobierno puras y sus principios, abriría una amplia perspectiva para una penetración más profunda y completa en el estudio de la realidad política que será llevado a cabo, entre otros, por autores como Dicarco, Polibio y Cicerón.

1. Aquí nos interesa, en primer lugar, la figura de Polibio, cuya *Historia de Roma* (23) constituye en realidad la primera Filosofía de la Historia de la que tenemos noticia y donde toma cuerpo la universalidad política de la filosofía política del estoicismo desde un punto de vista realista y pragmático (24).

Polibio, situado desde su juventud en el corazón de los grandes acontecimientos de su época, llegó a Roma en el año 167 de nuestra

(21) ARISTÓTELES, *Política*, Lib. VII, 2, 1289 b y ss., 6, 1292, b y ss., 9, 1294 b y ss.; véase N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; G. H. SABINE, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 105.

(22) ARISTÓTELES, *Política*, Lib. VI, 11, 1295 a y ss.; H. KUHN, *op. cit.*, p. 116; G. H. SABINE, *op. cit.*, pp. 92 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 167.

(23) POLIBIO, *Historia de Roma*, VI, 7, 5-9; H. KUHN, *op. cit.*, p. 118; G. H. SABINE, *op. cit.*, pp. 122 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pp. 182 y ss.

(24) S. MONTERO DÍAZ, *De Caliclés a Trajano* (Estudios sobre Historia Política del Mundo Antiguo), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, p. 111; N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

era, como rehén aqueo. Pronto trabó amistad con el joven Escipión y los círculos aristocráticos en que éste se movía, acompañándole en sus campañas militares.

Roma constituía en aquel momento un puesto de observación privilegiado para conocer y analizar los hechos y las fuerzas que impulsaron su historia. La gran obsesión intelectual de Polibio fue indagar, descubrir, comprender y explicar, el secreto y los resortes de la fuerza que habían impulsado el irresistible proceso de crecimiento y ascenso de Roma que, en menos de cincuenta años, había dejado de ser el villorrio situado entre siete colinas que originariamente fue para transformarse, ya en la República, en la impresionante potencia política que llegó a dominar todo el mundo conocido y civilizado.

Polibio formula al hilo de ese acontecimiento un genial sistema de Historia Universal, caracterizado por su objetividad y fundado en el estudio y análisis frío, desapasionado de los hechos, haciendo de la Historia una disciplina científica de base puramente empírica (25).

En este sentido Polibio se elevó del análisis de los hechos a la teoría, y su universalidad la logra, no mediante la agregación de historias particulares sino a través del descubrimiento y análisis de las causas íntimas y profundas del devenir histórico (26).

Importante para comprender la pretensión y la obra de Polibio es la consideración de la idea de *Tyché* en la Historia. En este sentido escribe S. Montero Díaz: «A esta idea de la universalidad de la historia — vinculada a la concepción de la naturaleza humana — hay que añadir la interpretación que Polibio da de la *Tyché*, tomada también de la metafísica estoica. No es la *Tyché* de la poesía clásica una divinidad cuyos designios pesan sobre la voluntad de los hombres. No es tampoco el azar. La *Tyché* de Polibio es la traducción al lenguaje histórico de la *eimarmene*, la necesidad de la metafísica estoica. *Tyché* es para Polibio el conjunto de causas que operan en la historia. El hombre y sus decisiones es un agente causal de formidable impor-

(25) S. MONTERO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 111 a 114 y 117; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 182.

(26) S. MONTERO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 114 y 115; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 182.

tancia, tomado en consideración por Polibio en tanta medida —por lo menos— como por Tucídides. Pero más allá del hombre y de las causas visibles de la historia está la Tyché. Este concepto —de enorme flexibilidad en el sistema de Polibio— designa todo lo que de una manera oscura, fatal, incomprensible para el historiador, actúa sobre el acontecer humano» (27).

Desde los supuestos del modo de entender Polibio la Historia, y en especial, de la significación que en la dinámica de la misma juega la Tyché, permitieron a Polibio desvelar el objeto que le obsesionaba en relación con el despliegue y la grandeza alcanzada por Roma. Polibio descubrió que la fuerza y los resortes que habían hecho posible el esplendor y la grandeza de Roma residían en su *constitución política*. Una constitución configurada al margen de toda teoría, por vías puramente empíricas, y con la ayuda de la cual Roma supo encontrar y articular, vertebrando con ella lo que ya Platón y Aristóteles habrían denominado *gobierno y régimen mixto*. Esta forma política tenía la virtualidad de poner freno a la tendencia hacia la corrupción latente en las formas políticas simples, dotando de estabilidad y equilibrio al orden político (28).

Con ello Polibio se enfrentaba con el *problema de la mejor forma de gobierno*, de la *constitución perfecta*.

En primer lugar, Polibio, en el libro VI de su *Historia de Roma*, estudiaba y criticaba las insuficiencias y las limitaciones de las clásicas formas de gobierno simples, tanto puras como impuras, abocadas por su propia naturaleza a ser arrastradas (aquí juega la Tyché) en el perenne devenir de un inexorable *ciclo constitucional* (anacyclosis) que va de la *monarquía* a la *tiranía*, de ésta a la *aristocracia* y luego a la *oligarquía*, desembocando por último en la *democracia*. En el curso del *mencionado ciclo constitucional*, las diferentes formas de gobierno sucumben, víctima de los apetitos desenfrenados de las masas, tornando de nuevo al punto de partida, al gobierno de uno (*monarquía*) (29).

(27) S. MONTERO DÍAZ, *op. cit.*, p. 115.

(28) H. KUHN, *op. cit.*, p. 118; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

(29) S. MONTERO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 116 y 117; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 183.

Frente a ese inevitable proceso histórico, en el cual late la fuerza de la *Tyché*, Polibio entiende que el único freno y límite que puede ponerse al mismo es el integrado por la *constitución mixta*, que es la *constitución perfecta*, en la que se reúnen, en una relación compleja y sinérgica, los elementos de las diversas formas simples. Según Polibio la *constitución de la Roma republicana* es una *constitución mixta* en la que el *principio monárquico* está representado por los Cónsules, el *aristocrático*, por el Senado, y el *democrático* por las Asambleas Populares, siendo la combinación de estos tres tipos de principios la que atribuye solidez, estabilidad y fuerza a la República romana, constituyendo la clave y el resorte últimos de su grandeza(30).

En el desarrollo doctrinal de la teoría del *régimen mixto* destacarán, sobre todo, las aportaciones de Cicerón y Tomás de Aquino.

2. Un siglo después de Polibio, *Marco Tulio Cicerón*, en sus obras *De republica* y *De legibus*, incidiría y desarrollaría el mismo tema que Polibio.

Para Cicerón la *forma de gobierno mixta o constitución mixta* era la mejor forma de gobierno. Su excelencia se debía a que no fue obra de un legislador particular sino el resultado de un proceso histórico puramente empírico; la obra colectiva de sucesivas generaciones que tuvo la ventaja de poner fin al ciclo de degradación y regeneración a que daban lugar las formas de gobierno simples, constituyendo así el *optimus status rei publicae* (31).

En su obra *De Legibus*, insistía Cicerón en que «por la buena distribución de los derechos —estando el poder en el Pueblo y la autoridad en el Senado— es posible mantener al Estado en un régimen de concordia y moderación» (32).

(30) S. MONTERO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 115 y 116; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La noción del Estado*, trad. esp. de A. Fernández Galiano, Centro de Estudios Universitarios (C.E.U), Euroamérica, S.A., Madrid, 1979, p. 134; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 183.

(31) M. T. CICERÓN, *Sobre la República*, Libs, I, 3 y ss, y II, 1 y ss.

(32) M. T. CICERÓN, *Sobre las leyes*, Lib. III, 28; *vid.* A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, pp. 135 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pp. 192 y ss.

3. Los grandes teóricos políticos medievales aceptaron y desarrollaron con fervor y convicción la doctrina del *régimen mixto o constitución mixta*. Entre ellos destacó entre todos *Tomás de Aquino*.

Tomás de Aquino partió de una forma última y mediata del origen divino del poder, entendiendo que, de modo próximo e inmediato el poder residía en la comunidad, la cual confiere su ejercicio, según las condiciones de tiempo y lugar, a determinadas personas, apareciendo así las distintas *formas de gobierno* que la teoría política había conocido y estudiado desde la Antigüedad.

Frente a ese panorama doctrinal Tomás de Aquino vio la mejor forma de gobierno en la monarquía, y, en particular, en la *monarquía electiva*, pero precisando que esa monarquía debía ser *moderada (temperata)* en el sentido del *regimen commixtum, quod est optimum*, y en el cual se producía un equilibrio estable entre los respectivos principios de las *formas de gobierno simples*. En el contexto del *régimen mixto*, subraya Tomás de Aquino, con especial interés, que el *pueblo* debe tener participación en la designación de los gobernantes, que las *leyes* deben establecerse por toda la comunidad y que el fin del gobierno debe ser siempre el *bien común* (33).

4. La doctrina del *régimen mixto* alcanzó gran popularidad y éxito a finales de la Edad Media y principios de la Edad Moderna, teniendo una gran acogida en Inglaterra, donde fue mantenida por los principales teóricos de la Constitución inglesa, como sir John Foster, Richard Hooker y sir Thomas Schmidt (34). Debemos insistir en que dicha doctrina tuvo una gran acogida en el continente europeo desde el Renacimiento hasta los siglos XVII y XVIII (35).

(33) T. de AQUINO, *Del Gobierno de los Principios*, en especial Lib. I, caps. III, VI, VIII y X.; E. GALÁN Y GUTIÉRREZ, *La Filosofía Política de Sto. Tomás de Aquino*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pp. 151 y ss.; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, pp. 135 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pp. 374 y ss.

(34) A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, p. 136; G. H. SABINE, *op. cit.*, pp. 323 y ss., 332 y ss., 335 y ss.

(35) A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

Como indica H. Kuhn, en la idea de *régimen mixto o status mixtus* aparece ya prefigurada la moderna teoría de la *división de poderes* que formularía Montesquieu. Existe una continuidad en el pensamiento político europeo que muestra la estrecha relación existente entre la idea de *régimen o constitución mixta* y el principio de *división de poderes*.

La continuidad de que estamos hablando tiene sus rupturas aunque al final los diferentes planteamientos llegan a encajar y formar un bloque unitario.

Hay que advertir también que la doctrina del *régimen mixto* encontró, ya en la Edad Moderna, una dura crítica en autores como Bodino y Hobbes, quienes sostuvieron el dogma de la unidad e indivisibilidad de la soberanía (la soberanía era una e indivisible). Bodino y Hobbes defendieron una forma de Estado simple, si bien Bodino llegó a distinguir entre la *forma de Estado*, que es siempre simple, y la *forma de gobierno* que puede ser compleja, distinguiendo entre el *lugar propio de la soberanía*, que es el Estado, y el *ejercicio de su poder*, que puede hacerse de forma monárquica, aristocrática y democrática. Con ello Bodino llegó a anticiparse a la moderna teoría de la distribución de poderes que, desde el punto de vista ideológico, permitiría a Locke y a Montesquieu formular la teoría de la *división de poderes* (36).

Volviendo atrás hemos indicado que la doctrina del *régimen mixto o status mixtus* preludiaba ya el principio liberal de la *división de poderes*. Con el fin de no precipitar las cosas, ni sacarlas de su contexto histórico, conviene no perder de vista la advertencia de H. Kuhn, quien indica que «los pensadores políticos ingleses de la época de la guerra civil estaban menos preocupados por la idea de crear el contrapeso de las fuerzas del cuerpo político, que por la división de funciones, en especial del poder judicial y del legislativo. Pues si el legislador es al mismo tiempo juez del infractor de la ley, es como si juzgara de causa propia. Así — añade Kuhn —, por medio de esta consideración, se hizo derivar del Derecho natural la exigencia de la

(36) *Ibid.* pp. 137 y 138.

división de poderes. Además —agrega— un autor inspirado en San Agustín, John Sadler, en *Rights of the Kingdom* (1862), creyó reconocer en la tríada de poderes una sombra de la divina trinidad. Creyó que la trinidad "*Being, Windsome, and Activity Divine*" se refleja en la trinidad política de los tres "estamentos" (*estates*), "original, judicial, and executive"» (37).

En Inglaterra, indica en otro lugar Kuhn, «el más afortunado y prudente de los Estados europeos, convirtió la medieval representación por estamentos en un parlamento, como institución potencialmente democrática. Gracias a ese modelo, el gobierno mediante representación fue el instrumento que hizo posible la democracia en el nuevo mundo» (38).

En otro lugar, y en relación con el nacimiento de los Estados Unidos de América, entiende H.Kuhn que «los creadores de la constitución americana no sólo conocían a Montesquieu. Recordaron también la teoría de las formas mixtas y la pusieron en práctica en su obra de construcción de un Estado. Según su intención, «la cámara de representantes representaría el elemento democrático, el senado la aristocracia (aunque en bien corta medida corresponde esa corporación al modelo romano), el presidente la monarquía» (39).

De ahí se deduce, indica Kuhn, que la constitución mixta del régimen político y los «tres principios fundamentales de la organización del poder están en la base del orden político de occidente: división de poderes, constitucionalismo y gobierno de la ley. No puede darse ninguno de estos principios sin los otros dos. Pero los tres. —concluye diciendo— por muy modernos que se manifiesten en su configuración actual, provienen de la Antigüedad» (40).

(37) H. KUHN, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

(38) *Ibid.*, p. 122.

(39) *Ibid.*, p. 118.

(40) *Ibid.*, p. 120.

III. DE LA TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO A LA DOCTRINA DE LOS RÉGIMENES POLÍTICOS

1. *Nacimiento del Estado Moderno y el replanteamiento del tema de las formas políticas*

Con el nacimiento del Moderno Estado Soberano, el trinomio clásico (monarquía, aristocracia y democracia) pierde actualidad —aunque subsiste como residuo histórico en autores como Bodino(41) y Hobbes(42), entre otros— y es sustituido por el binomio Monarquía-República. Maquiavelo, que es el analista primero y más agudo del fenómeno del nacimiento del Estado Moderno, comienza su obra fundamental, *Il Principe*, diciendo: «Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, son Estados y son Repúblicas o Principados»(43).

Desarrollando sistemáticamente el binomio Monarquía-República, Kelsen escribe: «Cuando el poder soberano de una comunidad pertenece a un individuo, dicese que el gobierno o Constitución son monárquicos. Cuando el poder pertenece a varios individuos, la Constitución se llama republicana. —Y añade, reenviando de modo más sistemático al trinomio clásico—: La república es una aristocracia o una democracia, según que el soberano poder pertenezca a una minoría o a una mayoría del pueblo»(44).

Para Kelsen el sentido último de la distinción de las formas políticas no es el relativo al número de individuos en quienes reside el poder soberano (criterio numérico, que remite a la idea de constitución formal), sino el relativo a la constitución material que tiene por objeto la organización de la legislación. De este modo señala

(41) J. BODINO, *Los seis Libros de la República*, Lib. II, caps. II a VII; N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

(42) T. H. HOBBS, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, Eclesiástica y Civil*, Parte II, De la República, cap. XIX, pp. 2787 y ss.; N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

(43) N. MAQUIAVELO, *Il Principe*, Cap. I.; *vid.* N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

(44) H. KELSEN, *op. cit.*, p. 336.

Kelsen: «Un Estado es considerado como democracia o aristocracia si su legislación es de naturaleza democrática o aristocrática, aun cuando su administración y su poder judicial puedan tener un carácter diferente. De manera parecida, el Estado se clasifica como monarquía cuando el monarca es jurídicamente el legislador, aun cuando su poder en este campo de la rama ejecutiva se encuentre rigurosamente restringido y en el campo del poder judicial prácticamente no exista» (45).

En su desenvolvimiento histórico Monarquía y República no se han dado en estado puro sino que han cristalizado en formas mixtas. Así tenemos:

A. Formas mixtas de Monarquía

La Monarquía como forma de gobierno sufrió a lo largo de la Historia un proceso de transformación que permite distinguir las siguientes especies de la misma:

a) La Monarquía absoluta

Esta especie de Monarquía supone el predominio único del principio monárquico con su atribución de la soberanía al rey, que ejerce el poder sin someterse a ningún límite ni control y que reduce la ley a un puro mandato, a un mero acto de la libre voluntad incondicionada (voluntarismo) del monarca. No debe olvidarse que la idea de soberanía en Bodino, entendida como «el poder absoluto y perpetuo de una República» (46), es un concepto jurídico y no político (47), y que la primera atribución o facultad propia de la soberanía es el poder de dictar leyes (48).

(45) *Ibid.*, p. 336.

(46) BODINO, *op. cit.*, Lib. I, Cap. VIII, 1-3.

(47) A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, p. 120.

(48) «El primer atributo del Príncipe soberano —escribe Bodino— es el poder dar leyes a todos en general y a cada uno en particular (...Y ello —aclara— sin que medie consentimiento de superior, igual o inferior». *Op. cit.*, Lib. I, cap. X.

La Monarquía absoluta como forma de gobierno fue autorizada y defendida fundamentalmente por Bodino y Hobbes. En el voluntarismo de la Monarquía absoluta, tal como lo formuló en su forma más radical Hobbes (49), indica Passerin D'Entrèves, «viene a refundirse toda la herencia del nominalismo de aquella tradición del pensamiento que negaba que tuvieran algún significado, salvo como meros términos de referencia, las nociones de verdadero y falso, de justo e injusto» (50). Para Hobbes, «las leyes del Estado, sean "buenas" o "malas", "justas" o "injustas" son leyes válidas» (51).

b) Evolución y nuevas formas de la monarquía

Tras el vendaval de la Revolución Francesa, la Monarquía, con el fin de adecuarse a los nuevos tiempos y subsistir, adoptó progresivamente tres formas fundamentales:

1.º La Monarquía constitucional

La Monarquía constitucional supone la combinación del principio monárquico, limitado por el principio racional del imperio de la ley (la ley natural y la constitución) (52). En esta línea de pensamiento destacan las aportaciones de Locke y Montesquieu.

Para Locke la garantía de la libertad del ciudadano depende de la sumisión del poder a la ley y de la división de poderes en el Estado, distinguiendo al respecto un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder confederativo (53).

(49) T. H. HOBBS, *op. cit.*, Parte II, *De la República*, cap. XVIII.

(50) A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, p. 126. Véanse las pp. 126 y 127.

(51) *Ibid.* p. 129. Véanse pp. 128 y ss.; T. H. HOBBS, *op. cit.*, parte II, cap. XVIII. Sobre las posiciones de Bodino y Hobbes véase: N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 85 y ss., 102 y ss.; F. J. CONDE, *Teoría y sistema de las Formas políticas*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 357; A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 2, *Del Renacimiento a Kant*, 3.ª ed. revisada y aumentada, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 149 y 150.

(52) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 494.

(53) J. LOCKE, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, en especial, caps. XI y XII. Sobre Locke véase: H. G. SABINE, *op. cit.*, en especial, pp. 394 y ss., 396 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, 2, pp. 252 y ss.

Montesquieu, tras distinguir tres clases de gobierno, el *republicano* (en el se trata de una república aristocrática), el *monárquico* y el *despótico*, muestra su inclinación por la *monarquía*, cuyo principio inspirador es el *honor*. Para él el problema fundamental es la salvaguarda de la *libertad política* cuya garantía depende de la articulación en el texto constitucional de una *división de poderes* mediante la cual se instaura un sistema de límites, que establece un equilibrio de poderes, que impide que cualquier poder pueda abusar lesionando la libertad política. Montesquieu distinguió al respecto los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (54).

2.º La Monarquía representativa

La Monarquía representativa coincide históricamente con la Monarquía constitucional pero tiene la peculiaridad de que el poder real no sólo aparece limitado por el Derecho, sino también por la representación popular que encarnan determinados órganos (55).

3.º La Monarquía parlamentaria

La Monarquía parlamentaria implica un retroceso del poder real ante la representación popular, mediante la interposición de un órgano, *el gabinetete*. La primera manifestación de esta forma política tuvo lugar en la Monarquía inglesa. Dicha modificación constitucional supuso que el rey ya no puede actuar por sí mismo, sino a través de un gobierno que responde de sus actos ante el Parlamento y que ha de contar con la confianza del rey y de la cámara (56).

(54) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, en especial Libs. III y XI, 3 y 6. Sobre Montesquieu véase: N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; H. KELSEN *op. cit.*, p. 353; H. G. SABINE, *op. cit.*, pp. 406 y ss.; A. TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, 2, pp. 296 a 298.

(55) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, pp. 494 y ss.; L. IZAGA, *Elementos de Derecho Político*, 2.ª ed. corregida, t. II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1952, pp. 48 y ss.

(56) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 496; M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, introducción de M. Aragón, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1984, en especial pp. 295 y ss., 302 y ss.

B. Formas mixtas de República

El desarrollo histórico de la República como forma de gobierno también ha dado lugar, mediante una compleja combinación de sus principios políticos, a una plural tipología de la forma de gobierno republicana. De este modo, y simplificando mucho el panorama del Derecho Comparado, nos encontramos con dos tipos clásicos de República: la República presidencialista y la República parlamentaria(57).

a) La República presidencialista

El arquetipo de la República presidencialista es el consagrado en la Constitución de los Estados Unidos de América, donde se da una clara y acertada combinación o mixtura entre los principios esenciales constitutivos de todo régimen político bien articulado.

Dichos principios, como ya sabemos, desde la Antigüedad, son el *monárquico*, el *aristocrático* y el *democrático*.

El *principio monárquico* está representado por el *Presidente*, cuyos poderes (siempre sometidos a la ley) son muy superiores a los de cualquier otro jefe de estado democrático.

Los *principios aristocrático* y *democrático* convergen y se mezclan en el Congreso que aparece articulado en dos órganos: la Cámara de representantes y el Senado.

La *Cámara de representantes* encarna al pueblo de los Estados Unidos como totalidad y simboliza el *principio democrático*.

El *Senado* encarna el *principio aristocrático* y representa a los Estados federales en tanto personalidades autónomas(58).

(57) L. IZAGA, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

(58) M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, pp. 367 y ss., 398 y ss.; H. KELSEN, *op. cit.*, p. 358; L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 497.

b) La República parlamentaria

La República parlamentaria, cuyo modelo más próximo a nosotros, desde el punto de vista histórico, estuvo constituido por la Segunda República Española —tal como quedó reflejada en la Constitución de 1931—, es un régimen que se caracteriza por articular el principio de autoridad popular en dos momentos fundamentales: 1.º La elección por el pueblo del Parlamento; 2.º La elección por el Parlamento del Presidente de la República (59).

2. *El desplazamiento histórico del tema de las formas de gobierno y su sustitución por el de los regímenes políticos*

Cuando la clasificación de los órdenes políticos se hace en función de la estructura del poder y sus titulares nos encontramos con el esquema clásico de las *formas de gobierno*. Por el contrario, cuando esa clasificación se hace teniendo en cuenta el fin o los fines que articulan e impulsan el orden político nos encontramos con lo que modernamente ha pasado a denominarse *regímenes políticos*, si bien cabe advertir que, en la práctica, estos dos criterios se entrecruzan en la estructura y dinámica propia de los órdenes políticos concretos y, con frecuencia, sus principios se complementan recíprocamente (60).

La clasificación predominantemente formal y numérica de las llamadas *formas de gobierno* (tanto antiguas —trinomio monarquía, aristocracia, democracia—, como modernas —binomio monarquía, república-) ha perdido interés en la actualidad, sobre todo a partir de mediados del siglo xx, y ha sido desplazada por el estudio de los denominados *regímenes políticos*, en los que lo esencial, no es ya el número de personas a las que se reconoce y atribuye el ejercicio del poder (criterio formal), sino el fin o los fines a los que se orienta y sirve el poder político del Estado (ya se configure éste como mo-

(59) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 498; H. Kelsen, *op. cit.*, p. 358.

(60) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 459.

narquía o república). La referencia al *fin* o a los *fines* a los que sirve el Estado y en función de los cuales se justifica y legitima es lo que ha permitido al pensamiento político actual distinguir con claridad entre *formas políticas o de gobierno* y *regímenes políticos* (61).

Desde los supuestos de la idea de *régimen político*, y en un ensayo de síntesis, la doctrina ha distinguido una pluralidad de regímenes políticos. Entre ellos los tipos fundamentales (la enumeración no tiene un carácter taxativo) son los constituidos por el Estado liberal, el Estado social de Derecho y el Estado totalitario (62).

A. El Estado liberal de Derecho

El Estado liberal de Derecho es el resultado de la quiebra del Estado absoluto como consecuencia de la victoria de las Revoluciones americana y francesa, que implican el triunfo del individualismo y el reconocimiento y proclamación de los derechos naturales del hombre que se configuran como un límite al poder del Estado y, al mismo tiempo, como fines al que dicho Estado debe servir. Los límites y los fines le vienen marcados al poder por su obediencia y sujeción a la ley. En virtud de ello el nuevo Estado resultante de la revolución tiende a cristalizar en lo que se ha denominado Estado de Derecho. Tal forma política supone la existencia de una constitución como norma suprema del Estado a la cual ha de someterse el ejercicio del poder y, al mismo tiempo, como manifestación de la existencia de dicha constitución, la separación de poderes y el reconocimiento y protección de los derechos individuales (63).

La génesis y desarrollo del Estado liberal como Estado de Derecho tiene lugar, como explica F. Javier Conde, a lo largo de tres etapas:

(61) *Ibid.*, pp. 570 y 571.

(62) Una clasificación más compleja puede verse en *ibid.*, pp. 570 y ss.

(63) F. J. CONDE, *Introducción al Derecho Político actual*, Madrid, 1953, pp. 49 y ss.; SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, pp. 573 y ss.; P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. I, 2.^a ed. revisada y aumentada, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 221 y ss.; E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2.^a reimpresión en Taurus Ediciones, S.A., Madrid, 1984, pp. 27 y ss.

1. La separación radical, en relación a la persona, entre el *fuero interno* (ámbito de la actividad humana donde no debe intervenir nunca el Estado) y el *fuero externo* (espacio propio de la actuación del Estado). Esta separación implicó la acentuación o primacía del primero frente al segundo (Spinoza) y la traslación de lo religioso a la esfera de la libertad privada (Pufendorf, Thomasius, Kant).

2. La transformación progresiva de la naturaleza de la ley que deja de ser el producto de la nuda decisión o mandato del monarca absoluto (*concepción absolutista de la ley*) (64) para convertirse en la expresión racional y libre de la voluntad popular (*concepción liberal de la ley*) (65). Esa norma racional y libre que surge del querer mayoritario del pueblo constituye el medio

(64) «La concepción absolutista de la ley ve en ésta (producto de la voluntad del monarca absoluto) un instrumento al servicio de la "razón de Estado" (cuyo contenido se confunde con frecuencia con los intereses del príncipe) mediante el cual el soberano llevó a cabo su pretensión de consolidar, fortalecer y engrandecer al Estado, sometiendo al pueblo, mediante un doble proceso: de un lado, quebrantando y desplazando el "viejo Derecho histórico medieval" de carácter plural y vario (Derecho local, Derecho señorial, Derecho corporativo...) así como los poderes sociales que los sustentaban y eliminando los privilegios y libertades que dicho Derecho reconocía y protegía; de otro lado, sustituyendo el mencionado Derecho viejo por un nuevo Derecho legal y uniforme, producto de la voluntad real, orientado fundamentalmente a la organización y fortalecimiento del Estado y a facilitar y garantizar el ejercicio y la eficacia del poder político». E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 97 a 99, 115 y 116.

(65) «La concepción liberal de la ley hunde sus raíces en el pensamiento de la ilustración y se impuso a partir de las Revoluciones americana y francesa con el consiguiente triunfo del pensamiento liberal. Éste supuso en el orden de ideas y de las formas políticas la inversión de los principios y de las instituciones fundamentales del absolutismo y, con ello, una nueva concepción de la ley entendida como instrumento al servicio de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. La nueva idea de la ley se asentó sobre los siguientes supuestos:

1.º El cambio de la titularidad de la soberanía (la soberanía pasa del rey al pueblo —Rousseau— y luego a la nación —Sièyes—) y la secularización del poder político que (depurado de toda significación y adherencia de carácter histórico, teológico o mítico) busca su justificación y legitimidad en expedientes puramente racionales (doctrinas del contrato social y de la representación).

2.º La concepción de la ley como «expresión de la voluntad general» —Rousseau—, la cual (la ley) como exigencia lógica de la libertad y la igualdad de los ciudadanos, ha de ser general y abstracta («la misma para todos»). Ello significó el triunfo de las ideas de uniformidad en el Derecho frente a la diversidad o variedad (localismo, particularismo) característica del viejo Derecho medieval.

3.º Concebida así la ley, ésta dejó de ser un instrumento del poder al servicio de la «razón de Estado» y, con ello, un medio de sometimiento y dominación del pueblo por el

técnico para limitar al Estado y sujetar a cálculo y medida el ejercicio del poder político que siempre ha de estar sometido a la ley (Locke, Montesquieu).

3. La legalización general y la conversión del Estado en «máquina legislativa» (F. J. Conde) (66).

En el Estado liberal, nos dice F. J. Conde, la «razón se propone» definir unívocamente el destino político de un pueblo mediante la radical sistematización y racionalización de su constitución jurídica (Constituciones escritas del Estado liberal). El Estado liberal trata de someter la realidad social a un orden cerrado y consciente conforme a un plan unitario que racionaliza el contenido del Derecho en principios jurídicos inmutables. No sólo se organiza racionalmente el Estado (división de poderes) sino también la libertad (67).

Resultado de ese proceso riguroso de racionalización del Estado liberal es su configuración como Estado de Derecho, definido por una serie de notas o exigencias racionales y jurídicas entre las que destacan:

- El imperio de la ley, entendida como expresión de la voluntad general.
- La división de poderes en el trinomio: poderes legislativo, ejecutivo y judicial.
- La legalidad de la Administración: actuación de ésta con sujeción a la ley y efectivo control judicial de ello.

rey para convertirse en un instrumento de liberación popular que reconocía y garantizaba por igual a todos los ciudadanos la libertad y los demás derechos individuales.

4.º La concepción liberal de la ley y del poder político hizo posible la armonía entre el goce y disfrute de los derechos individuales y el ejercicio del poder. La clave de ello residió en el gobierno de la ley (nomocracia). Esto significaba que el poder sólo podía ejercerse en virtud de la ley y por medio de la misma. En última instancia ello suponía que el ejercicio del poder sólo podía consistir en la aplicación de lo dispuesto en la ley. Desde estos supuestos la ley vino a ocupar, en el Estado liberal, el lugar que en la monarquía absoluta había correspondido al rey —Rousseau—». *Ibid.*, pp. 102 a 112, 114 a 122 y 125 a 137.

(66) F. J. CONDE, *Teoría y sistema de las formas políticas*, op. cit., pp. 170 a 172; E. DÍAZ, op. cit., p. 29.

(67) E. DÍAZ, op. cit., pp. 31 a 42.

— Reconocimiento y declaración de derechos y libertades fundamentales, con su garantía jurídico-formal y efectiva de su realización material (68).

En el ámbito de la teorización doctrinal del Estado liberal de Derecho destacan fundamentalmente las figuras de Gerber, Laband y Jellineck, en Alemania. En Francia ocupan un lugar preferente los nombres de Esmein y Carrè de Malberg (69).

B. El Estado social de Derecho

Este modelo de Estado, como todas las grandes creaciones históricas, no es invención ni hallazgo de un hombre, ni de un pueblo, sino el resultado de una necesidad histórica, planteada por las limitaciones y excesos del Estado liberal y sus consecuencias (crisis económicas, eclosión del problema social, etc.) (70).

Este tipo de Estado se caracteriza por la conciencia que él mismo posee de la existencia de fines públicos que el mismo Estado debe realizar sometiendo su actuación a un régimen jurídico especial, entrañando esa actividad, que acaba teniendo un carácter expansivo, una serie correcciones y limitaciones al régimen liberal, en cuyo seno nace y de cuya sustancia no reniega (71).

En relación con el Estado liberal, el Estado social de Derecho (en cuya génesis y configuración confluyen corrientes de pensamiento de carácter plural: socialismo, socialdemocracia, doctrina social de la Iglesia, democracia cristiana, ideas de signo corporativista, etc.) supone una serie de *limitaciones* por parte del poder público a las libertades proclamadas por el régimen liberal y, al mismo tiempo, la instrumentalización de una *actuación positiva del Estado* ordenada a crear las condiciones necesarias para hacer posible el efectivo

(68) F. J. CONDE, *op. cit.*, pp. 170 a 172.

(69) F. J. CONDE, *Introducción al Derecho Político Actual*, *op. cit.*, pp. 49 y ss., 65 y ss.

(70) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 584.

(71) *Ibid.*, pp. 585 y 586.

desenvolvimiento de la persona y de sus libertades (idea de libertad positiva) (72).

Las limitaciones de los derechos individuales consagrados por el régimen liberal los lleva a cabo el Estado social de Derecho mediante lo que se denomina medidas de policía. La movilización de las llamadas libertades positivas encuentra su medio adecuado en la idea de *servicio público* (L. Duguit) gracias a las *medidas de policía* (piénsese en las medidas de prevención y protección sanitarias) y a los *servicios públicos* los ciudadanos alcanzan unas efectivas *libertades positivas* (no meramente formales o negativas) que les permiten su más completa realización y satisfacción de sus necesidades. Como concreción y desarrollo de esas libertades positivas encontramos el reconocimiento y protección de los modernos *derechos sociales* cuya fundamentación última la encontramos en los principios de *seguridad y justicia social* (73).

Tal fue el impacto y la preocupación que la crisis del Estado liberal originó en el pensamiento jurídico (crisis económica, paro, acrecentamiento del problema social, etc.) que la Ciencia jurídica, ante la insuficiencia del Derecho Civil tradicional, tuvo que hacer frente a esos problemas mediante la generación de nuevas ramas del Derecho. Comienza entonces a hablarse de Derecho social, Derecho económico, Derecho obrero, Derecho del trabajo, etc. (74).

C. El Estado totalitario

La idea de Estado totalitario surge vinculada a la situación de indigencia, soledad y angustia en que la crisis del régimen liberal

(72) *Ibid.* p. 587.

(73) *Ibid.*, pp. 584 a 597; P. LUCAS VERDÚ, *op. cit.*, pp. 231 y ss.; E. DÍAZ, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

(74) A. MENGER, *El Derecho Civil y los pobres*, trad. esp. de A. Posada, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1898; G. RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Fiches, Prólogo de Fernando de los Ríos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, pp. 108 y ss.; L. MOSSA, *Principios del Derecho Económico*, trad. esp. de A. Polo, Ed. Signo, Madrid, 1935; C. GACÍA OVIEDO, *Tratado de Derecho Social*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934; L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, pp. 245, 246, 593 a 595.

(crisis económica, política, y bélica —guerra de 1914-1918—)dejó sumido al hombre europeo. Tal idea surgió con la pretensión de liberar al mismo de su indigencia, de su soledad y de su angustia, teniendo como punto de partida la afirmación de Hobbes de que «*extra civitatem nula est securitas*» (75), e integrando, para potenciarla, esa individualidad periclitada en las colectividades supraindividuales de la *clase proletaria* (comunismo marxista) la idea de *nación* (fascismo italiano) y la idea de una *raza superior* (NacionalSocialismo).

Con la pretensión de salvar al individuo, y ante el hundimiento del Estado liberal, el Estado totalitario se articuló a partir de determinadas colectividades supraindividuales, en cuyo destino cifra la verdadera salvación del hombre. Dicha salvación encuentra su esencia, su razón de ser, en la contraposición dialéctica con el Estado liberal, contraponiendo al derecho el deber, a la libertad el servicio, al individuo la sustancia transpersonal o suprapersonal (clase, nación, raza...) en la que el individuo, para alcanzar su plenitud, se subsume, se redime y se realiza plenamente. En el seno de esas esencias colectivas sobre las que se articulan el Estado totalitario el hombre encuentra el remedio a su indigencia, la solución a su soledad, el amparo a su angustia y vuelve a sentir el valor y el orgullo de la dignidad pérdida, al sentirse miembro de la *clase trabajadora*, de una *comunidad nacional o racial* llamadas a cumplir una misión trascendente.

En virtud de ello la sociedad civil, plural por naturaleza, es disuelta y absorbida por el monopolitismo de Estado, y la persona, titular de derechos inalienables, disuelve también su personalidad individual y su destino personal en las «colectividades supraindividuales o transpersonales», articuladas por el Estado en entidades totalitarias que borran toda la distinción entre sociedad y Estado, y que suponen la ocupación por parte del Estado de todo el espacio social. El Estado totalitario invade toda la esfera de la sociedad: economía, cultural, enseñanza, etc. (76). Y el hombre comienza a cobrar un nuevo sentido en cuanto aparece integrado como miembro de una determinada clase social (clase trabajadora), de una nación o de una raza que constituyen los supuestos sobre los que se articula el Estado

(75) F. J. CONDE, *Sistema y teorías...*, op. cit., p. 173.

(76) F. J. CONDE, *Introducción...*, op. cit., pp. 220 y 221.

como instrumento totalitario al servicio de esos valores y principio trascendentes (77).

Los factores que indujeron e hicieron posible el nacimiento del Estado totalitario fueron fundamentalmente:

1.º El auge y la expansión de ideales de valor suprapersonal que encarnan fundamentalmente el marxismo revolucionario y el nacionalismo imperialista, y cuyas manifestaciones históricas más características y próximas fueron la Rusia soviética, la Italia fascista y la Alemania Nacional Socialista (78).

2.º Un nuevo sentido de la libertad y de los derechos del hombre, consecuencia de la disolución de la sociedad, del individuo en el Estado. Desde esta perspectiva los derechos no son derechos del hombre en cuanto persona individual sino del hombre en cuanto que es miembro de una clase social, de una nación o de una raza. A ello responde el desplazamiento de la noción de *derecho subjetivo* por la de *situación jurídica*, desde la cual los derechos se entienden como meras facultades para cumplir una función en el seno del Estado (79).

3.º La existencia de una oligarquía organizada como *partido único* que constituye, junto con el Ejército, la columna vertebral del Estado y el principio generador o motriz de la actividad política del Estado (80).

4.º El Estado totalitario vincula su génesis al fenómeno de la *guerra total*, que aparece en 1914-1918, y que supone la «movilización total», la cual implica que «la acción armada aparezca como resultado de un gigantesco proceso de trabajo y esfuerzos en el que participa no ya un grupo («movilización parcial»), sino la totalidad de un pueblo» (81).

(77) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, pp. 604 a 608.

(78) *Ibid.*, p. 605; F. J. CONDE, *Teoría y sistema...*, *op. cit.*, pp. 177 y ss.; P. LUCAS VERDÚ, *op. cit.*, pp. 248 y ss. y 261 y ss.; E. DÍAZ, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

(79) L. SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, pp. 607 y 608.

(80) *Ibid.*, p. 609.

(81) F. J. CONDE, *Teoría y sistema...*, *op. cit.*, pp. 176 y 177.

Desde estos supuestos escribe F. Javier Conde que «el Estado totalitario es el modo de organización política determinado por la posibilidad limitada de la guerra total» (82).

Vinculado en su génesis a la idea de «guerra total» (pasada, presente, futura) el Estado totalitario tiende inexorablemente, por su propia naturaleza, a articularse en «gran potencia» (83).

5.º Cabe advertir por último, que la idea de Estado totalitario, lejos de aparecer referida a experiencias históricas del pasado (Rusia soviética, Italia fascista, Alemania Nacional Socialista), constituye una realidad y una amenaza latente para el mundo occidental. La existencia de la China comunista, de Corea y otros países de extremo oriente que han hecho suya la ideología comunista, con su imperia- lismo congénito, son una muestra de ello.

3. *El planteamiento más lineal y formalista de Hans Kelsen*

Según Kelsen el criterio definitivo para la clasificación de las *formas de constituciones o Estados* es la «libertad política». De acuerdo con dicha idea piensa Kelsen que la clasificación tradicional (el trinomio: monarquía, aristocracia, democracia — así como también el binomio monarquía, república—) resulta insuficiente, siendo lo correcto, de acuerdo con la idea de «libertad política», distinguir dos tipos de constituciones: la *democracia* y la *autocracia* (84).

Para Kelsen la idea de «libertad política» significa que el individuo que se encuentra sometido a un ordenamiento participe en su creación. En dicho supuesto, según Kelsen, nos encontramos con el fenómeno de la *democracia*, forma de constitución que significa

(82) *Ibid.*, p. 176. La «movilización total» supone la ruptura de los moldes de la milicia profesional y levanta junto a los ejércitos que luchan en el campo de batalla, las grandes huestes del tráfico, de la industria de armamentos, del abastecimiento, etc.; el ejército del trabajo». *Ibid.* p. 177.

(83) *Ibid.*, p. 178.

(84) F. J. CONDE, *Introducción al Derecho Político Actual*, op. cit., pp. 231 y ss.; H. KELSEN, op. cit., pp. 358 y 359.

«que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos» (85).

Como institución opuesta a la democracia sitúa Kelsen la *autocracia*, forma de gobierno en la que «los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma —indica Kelsen— se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares» (86).

Pero debe observarse que los regímenes aquí descritos, democracia y autocracia, ni para Kelsen, ni para el estudioso medianamente avisado, constituyen «realmente descripciones de las constituciones históricamente dadas, sino que más bien representan «tipos ideales»». «En la realidad política —dice Kelsen— no hay ningún Estado que se ciña completamente a uno o a otro de estos tipos ideales. Cada Estado representa una mezcla de elementos de ambos, de tal manera que algunas comunidades se acercan más al primero de estos polos, y otras al segundo. Entre los dos extremos existe una multitud de etapas intermedias, la mayoría de las cuales no posee una designación específica. De acuerdo con la terminología usual —concluye Kelsen— un Estado es llamado democracia si en su organización prevalece el principio democrático, y autocracia si en su organización predomina el principio autocrático» (87).

En su riguroso análisis formal Kelsen ha reducido a principios la *democracia* y la *autocracia*, aunque acepta que esos principios admiten en el curso de sus realizaciones políticas concretas infinidad de combinaciones posibles, en cada tiempo y lugar.

VII. CONCLUSIÓN: ¿A QUÉ QUEDA REDUCIDA LA DEMOCRACIA?

El esfuerzo analítico de Kelsen nos indica que la democracia es un principio político, lo cual es cierto. Pero la democracia en cuanto

(85) H. KELSEN, *op. cit.*, p. 337.

(86) *Ibid.*, p. 337.

(87) *Ibid.*, p. 337.

principio político aislado resulta insuficiente para vertebrar, dotar de cohesión, firmeza y estabilidad al Estado. La democracia en sí misma, en cuanto principio político, no es más que la parte de un todo que es el Estado y que sólo puede articularse constituyendo una especie de trípede cuyos tres puntos de apoyo son los constituidos por los principios monárquico, aristocrático y democrático. Esta es la realidad con la que nos hemos encontrado en nuestro análisis y en nuestra perspectiva histórica. Todo Estado bien constituido responde al modelo que los clásicos denominaron *régimen mixto* y que en su esencia no es más que la combinación o mezcla, bien equilibrada, según las circunstancias de tiempo y lugar, de los tres principios constituidos por la monarquía, la aristocracia y la democracia. Ello no impide que en el lenguaje ordinario, y en virtud de esa figura retórica (tropo) que es la sinécdoque (tomar la parte por el todo), un determinado tipo de Estado puede ser denominado monarquía, aristocracia o democracia.

En realidad, la representación gráfica del Estado sería la de un triángulo (de cualquier tipo: equilátero, isósceles o escaleno) en el cual cada lado está constituido por uno de los mencionados principios (monárquicos, aristocrático y democrático). Si falta alguno de ellos, por su propia naturaleza, desaparece el Estado. Para que exista Estado deben darse bien combinados y ensamblados sus tres lados, esto es, los principios monárquico, aristocrático y democrático, aunque el predominio de uno u otro pueda variar en función de las circunstancias de tiempo y lugar, dotando a cada Estado de una específica significación política.

De acuerdo con estas ideas la democracia no es ya una forma de gobierno, un tipo de régimen político, sino un principio orgánico, necesario en todo Estado bien constituido, en cuyo seno aparecen limitándose e integrándose a su vez, dentro del proceso de la vida política, los principios monárquico y aristocrático. De esta forma la democracia adquiere así su significación más precisa y real en el seno de la doctrina del denominado *régimen mixto*, de cuyo ámbito no debió de haber salido nunca la consideración de la misma (88).

(88) R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, «Razones y límites de la democracia». Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1965-1966. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1965, pp. 21 y 22.

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE HACIENDA DESDE EL FIN DE LAS REGENCIAS (1843) HASTA 1852

JOSÉ VICENTE LORENZO JIMENEZ (*)

SUMARIO: I. LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL MANTENIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE HACIENDA. — II. LA EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA. — 1. *Normas que atribuyen o reconocen la competencia a la Jurisdicción de Hacienda.* — A) Normas anteriores a la reforma tributaria de 1845. — B) La extensión de la Jurisdicción de Hacienda en la reforma tributaria de Mon- Santillán. — C) Otras normas posteriores. — 2. *La ampliación de lo administrativo frente a lo judicial.* — A) La consolidación y ampliación de lo administrativo frente a lo judicial. — B) La reforma tributaria de 1845. — C) Bienes mostrencos. — D) La generalización de la reclamación administrativa previa como requisito para poder acceder a la vía judicial. — E) Capellanías. — F) Indemnizaciones de partícipes legos en diezmos. — G) Aduanas. — H) Contrabando. — I) Derechos pasivos. — J) Otros. — K) La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850. — 3. *La aparición y expansión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.* — A) La creación de la Jurisdicción Contencioso Administra-

(*) Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

tiva en 1845.—B) Contratos y bienes nacionales.—C) Indemnizaciones de partícipes legos en diezmos.—D) Otros asuntos.—E) La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850.—F) La opinión general acerca de la mayor idoneidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa frente a la de Hacienda.—4. *El pase a un segundo plano de la Jurisdicción especial de Hacienda y la asignación de competencias a la Jurisdicción ordinaria.*—A) La regulación de los conflictos de jurisdicción.—B) La opción por la Jurisdicción ordinaria en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850.—C) Los asuntos sobre propiedad industrial.—D) Otros.—5. *La reasignación de funciones del Tribunal de Cuentas.*—6. *Límites de la Jurisdicción de Hacienda: los conflictos con otras Jurisdicciones.*—A) Conflictos con el Cuerpo de Carabineros y el Resguardo marítimo.—B) Conflictos con los tribunales de la Jurisdicción ordinaria.—III. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA.—1. *El Superintendente General de la Hacienda.*—2. *La creación de la Dirección General de lo Contencioso.*—3. *Los Juzgados de Rentas.*—A) Los Juzgados las Subdelegaciones de Rentas.—B) Las críticas a la figura del asesor y la supresión de los coasesores.—C) La competencia territorial y las consecuencias de la supresión de las Subdelegaciones de partido.—D) La reorganización administrativa de 1845.—E) La supresión de las Intendencias.—F) Las previsiones del Real Decreto de 1 de julio de 1850.—G) Normas sobre incompatibilidades y derechos económicos de los empleados de los Juzgados de Rentas.—H) Conflictos entre Subdelegados

de Rentas.—4. *En particular, la potenciación del Ministerio Fiscal y de los órganos defensores de la Hacienda Pública.*—A) La nueva organización del Ministerio Fiscal en 1844 y sus consecuencias.—B) Las dudas acerca de la posición del Fiscal en los asuntos judiciales de Hacienda.—C) La intervención de los fiscales de las Subdelegaciones de Rentas en otras Jurisdicciones.—D) Las consecuencias de la creación de la Dirección General de lo Contencioso en 1849.—E) Normas posteriores sobre actuaciones del Ministerio Fiscal.—F) Las atribuciones de los abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas según el Real Decreto de 1 de julio 1850.—IV. LA SITUACIÓN EN 1851.

I. LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL MANTENIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE HACIENDA

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la Jurisdicción especial de Hacienda desde el fin de la Regencia de Espartero en 1843 hasta la aprobación del Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y fraude, que introduce una modificación sustancial en dicha Jurisdicción (1). Se trata de un periodo crucial para la consolidación del Estado constitucional, en el que se promulgan una serie de Leyes administrativas básicas y se crean una serie de instituciones que contribuyen decisivamente a la articulación, centralización y fortalecimiento del Estado (2).

En éste periodo continúan existiendo numerosas Jurisdicciones. Así, Juan María Rodríguez distinguía las siguientes (3): 1) Jurisdic-

(1) Este estudio constituye una continuación del publicado en esta *Revista de las Cortes Generales*, 79, 2010, pp. 43 y ss.

(2) Sobre esta etapa de los Moderados en el poder, *vid.*, por ejemplo, con carácter general, A. BAHAMONDE y J. A. MARTÍNEZ, *Historia de España, siglo XIX*, Cátedra, Madrid, 1994, pp. 255 y ss. *Vid.* J. M. JOVER, *La civilización española a mediados del siglo XIX*, Austral, Madrid, 1991, pp. 97 y ss. Específicamente en materia de Hacienda, ARTOLA, *La Hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados*, Alianza Editorial y Banco de España, Madrid, 1986, pp. 223 y ss. Sobre el partido Moderado, *vid.* F. CÁNOVAS SÁNCHEZ, *El Partido Moderado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

(3) J. M. RODRÍGUEZ, *Curso elemental completo de práctica forense*, t. I, 3.^a ed., 1847.

ción Real ordinaria, 2) Jurisdicción eclesiástica (que a su vez distinguía entre la eclesiástica ordinaria, la castrense y el Juzgado especial de testamentos), 3) Jurisdicción mixta de eclesiástica y real (donde incluía la Jurisdicción de las Órdenes militares, la de cruzada y la de espolios, vacantes y anualidades eclesiásticas), 4) Jurisdicción militar (donde distinguía la ordinaria, la de marina, la de artillería, la de ingenieros y la de hacienda militar), 5) la de Hacienda Pública, 6) la de comercio, 7) la de minas, 8) la de correos y caminos, 9) la de extranjeros.

Por lo que se refiere a la Jurisdicción de Hacienda, era desempeñada por los Intendentes Subdelegados de Rentas, cuyas resoluciones eran apelables, en su caso, ante las Audiencias. Rodríguez decía que estaban sujetos a ella (4):

— Todos los empleados del ramo, subalternos e individuos del Resguardo o Cuerpo de Carabineros de Hacienda respecto de los negocios civiles y criminales en asuntos y delitos procedentes de sus cargos y oficios, pero no en los pleitos o causas que tuvieran como particulares, en cuyo caso se encontraban sometidos a sus respectivos fueros, excepto el Cuerpo de Carabineros, que en todo estaba sujeto al Juzgado de Rentas (leyes del Título 9.º, libro VI, de la Novísima Recopilación, especialmente la 6, y Real Orden de 28 de julio de 1835).

— Los administradores de loterías nacionales (dicha ley 6 de la Novísima Recopilación, y Reales Ordenes de 28 de octubre de 1814 y de 9 de junio de 1836) (5).

— Lo relativo a materia de suministros y contribuciones (Reales Ordenes de 2 de agosto de 1819, 31 de julio de 1828 y 3 de agosto de 1831).

— Lo relativo a contrabando y defraudación (Ley 3 de mayo de 1830, Novísima Recopilación, Título 9, libro 6, y Reales Ordenes de 9 de febrero y 27 de noviembre de 183).

— Los asuntos tramitados por falsificación de vales reales u otro documento público o privado hecho con objeto de defraudar la Hacienda de la Nación (art. 1 de la Ley de 3 de mayo de 1830).

(4) *Op. cit.*, t. I, pp. 68-70.

(5) Según la Real Orden de 9 de junio de 1836, los Subdelegados de Rentas estaban sujetos a las instrucciones de la Dirección General de Loterías.

- Los negocios pertenecientes a los bienes y arbitrios de amortización (Real Orden de 25 de noviembre de 1839).
- Los negocios de los que conocía el Juzgado privativo de la Superintendencia de azogues (Real Orden de 16 de agosto de 1839).
- El conocimiento de los negocios en que el Erario o caudal público tuviera algún interés presente o futuro que reclamar; el de los negocios en que pudiera experimentar daño o perjuicio en sus rentas, acciones o derechos, y todas las incidencias y dependencias que provinieran de los asuntos referidos, siendo extensivas sus facultades al fuero activo y pasivo (leyes 6, 7 y 8, título 10, libro 6 de la Novísima Recopilación y Real Orden de 24 de agosto de 1840). Pero se exceptuaba el conocimiento de los abintestatos, aunque tuviera interés la Hacienda, pues cuando hubiera de reclamar algunos descubiertos, no debían sus tribunales conocer de dichas pretensiones, sino que debían pasarlos a los Jueces de Primera Instancia a que correspondieran los abintestatos (Real Orden de diciembre de 1836).

Sin embargo, comenzaban a verse síntomas de cambio por la instauración de nuevos principios. El mantenimiento de una Jurisdicción especial para conocer de los asuntos de la Hacienda cada vez tenía menos partidarios, especialmente en el plano doctrinal (6).

Curiosamente esta corriente de opinión contraria a la existencia de una Jurisdicción especial de Hacienda carecía de un sólido apoyo constitucional. Más bien ocurría lo contrario: frente a lo que establecía la Constitución de 1837, la Constitución de 1845 distaba de considerar la administración de justicia como un poder distinto del Ejecutivo. Muy significativamente el artículo 4 de esa Constitución había suprimido la mención a la unidad de fueros y su Título X se denominaba «la administración de justicia» en vez de «el poder judicial».

Por su parte, los autores de la época mantenían que «el orden o autoridad judicial es propiamente una desmembración del poder ejecutivo», añadiendo que «aunque el ejercicio de la justicia se atribuya

(6) *Vid.*, por ejemplo, J. POSADA HERRERA, «De lo Contencioso Administrativo en el ramo de Hacienda», en *Revista de España, de Indias y del Extranjero*, 1845, incluido en GALLOSTRA, *Colección bibliográfica de lo Contencioso Administrativo*, Madrid, 1881, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

a funcionarios independientes, como el poder de ejecutar las Leyes encierra virtualmente el de aplicarlas, y este ejercicio se delega a los magistrados por el poder ejecutivo, no puede decirse con toda propiedad que deje de residir la aplicación de las Leyes en este mismo poder. Para evitar estas dudas, llama tal vez la Constitución de 1845, orden judicial a los magistrados y jueces encargados de la aplicación de las Leyes corrigiendo a las anteriores Constituciones que los denominaban poder judicial» (7). Lo que distinguía a los jueces de otros funcionarios públicos era la inamovilidad, y, como contrapeso a ello, la responsabilidad (8).

A ello se unen otros datos importantes. Por un lado, determinados asuntos en los que concurría un evidente interés de la Hacienda eran atribuidos a la Jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, en la importante materia del contrabando y defraudación, la Ley penal sobre los delitos contra la Real Hacienda había quedado totalmente erosionada, lo que contribuía a resaltar la nota de provisionalidad de esta Jurisdicción. Las propias normas aludían continuamente a ese carácter provisional. Así, la Real Orden 6 de diciembre de 1844 ordenaba el cese de los co-asesores en los tribunales de Hacienda, «sin perjuicio del arreglo definitivo que se acuerde acerca de los tribunales de Hacienda».

En cualquier caso, desde el punto de vista del Derecho positivo, la doctrina se planteó la cuestión de si esta Jurisdicción podía considerarse como ordinaria en materia de Hacienda, contestando afirmativamente. Así, por ejemplo, se pronunciaba el autor del Boletín de Jurisprudencia y Legislación al comentar el Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia del Reino, aprobado el 1 de mayo de

(7) GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE CARAVANTES, *Febrero reformado*, t. III, Madrid, 1852, pp. 397 y 398. Los fundamentos teóricos de esta posición se defendían por A. ALCALÁ GALIANO, en *Lecciones de Derecho Político*, CEC, Madrid, 1984, p. 221 (las Lecciones se publicaron por primera vez en 1843).

(8) *Vid.* sobre la cuestión de la inamovilidad, entre otros, ALCALÁ GALIANO, *Lecciones*, *op. cit.*, p. 223; POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, MAP, Madrid, ed. 1988 (la primera edición es de 1843), p. 90; P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Instituciones de Derecho Administrativo español*, t. I, Madrid, 1843, pp. 24-25; GIL ZÁRATE, *Revista de Madrid*, 1838, en GALLOSTRA, *Colección bibliográfica*, *op. cit.*, p. 151.

1844, para quien Juzgados de Primera Instancia eran los ordinarios, pero también lo eran «los de hacienda, como expresamente lo dicen repetidas Reales Ordenes, en las que a los Subdelegados de Rentas se les denomina jueces de primera instancia, y Juzgados de esta clase a sus tribunales» (9).

II. LA EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA

1. *Normas que atribuyen o reconocen la competencia a la Jurisdicción de Hacienda*

A) Normas anteriores a la reforma tributaria de 1845

En un primer momento se continuaron dictando normas atribuyendo o reconociendo la competencia a la Jurisdicción de Hacienda.

Es el caso del Real Decreto de 20 de febrero de 1844, que contemplaba el arrendamiento de la gestión del estanco del tabaco a una compañía privada. En las bases del concurso se establecía que la empresa, como subrogada en la acción y derechos de la Hacienda Pública, quedaba sometida a los tribunales y Juzgados especiales de Hacienda en los asuntos contenciosos que surgieran (base 36). En la base 40 se insistía en que la empresa y sus empleados quedarían sometidos a la Jurisdicción de Hacienda en lo concerniente al cumplimiento del contrato, añadiendo que en las causas de fraude la empresa tendría la propia representación y los mismos derechos que tenía la Hacienda Pública (10).

(9) 4.^a serie, t. II, 1844, pp. 241 y ss. No obstante, el comentarista entendía que «hablando con propiedad jurídica, cuando se quiere hacer peculiar de los juzgados de aquella especie (los de Primera Instancia) una Ley o decreto cualquiera, se usa del calificativo "ordinarios", para segregar a los privilegiados o excepcionales». De lo cual concluía que a los Juzgados de Hacienda no les era de aplicación el nuevo Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia.

(10) Sin embargo, pocos meses después, en julio de 1844, se cancelaba el contrato, devolviendo la gestión de la renta del tabaco al Ministerio de Hacienda. *Vid.* COMÍN y VALLEJO, *Alejandro Mon y Menéndez (1801-1882. Pensamiento y reforma de la Hacienda*, IEF, Madrid, 2002, pp. 266-269; S. MARTÍN RETORTILLO y J. SALAS HERNÁNDEZ, *El monopolio de tabacos*, Madrid, 1969, pp. 29 y ss.

En igual sentido, la Real Orden de 4 de marzo de 1844 contemplaba los casos de arriendos de fincas del clero secular, celebrados entre éste y los particulares entre julio de 1837 y septiembre de 1841, cuando se presumiera haber intervenido fraude por lo bajo de los precios concertados o por lo demasiado largo de la duración estipulada. La Real Orden establecía que tales arriendos serían objeto de un examen especial por parte de las Juntas inspectoras, y si se considerasen rescindibles con arreglo a Derecho, las oficinas del ramo debían cuidar «con esmero y actividad» que la parte fiscal representante del Estado promoviera *ante los Juzgados de Rentas* las acciones de rescisión que correspondieran conforme a las Leyes, y en juicio separado por cada contrato.

Asimismo se dictó la Real Orden de 1 de mayo de 1844 sobre «excesos escandalosos que aparecen en la relación de gastos de impresión que produjeron las oficinas de bienes nacionales de Badajoz y de la subasta de granos de las mismas oficinas». Se ordenaba al Intendente, *en su calidad de Juez Subdelegado de Rentas*, que procediera inmediatamente a formar la correspondiente causa en averiguación de los hechos, sustanciándola por todos los trámites prescritos por las Leyes e instrucciones, y fallándola en justicia (11).

B) La extensión de la Jurisdicción de Hacienda en la reforma tributaria de Mon- Santillán

La reforma tributaria de 1845 constituyó uno de los hitos fundamentales de la Historia de la Hacienda Pública, poniendo fin al antiguo sistema tributario y creando uno de nueva planta (12). Tal

(11) Por su parte, SANTILLÁN, en relación con los bienes que pudiera haber usurpado Godoy, contemplaba como competencia de los Juzgados de Hacienda la de conocer de los juicios de reversión o incorporación (*Memorias* (1808-1856), Tecnos y Banco de España, Madrid, 1996, p. 385). Sin embargo, esta opinión no parece correcta, pues tales asuntos correspondían realmente a los jueces ordinarios. Sin perjuicio de su fama como hacendista, las opiniones jurídicas de SANTILLÁN no siempre estaban bien fundadas.

(12) Sobre la reforma tributaria de 1845, *vid.* F. ESTAPÉ, *La reforma tributaria de 1845*, IEF, Madrid, 1971. Sobre Alejandro Mon, *vid.* F. COMÍN COMÍN y R. VALLEJO POUSADA, *Alejandro Mon y Menéndez (1801-1882)*, *op. cit.* La reforma tiene como texto básico la Ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845; en la misma fecha se dictaron varios Reales Decre-

reforma no tenía por objeto directo la Jurisdicción de Hacienda(13), pero como consecuencia de ella se dictaron varias normas que afectaron a la misma.

En primer lugar, cabe observar que la regulación de varias de las figuras tributarias incorporaban «disposiciones penales» (suspensiones, multas, ineficacia de actos), que se superponían a las contenidas en la Ley de contrabando y fraude contra la Real Hacienda de 1830, de discutible aplicación. Hay que tener en cuenta que esta Ley se refería a los tributos existentes cuando se dictó, que ahora quedaban sustancialmente transformados. Si hasta 1845 la aplicación de la Ley había quedado muy erosionada, a partir de entonces las dificultades de su aplicación se hicieron prácticamente insalvables, ya que las disposiciones sancionadoras y procesales se referían a unos tributos que en su mayor parte habían sido suprimidos. Por ello, se hacía necesario regular las posibles sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones tributarias.

Así, el artículo 111 del Real Decreto que regulaba la contribución sobre productos líquidos de bienes inmuebles, establecía que el Intendente o Subdelegado someterían al Juzgado respectivo el conocimiento de los delitos que bajo cualquiera forma se cometieren en los pueblos para resistir o embarazar las cobranzas de contribuciones o la ejecución de apremios.

El Real Decreto que establecía el derecho sobre el consumo de especies determinadas, decía en su artículo 77 que la imposición de las penas que quedaban señaladas correspondía al Jefe de la Administración del pueblo en que se hubiera cometido el delito cuando solamente eran pecuniarias y no excedían cada una de 500 reales; las demás correspondían a los Juzgados respectivos de Hacienda(14).

tos que desarrollaban las nuevas figuras tributarias que se creaban. Tales Reales Decretos se circularon en 15 de junio de 1845.

(13) En un principio, la idea era la de incluir la reforma de la Jurisdicción de Hacienda en el mismo paquete, pero al final no pudo llevarse a cabo.

(14) Como puede observarse se utiliza un concepto muy poco estricto de delitos y penas, por lo que hay que entenderlos como sinónimos de infracciones y sanciones, pues indudablemente abarcan no solo las penales, sino también las administrativas.

El artículo 79 establecía una cláusula de subsidiariedad: en los casos de defraudación de los derechos a que se refería el Real Decreto, y en lo no previsto por éste, los procedimientos debían ajustarse «al orden establecido o que se establezca para los demás delitos cometidos contra los derechos de la Hacienda Pública». Asimismo, según el artículo 135-3.º, cuando surgieran cuestiones entre los contribuyentes y el arrendatario de los derechos, los asuntos contenciosos debían resolverse por los respectivos Jueces de Hacienda.

El Real Decreto de 23 de mayo de 1845, sobre el establecimiento del derecho de Hipotecas, establecía en su artículo 49 que para la exacción de los derechos defraudados y de las multas impuestas a los defraudadores, se procedería ejecutoriamente por los Juzgados especiales de Hacienda como en las defraudaciones de las demás contribuciones y rentas del Estado. Y según su artículo 50, a los mismos Juzgados de Hacienda correspondía el conocimiento de los delitos de defraudación del derecho de Hipotecas y de los de connivencia con los defraudadores.

La Real Orden de 22 de enero de 1846 contenía disposiciones para la imposición, exacción y distribución de las multas establecidas por los Reales Decretos de 23 de mayo de 1845 para los supuestos de ocultaciones y defraudación en la contribución industrial y de comercio e inquilinatos. Esa Real Orden contenía una norma novedosa: la imposición de las multas previstas en los artículos 31, 33 y 34 del Real Decreto del subsidio industrial y de comercio y 13 del de inquilinatos por las ocultaciones y defraudaciones, debía verificarse por acuerdo gubernativo de los Intendentes de provincia y Subdelegados de partido administrativo donde los hubiera (15).

Ahora bien, en el caso de que hubiera interesados que no se conformaran ni se prestaran al pago de las multas a que hubieran sido

(15) La multa tenía carácter administrativo, no judicial, y se distribuía por terceras partes, una para el Tesoro; otra para el Intendente de provincia o Subdelegado de partido que hubiera acordado la imposición; y otra para el agente investigador o denunciador. La figura de los Subdelegados de partido estaba contemplada en la reforma administrativa del Ministerio de Hacienda de 1845, pero —al contrario de lo que ocurría con anterioridad a 1841— carecía de funciones jurisdiccionales.

declarados responsables por la providencia gubernativa de los Intendentes, el artículo 3 les reservaba el derecho a reclamar y ser oídos en justicia ante el Juzgado de la Subdelegación de Rentas de la provincia, siempre que lo verificaran dentro del término de los doce días siguientes a la notificación de aquélla. En tal caso, los originales de los expedientes gubernativos que se hubieran formado debían pasar al mismo Juzgado, quedando en suspenso la exacción hasta el fallo judicial. Como puede observarse, el Juzgado de la Subdelegación actuaba en este caso a modo de instancia revisora de una previa decisión de carácter indudablemente administrativo; y además la reclamación suspendía la ejecución del acto impugnado.

C) Otras normas posteriores

Posteriormente siguieron dictándose normas reconociendo o recordando la competencia de los órganos judiciales de Hacienda.

Así, la Real Orden de 26 de marzo de 1850 se dictó como consecuencia del siguiente supuesto: el Subdelegado de Rentas de Sevilla consultó si correspondía a su Juzgado el conocimiento de los litigios que se suscitasen acerca de los bienes devueltos al clero secular en cumplimiento de la Ley de 3 de abril de 1845. Se resolvió, conformándose con el parecer de la Dirección General de los Contencioso de la Hacienda Pública, que todos los litigios que se promovieran y tuvieran por objeto la disminución de los bienes destinados a la dotación del culto y clero, debían seguirse en las Subdelegaciones de Rentas, «comunicándose al efecto las disposiciones oportunas por el Ministerio de VE (Justicia) y éste de Hacienda a los Jueces de Primera Instancia y Subdelegados».

En la Real Orden se razonaba que estos bienes formaban parte de la dotación del culto y clero según la Ley. El Erario tenía que completar su producto, por lo que, cuanto mayores fueran sus rentas, menor sería el desembolso de Hacienda. La Nación —continuaba la disposición—, lejos de haberse desprendido de la intervención de los citados bienes, la había dado muy expresa a la autoridad económica en el Real Decreto de 29 de octubre de 1849, cuyo artículo 6 decía que, para hacer efectiva la cobranza de las rentas de los bienes,

censos, foros y otros derechos, debía procederse en la forma y por los medios establecidos para recaudar las rentas de bienes inmuebles poseídos por el Estado a nombre de éste y a excitación directa del Administrador general depositario de la diócesis.

Por tanto, la Nación tenía un evidente interés en que el referido producto no se disminuyera. Y todos los asuntos que pudieran dar lugar a este resultado debían ventilarse ante los tribunales de Hacienda con arreglo a la ley 7 título 10 libro 6 de la Novísima Recopilación, que no solo no estaba derogada, sino confirmada por Real Orden de 2 de agosto de 1840 y otras posteriores.

La Real Orden de 10 de mayo de 1850 resolvió otra cuestión sobre la Jurisdicción de Hacienda. El administrador de contribuciones directas que había sido de la provincia de Barcelona fue citado a juicio por un contribuyente sobre un acto de servicio, entablándose después la demanda en el tribunal de la Subdelegación, que acordó el sobreseimiento. Sin embargo, la Audiencia, al consultarse el Auto del inferior, ordenó la continuación de la causa. El administrador reclamó amparo, alegando que «si la administración de las rentas públicas ha de ser posible, y su acción libre y desembarazada como requiere el servicio del Estado, preciso es que no pueda interrumpirse con tales dificultades, ni sujetarse su resultado a los lentos trámites de la administración de justicia».

La Real Orden resolvió que la jurisdicción correspondía a las Subdelegaciones de Rentas por el fuero especial que correspondía a los negocios de Hacienda, de cuyo conocimiento se hallaban inhibidos los tribunales ordinarios. Ahora bien, los Subdelegados de Rentas sólo debían admitir las reclamaciones que se entablaran contra cualquier empleado «después de hechos los pagos por los contribuyentes, y no antes», sustanciándose entonces dichas reclamaciones por la vía contencioso administrativa.

Asimismo añadía la Real Orden que, siempre que se entablara acción criminal, los Subdelegados no debían admitirla sin la correspondiente autorización, reiterando que los Juzgados de Hacienda eran competentes para conocer de procedimientos civiles o criminales contra empleados de Hacienda por actos que hubieran ejercido

como tales, debiendo los Fiscales pedir la inhibición en tales casos de los Juzgados ordinarios.

2. *La ampliación de lo administrativo frente a lo judicial*

A) La consolidación y ampliación de lo administrativo frente a lo judicial

Por otra parte, siguiendo una marcada tendencia que viene de épocas anteriores, se consolida y amplía el ámbito de lo administrativo frente a lo judicial. Se administrativizan las relaciones, y se ordena que determinadas cuestiones se resuelvan no por los Juzgados, sino por las propias autoridades administrativas.

Para justificar el carácter gubernativo de los procedimientos de cobranza, Carrasco (16) invocaba como antecedentes, entre otros, la ley 7 título 10 libro 6 de la Novísima Recopilación, haciendo así equivalente la actividad de Intendente con la vía gubernativa, cosa que no es correcta, pues el Intendente también ejercía funciones jurisdiccionales como Subdelegado de Rentas.

B) La reforma tributaria de 1845

Las trascendentales reformas de la Hacienda Pública en 1845 sirvieron además para consolidar las competencias de la Administración frente a la Jurisdicción, es decir, para dejar claro que muchos asuntos correspondían a la Administración y no a los órganos judiciales.

Esta operación es fácilmente perceptible, por ejemplo, en los diversos Reales Decretos de 23 de mayo de 1845 en virtud de los cuales se desarrolló la Ley de reforma tributaria de esa misma fecha.

Así, la contribución sobre el productos líquidos de bienes inmuebles, y del cultivo y la ganadería, optaba especialmente por la vía

(16) Tratado de las contribuciones directas en España, Madrid, 1867, p. 304.

de apremio, considerando gubernativos todos los procedimientos de cobranza, sin exceptuar los que llevaban consigo medidas coactivas contra las personas que tomaran parte en ella o en los repartimientos; sin que en ningún caso pudieran mezclarse en ellos los Tribunales o Juzgados mientras se tratara del interés directo de la Hacienda Pública (art. 63). Se trata ésta de una norma que en esa época cuenta ya con una gran tradición. Pero puede observarse que apura al máximo, prohibiendo la intervención de cualquier Juzgado o Tribunal, incluidos, por tanto, los propios de Hacienda.

Asimismo se observa una clara predilección por la vía gubernativa frente a la judicial en el artículo 111 de la misma contribución, ya antes citado, según el cual el Intendente o Subdelegado debían someter al Juzgado respectivo el conocimiento de los delitos que bajo cualquiera forma se cometieran en los pueblos para resistir o embazarar las cobranzas de contribuciones o la ejecución de apremios, siguiéndose los demás por la Administración de la Hacienda Pública del mismo modo que en los demás litigios en que ésta estuviera interesada, «sin que por esta causa se suspendan los procedimientos gubernativos».

También antes nos hemos referido al artículo 77 del Real Decreto regulador del derecho sobre el consumo de especies determinadas. Según ese precepto, la imposición de las penas señaladas correspondía al Jefe de la Administración del pueblo en que se hubiera cometido el delito cuando tales penas eran pecuniarias y no excedían cada una de 500 reales. En los pueblos en que no existiera Administración por cuenta de la Hacienda, la imposición de las penas de menor cuantía correspondía al Alcalde. El artículo 78 añadía que en tales casos contra la resolución del Administrador o Alcalde cabía reclamar ante el Subdelegado de partido, que decidía *gubernativamente*, y sin que pudiera admitirse este recurso sin haber satisfecho la multa. Se trataba, pues, de una competencia tradicional de la Administración, a la que se reservaba la potestad de imponer las sanciones de menor cuantía, reservando las de mayor cuantía a los órganos jurisdiccionales.

También anteriormente hemos citado la Real Orden de 22 de enero de 1846 dictando disposiciones para la imposición, exacción

y distribución de las multas por las ocultaciones y defraudación en la contribución industrial y de comercio e inquilinatos. La imposición de las multas de los artículos 31, 33 y 34 del Real Decreto del subsidio industrial y de comercio y 13 del de inquilinatos por las ocultaciones y defraudaciones se producía por acuerdo *gubernativo* de los Intendentes de provincia y Subdelegados de partido administrativo donde los hubiera. Y ello sin perjuicio de que pudieran acudir posteriormente a la vía judicial.

C) Bienes mostrencos

Esa misma tendencia administrativizadora cabe observar en la Real Orden de 29 de marzo de 1848, que fijaba las atribuciones de los Juzgados ordinarios y de la Administración en los negocios de denuncias de bienes mostrencos. En los negocios de este ramo, «las atribuciones de los Juzgados tienen sus límites y no deben extenderse a más que a juzgar y fallar, haciendo la declaración correspondiente». En consecuencia, «la ejecución de ésta con todas sus incidencias debe ser de la competencia de la Administración, puesto que está mandado en Real Orden de 7 de agosto de 1838 que los bienes mostrencos considerados como nacionales se vendan en la forma prevenida en el Real Decreto de 19 de febrero de 1836⁽¹⁷⁾ y disposiciones posteriores; debiendo por lo mismo conocer y decidir todas las cuestiones relativas a la enajenación de estas fincas»⁽¹⁸⁾.

Como puede observarse, se reservaba al ámbito administrativo, excluyéndolo del judicial, todo lo referente a ejecución de las resoluciones judiciales. Sin duda alguna, la Hacienda Pública buscaba en

(17) Esta disposición regulaba la venta de bienes que hubieran pertenecido a comunidades religiosas extinguidas y demás que hubieran sido adjudicadas a la Nación por cualquier título.

(18) Esta disposición tiene un claro antecedente en el Decreto CXXI de 17 de enero de 1812, sobre los negocios de represalias y confiscos, donde se distinguía entre el proceso de declaración —que correspondía a los tribunales ordinarios de justicia—, y la ejecución de las decisiones que adoptaran tales tribunales que correspondía a las oficinas y empleados de la Hacienda Pública. *Vid.* J. V. LORENZO JIMÉNEZ, «El desarrollo histórico de la prohibición de ejecuciones judiciales contra la Hacienda Pública», en *Revista de Derecho Procesal*, 2001, p. 410.

la vía administrativa un contrapeso frente a la intervención por parte de los jueces ordinarios, con la intención de compensar las facultades declarativas de los Jueces ordinarios con las ejecutivas de la Administración.

D) La generalización de la reclamación administrativa previa como requisito para poder acceder a la vía judicial

La administrativización de ciertas relaciones por considerar que así se defendían los intereses de la Hacienda Pública con mayor eficacia no siempre suponía la exclusión absoluta de la vía judicial. Precisamente otra de las vías elegidas fue la necesidad de formular reclamación en la vía administrativa si se quería acceder a la vía judicial (19).

La Real Orden de 9 de junio de 1847, dictada como consecuencia de expediente promovido por el administrador general de Bienes Nacionales, establecía que no se admitieran en los tribunales demandas en que se controvertieran intereses del Estado sin previa certificación de haber recaído resolución por la vía gubernativa. Como justificación se invocaba la analogía con el juicio de conciliación.

Sin embargo, la Real Orden no fue demasiado aplicada por los órganos judiciales, ni siquiera en los Juzgados de las Subdelegaciones de Rentas. Tampoco los fiscales se preocupaban mucho del cumplimiento de este requisito. Ello obligó a que la Dirección General de lo Contencioso dictase la Circular de 19 de marzo de 1850, dirigida precisamente a los propios Fiscales, mandando resistir en las Subdelegaciones de Rentas la admisión de demandas judiciales mientras no se hubiera cumplido lo dispuesto en la Real Orden de 9 de junio de 1847, «exigiendo sobre ello declaración terminante, y apelando en caso de ser contraria para ante la Audiencia, de modo que éste venga a ser el último punto sometido a la calificación de dicha Audiencia».

(19) Sobre este punto, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», *Revista de Administración Pública* (en adelante, *RAP*) núm. 77, 1975, pp. 99 y ss y 119 y ss.

En cualquier caso la inaplicación de la reclamación administrativa previa no sólo se debía a falta de diligencia, sino incluso a la propia resistencia activa de los órganos judiciales (20). A fin de solucionar este problema, se dictó, con la concurrencia de los Ministros de Hacienda y de Gracia y Justicia, oído el Consejo Real y el Tribunal Supremo de Justicia, y conforme con el parecer del Consejo de Ministros, el Real Decreto de 20 de septiembre de 1851, que ordenaba no se admitieran demandas judiciales contra la Hacienda sin que se certificara haber precedido reclamación en la vía gubernativa.

E) Capellanías

La Ley de 19 de agosto de 1841 otorgó la competencia de los asuntos sobre capellanías a la Jurisdicción ordinaria. Sin embargo, inmediatamente surgió un grave problema. La Ley de 2 de septiembre de 1841, sobre venta de fincas del clero secular, exceptuaba de dicha venta, entre otros, a los bienes pertenecientes a prebendas, capellanías, beneficios y demás fundaciones de patronatos de sangre activo o pasivo (art. 6). Este precepto pronto comenzó a interpretarse de una manera extensiva. Para hacer frente a esta interpretación se dictó la Real Orden de 17 de enero de 1847, que procedió a la administrativización de ciertas cuestiones. En efecto, según dicha Real

(20) Es muy significativo el contenido de la Real Orden de 24 de febrero de 1851 (*Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda*, en adelante, *BOMH*, t. III, 1851, p. 339). Una persona pidió ante la Subdelegación de Rentas de Sevilla la devolución de los bienes que formaban parte de un patronato y que se encontraban en la Administración de fincas del Estado. El abogado fiscal de Hacienda se negó a contestar la demanda mientras no se acreditara haber entablado la reclamación en la vía gubernativa, como ordenaba la Real Orden de 9 de junio de 1847. El Subdelegado ordenó contestar la demanda, por lo que el abogado fiscal apeló la providencia. La Audiencia confirmó la providencia del Subdelegado de Rentas, por lo que esta decisión fue suplicada, y ante su denegación, se entabló recurso de nulidad, que no fue admitido. Según el Fiscal de la Audiencia de Sevilla, los tribunales superiores y los Juzgados de Rentas se negaban al cumplimiento de la Real Orden de 9 de junio de 1847 por dos razones: porque no había emanando del Legislativo, por lo que no podía modificar las Leyes de sustanciación en los negocios judiciales; y porque la Orden no había sido comunicada por el Ministerio de Gracia y Justicia a las Audiencias, requisito considerado indispensable para su obligatoriedad. Por la Real Orden, de 24 de febrero de 1851 que comentamos, el Ministro de Hacienda, a instancias de la Dirección General de lo Contencioso, se dirigía al Ministro de Justicia para que requiriera a los tribunales de justicia el cumplimiento de la Real Orden de 9 de junio de 1847.

Orden «siempre que ocurra una reclamación de bienes procedentes de capellanías colativas de patronato activo o pasivo familiar, deberá instruirse inmediatamente un expediente gubernativo para declararlas o no comprendidas en las excepciones consignadas en el artículo 6 de la Ley de 2 de septiembre de 1841, ajustándose en su formación al curso y trámites previstos en la Real Orden de 9 de febrero de 1842», añadiendo que «las resoluciones definitivas que recaigan en estos expedientes no se ejecutoriarán hasta que no obtengan la aprobación de la superioridad» (art. 2) (21). Y según el artículo 4, las providencias de los Juzgados de Primera Instancia no tenían fuerza ejecutiva, ni para declarar la excepción de las fincas que reclamaran ni para decidir la inmediata entrega de sus productos.

Puede observarse en este punto una notoria diferencia con los asuntos de señoríos: mientras en éstos el «juicio instructivo» se desarrollaba ante los jueces ordinarios, en los asuntos de capellanías este examen de los títulos pasaba a la vía gubernativa.

F) Indemnizaciones de partícipes legos en diezmos

La Ley de 20 de marzo de 1846 estableció las bases según las cuales debía procederse a la indemnización de los partícipes legos de diezmos de lo que habían dejado de percibir por sus derechos desde la alteración y abolición del sistema decimal. Para ello, los títulos de los partícipes legos debían ser calificados previamente (art. 4). La calificación correspondía al Gobierno oyendo al Consejo Real.

La Real Orden de 6 de noviembre de 1847 contemplaba el siguiente supuesto. Una persona promovió ante un Juzgado de Primera Instancia, en virtud del artículo 7 de la Instrucción de 6 de noviembre de 1841, una pretensión de indemnización como partícipe lego de la tercera parte de los diezmos de los pueblos de Villamartín y otros. La sentencia dictada no fue, como debía, apelada por el pro-

(21) Como decía el Preámbulo de la Real Orden, no correspondía a los Tribunales de justicia, sino al Gobierno, de conformidad con los trámites establecidos en la Real Orden de 9 de febrero de 1842, el declarar si determinados bienes estaban comprendidos en las excepciones previstas en el artículo 6 de la Ley de 2 de septiembre de 1841.

motor fiscal ni por el administrador de Rentas, adquiriendo firmeza, «e infringiendo la Real Orden de 9 de abril de 1843 (regla 1.^a)». Sobre esta base, la Real Orden establecía que los partícipes legos de diezmos que para obtener su indemnización hubieran acudido a los tribunales, y en sus expedientes no se hubieran observado los trámites y ritualidades establecidas en la Real Orden de 9 de abril de 1843, debían presentar a la Junta de calificación los documentos originales en virtud de los cuales habían dictado sentencia los tribunales inferiores, para que dicha Junta pudiera verificar la oportuna comprobación en los términos prevenidos en las Leyes de la materia.

G) Aduanas

El artículo 10 del Real Decreto de 15 de mayo de 1848 restableció la observancia de la Instrucción de Aduanas de 3 de abril de 1843, derogando las alteraciones hechas en ésta por las Reales Ordenes de 22 de marzo de 1845 (22) y 3 de febrero de 1846. Como consecuencia, la Dirección General de Aduanas dictó la Circular de 28 de noviembre de 1848, en virtud de la cual todos los casos penados por la citada Instrucción y las incidencias que ocurrieran en las operaciones de aduanas, debían ser decididas *gubernativamente* por las Intendencias, consultando a la Dirección los expedientes instruídos. Los demás casos no comprendidos en las operaciones

(22) La Real Orden de 22 de marzo de 1845 se dictó como consecuencia de la aprehensión en el mar de un buque por otro del Resguardo marítimo. Por ausencia del Intendente de Santander y falta de Contador propietario, surgió un conflicto entre el administrador y el asesor de la Intendencia en cuanto a quién de ellos correspondía el cobro de la octava parte del comiso, porque el administrador sustituía al Intendente en lo gubernativo, mientras que el asesor lo hacía en lo judicial, conforme a la Real Orden de 7 de febrero de 1834. La Real Orden decidió que al administrador no le correspondía la participación en el comiso, «así como no corresponde a los Intendentes en el concepto de tales, en las declaraciones que hayan hecho gubernativamente». Al mismo tiempo disponía que los Intendentes no estaban autorizados para declarar los comisos en los expedientes gubernativos, y, por consiguiente, siempre que de ellos resultara que podía haber lugar a dicha declaración y a la imposición de otras penas con arreglo a la Ley, debían pasar los antecedentes a los Juzgados de las Subdelegaciones, no obstante lo que en contrario disponía la Instrucción de aduanas. Como en tantas ocasiones, se ve en esta disposición el trasfondo económico de los asuntos, y que la lucha por las competencias en muchas ocasiones no era más que la defensa de los ingresos en beneficio personal de los empleados públicos.

de aduanas y sus incidencias, sancionados por la Ley penal de 3 de mayo de 1830, eran de la privativa atribución de los Juzgados de Rentas y Audiencias Territoriales respectivas, a quienes correspondía el conocimiento y decisión de todas las incidencias procedentes de las mismas.

Según la Circular, siempre que por las operaciones de las aduanas y sus incidencias hubiera de procederse contra cualquiera o en averiguación de algún hecho, debía formarse *expediente gubernativo*, que no irrogaría costas a los interesados ni a la Hacienda Pública. Sólo se preveía la intervención de los Tribunales en los asuntos que concernieran a los empleados de las rentas y apareciese infidencia, soborno, cohecho, prevaricación u otro delito, sin que ello suspendiera el procedimiento gubernativo.

H) Contrabando

En junio de 1841 se habían creado Juntas para la distribución de los importes de los efectos aprehendidos por las fuerzas del Ejército destinadas a la persecución del contrabando. Pues bien, la Real Orden de 7 de julio de 1842 introducía igual novedad para los comisos efectuados por el Resguardo de carabineros o buques de la Armada. En estos casos la Junta gubernativa se compondría del Intendente, el contador, el administrador de provincia, el asesor de la Subdelegación y el comandante o segundo jefe del Cuerpo, siendo su fallo gubernativo suficiente para acordar la venta de los géneros y proceder a su distribución.

No obstante, hubo resistencias a esta administrativización del asunto. Un Subdelegado de Rentas puso de relieve ante el Ministerio los perjuicios causados a la Hacienda como consecuencia de que las aprehensiones sin reo se decidiesen por las citadas Juntas sin forma de juicio. A raíz de ello se dictó la Real Orden de 16 de diciembre de 1844, en virtud de la cual de las sumarias que se instruyeran por aprehensión de géneros ilícitos en que no hubiera reos, una vez falladas en Junta de jefes, se daría conocimiento al abogado fiscal de la Subdelegación respectiva en el término de una audiencia, a fin de que se examinara si procedía ejercitar las acciones que correspondie-

ran según las Leyes y órdenes vigentes; sin que entretanto pudiera procederse a la distribución del producto de los comisos.

Posteriormente el administrador de contribuciones directas de Murcia, en funciones de Intendente, elevó consulta acerca de si le correspondía a él o al asesor presidir la Junta de jefes creada por Real Orden de 7 de julio de 1842 para la venta de géneros ilícitos que se aprehendían sin reo y calificaban los Vistas de tales. En respuesta a tal consulta, la Real Orden de 3 de febrero de 1846 resolvía que las declaraciones de comisos correspondían, desde la de 22 de marzo de 1845 —que acabamos de comentar—, a los respectivos tribunales de rentas, habiendo caducado la Real Orden de 7 de julio de 1842. Se produjo, pues, la rejudicialización de unos asuntos que anteriormente se habían considerado de naturaleza administrativa.

En cualquier caso, se introdujeron matizaciones. La Real Orden de 18 de octubre de 1847 constataba una discordancia entre las Reales Ordenes de 25 de junio de 1839 y de 31 de mayo de 1847 acerca de si los procedimientos para la distribución de los comisos correspondían al Gobierno o a los Tribunales de las respectivas Subdelegaciones. Según la Real Orden, si bien a los tribunales correspondía conocer y fallar las causas de contrabando, las Oficinas administrativas debían verificar la liquidación y distribución de los productos de los comisos. La distinción se fundamentaba en que «de otro modo fuera imposible observar un sistema tan expedito y uniforme como reclama el servicio», y se apoyaba en la distinción entre las actuaciones de naturaleza declarativa y las de naturaleza ejecutiva.

Por otra parte, según Real Orden de 22 de noviembre de 1850, las aprehensiones de géneros de contrabando cuyo valor no excediera de 200 reales de vellón, debían sustanciarse por la vía gubernativa.

I) Derechos pasivos

El mismo proceso de administrativización cabe observar en el Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 sobre clases pasivas de todas las carreras. El Real Decreto creaba bajo la inspección del Mi-

nisterio de Hacienda una Junta de clases pasivas. El artículo 12 decía que del perjuicio que pudiera inferirse, ya a la Hacienda, ya a cualquier individuo, por las declaraciones de la Junta, quedaba a salvo el derecho de reclamación al Ministerio de Hacienda, es decir, se remitía a la vía administrativa. Contra esa resolución cabía reclamar al Consejo Real por la vía de lo contencioso (art. 14).

J) Otros

La Real Orden de 8 de octubre de 1849 llevaba a sus últimas consecuencias —en un aspecto de evidente interés económico para los actuantes— el hecho de optar por la vía judicial cuando debió seguirse la vía administrativa. El Subdelegado de Rentas de Zaragoza reclamaba la fianza prestada por una persona que había sido administrador de bienes nacionales, para realizar el cobro de 31.277 reales percibidos de más por sus honorarios, y el de las costas causadas en el expediente tramitado. La Real Orden establecía que no eran abonables las costas originadas en este asunto, en atención a que no debió la referida Subdelegación tomar conocimiento de él, sino procederse gubernativamente al cobro del débito, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Instrucción de 9 de mayo de 1835.

La reserva a la vía gubernativa en ocasiones incluso excluía el posterior acceso a la vía judicial. En este sentido, la Real Orden de 7 de abril de 1850 planteaba el siguiente caso. En la Intendencia de Sevilla se siguió expediente gubernativo para exigir a un asentista de hospitales la cuota por contribución industrial y el pago de una multa. El interesado reclamó, pasando el expediente a la Subdelegación de Rentas, donde se confirmó la disposición gubernativa, a la vista de lo cual el interesado apeló. La Real Orden se remitía a la de 22 de enero de 1846, ya citada varias veces, que permitía al interesado reclamar contra la disposición gubernativa con suspensión de la exacción de las multas, pero ello abría solo un juicio contencioso administrativo que terminaba en la Subdelegación, y en el que no se permitía intervención alguna a los Tribunales puramente contenciosos.

K) La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850

Es muy característico de esta época el dato de que los principios fundamentales se recojan en normas con fuerza de Ley, y esto es lo que va a pasar también con la potenciación de lo administrativo frente a lo judicial.

Especial mención hay que hacer a la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública. Ya en 1847 se presentó el proyecto de Ley por Santillán ante el Congreso de los Diputados(23). En 1850 se aprobaba por fin la Ley de administración de la Hacienda Pública y de la contabilidad general del Estado(24). El articulado se esforzaba en indicar qué era lo administrativo, por contraposición a lo contencioso, y confirmaba el reforzamiento de aquello frente a esto. Pero hay que observar que no se establecía a modo de innovación, sino como un catálogo de lo que tradicionalmente se venía observando. Así:

(23) El proyecto se publicó en el DSCD de 27 de febrero de 1847 (p. 647). En el último párrafo de la Exposición de Motivos se decía lo siguiente: «La Ley orgánica de la Hacienda Pública debe asegurar la acción gubernativa a la Administración activa, y asignar jurisdicción a la contenciosa, para que el servicio público no quede embarazado en su marcha ordinaria ni conculque derechos respetables. Es, pues, esta ocasión oportuna para determinar ambos puntos, y conviene aprovecharla para aplicar principios ya establecidos en la Administración de Hacienda y para asimilar ésta al sistema general vigente sobre lo contencioso administrativo». El articulado, por su parte, indicaba qué se consideraba administrativo y qué se consideraba lo contencioso.

(24) La Ley recogía, en su capítulo I, principios y prerrogativas muchas de las cuales no estaban contempladas en ninguna Ley, pero que no resultaban extraños a la práctica. El capítulo I de la Ley regulaba la parte administrativa de la Hacienda Pública, recogiendo los privilegios y limitaciones tradicionales de la Hacienda Pública, tales como el carácter puramente administrativo de la recaudación de créditos (art. 8), de la venta y administración de los bienes nacionales y de las fincas del Estado y los incidentes de las subastas y arrendamientos (art. 10), de los procedimientos para el reintegro de la Hacienda Pública (art. 11); el derecho de preferencia del Estado en las fianzas (art. 12); la prelación de créditos; los intereses de demora (art. 15); plazos de prescripción (arts. 17 y 18). Se recogían contraprivilegios o restricciones a la Hacienda Pública, tales como la necesidad de autorización de Ley para exenciones y rebajas (art. 4), para enajenar e hipotecar (art. 5) y para someterse al arbitraje (art. 5), y para arrendar las rentas públicas (art. 6). El cap. II recogía una serie de principios presupuestarios, como los de competencia (art. 20), especialidad (art. 21) y anualidad (art. 22). El cap. III regulaba las cuentas generales y el cap. IV las cuentas provinciales y municipales.

— Reconocía el carácter puramente administrativo de los procedimientos para la cobranza de créditos, y recogía el principio *solve et repete* («no pudiendo hacerse estos asuntos contenciosos mientras no se realice el pago o la consignación de lo liquidado en las cajas del Tesoro público») (art. 8).

— Asimismo correspondía a la Administración el cumplimiento de los fallos de los tribunales en lo que afectara a las rentas y caudales del Estado (art. 9) (25).

— Correspondía al orden administrativo la venta y administración de los bienes nacionales y de las fincas del Estado. Las contiendas sobre incidencias de subastas o de arrendamientos de bienes nacionales que surgieran entre el Estado y los particulares que con él contrataran se ventilarían ante los Consejos Provinciales y el Real si no hubieran podido terminarse gubernativamente por mutuo asentimiento (art. 10).

— Se tramitarían gubernativamente los procedimientos para el reintegro de la Hacienda Pública en los casos de alcances, malversación de fondos o desfalcos, cualquiera que fuera su naturaleza, cuando se dirigieran contra los empleados alcanzados o sus bienes, y contra los fiadores o personas responsables, ya por razón de obligaciones contraídas en las fianzas, ya por su intervención oficial en las diligencias y aprobación de éstas, o ya por razón de actos administrativos que hubiesen ejercido como funcionarios públicos (art. 11).

3. *La aparición y expansión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*

A) La creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 1845

En esta época aparece, y con gran fuerza, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo ámbito se logra, en buena medida, a costa de la reducción de las competencias de la Jurisdicción de Hacienda (26).

(25) Sobre ello, J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 421 y ss.

(26) Sobre la aparición de la Jurisdicción Contencioso Administrativa *vid.* J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998; así como la bibliografía que cita.

Hay que resaltar que la Jurisdicción contencioso administrativa no puede considerarse un mero sucedáneo de la Jurisdicción de Hacienda, sino algo radicalmente distinto. Por tanto, no puede entenderse que ésta constituya un mero antecedente de aquélla. Prueba de ello es que la Jurisdicción contencioso administrativa era competente en muchos asuntos que no correspondían a la de Hacienda (todos los no referidos estrictamente a la Hacienda Pública); y, por el contrario, buena parte de los asuntos de los que conocía la Jurisdicción de Hacienda (muy particularmente las penales) nunca correspondieron a la contencioso administrativa. Precisamente la idea era que la creación de una Jurisdicción contencioso administrativa general viniera a sustituir a los múltiples tribunales especiales, a fin de conseguir una mayor simplificación y unidad, facilitando así la uniformidad de los criterios jurisprudenciales.

El recorte de competencias de la Jurisdicción de Hacienda en beneficio de la contencioso administrativa no se hizo en un primer momento de manera expresa, sino implícitamente.

Así, los artículos 8 y 9 de la Ley de 2 de abril de 1845, de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales, establecieron las competencias de éstos cuando los asuntos pasaran a ser contenciosos. El artículo 9, en concreto, decía que entenderían «en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la administración civil, para los cuales no establezcan las Leyes Juzgados especiales, y en todo aquello a que en lo sucesivo se extienda la jurisdicción de estas corporaciones» (27).

Importantes eran, también, las previsiones de la Ley de 6 de abril de 1845, sobre organización y atribuciones del Consejo Real. Según su artículo 11, este órgano debía ser consultado en una serie de asun-

(27) Por el contrario, el artículo 8.2.º de la Ley implícitamente excluía de su conocimiento los asuntos relativos a contribuciones generales, a pesar de que en principio las cuestiones sobre agravios en el repartimiento y exacción individual de los impuestos directos indudablemente debían corresponder a lo contencioso administrativo cuando pasaran a ser contenciosas. Según el Real Decreto de 20 de septiembre de 1852 ello se debía a que «estando recién planteado el nuevo sistema tributario, no se quiso debilitar la acción fiscal disminuyendo la jurisdicción de los Subdelegados de Rentas».

tos, entre ellos, sobre «la validez de las presas marítimas» (núm. 4.º), los asuntos contenciosos de la administración (núm. 5.º), y todos los demás asuntos que las Leyes especiales, Reales Decretos o reglamentos sometieran a su examen (núm. 7.º).

B) Contratos y bienes nacionales

En desarrollo de la Ley anteriormente citada, se dictó el Reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la Administración tramitados en el Consejo Real, aprobado provisionalmente por Real Decreto de 30 de diciembre de 1846. Según el artículo 1, correspondía al Consejo Real conocer en primera y única instancia «de las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno o por las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración civil» (punto 1.º)(28).

Posteriormente, la Orden de 25 de enero de 1849 declaró contencioso administrativo y de la competencia de los Consejos provinciales y del Real, en su caso, lo relativo a la validez o nulidad de las ventas de bienes nacionales. Y en similar sentido se pronunció el artículo 10 de la Ley de Contabilidad de 1850.

Por su parte, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, estableciendo reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios públicos, consolidaba el criterio en el artículo 12, al remitir las controversias en la materia a la vía contencioso administrativa.

(28) Según JIMÉNEZ DE CISNEROS, en este punto tenían cabida las cuestiones sobre enajenación de bienes nacionales («Desamortización y Jurisdicción de Hacienda», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1984, p. 473). Sin embargo, la cuestión no está tan clara. Para P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN fue una Real Orden de 14 de junio de 1848 la que otorgó la competencia a la Jurisdicción contencioso administrativa sobre las cuestiones relativas a las enajenaciones, arrendamientos y actos posesorios de los bienes nacionales (*Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, 3.ª ed., t. I, Madrid, 1864, p. 24). Sobre esta Real Orden, *vid.* también L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, t. XI (voz *competencia*), p. 102, que añade que esa Real Orden fue circulada por el Ministerio de Gobernación en 23 de enero de 1849 en la parte referida a la enajenación de bienes nacionales. Esta Real Orden la comentaremos después.

C) Indemnizaciones de partícipes legos en diezmos

Ya nos hemos referido anteriormente a la Ley de 20 de marzo de 1846, que estableció las bases según las cuales debía procederse a la indemnización de los partícipes legos de diezmos de lo que habían dejado de percibir por sus derechos desde la alteración y abolición del sistema decimal. Los títulos de los partícipes legos debían ser calificados previamente por la Administración (art. 4), pero si los interesados no se conformaban, o si la calificación se dilataba más de un año, podía intentarse la vía judicial ante los Consejos de provincia con apelación al Consejo Real (29).

La competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa no se limitó a los asuntos no incoados, sino que se amplió a los asuntos que se encontraban pendientes ante los tribunales ordinarios. En efecto, la Real Orden de 14 de diciembre de 1847 razonaba que, tras la aprobación de la Ley de 20 de marzo de 1846, había concluido la jurisdicción de los tribunales ordinarios para continuar conociendo de los juicios pendientes en ellos por los partícipes legos en diezmos, por lo que debían pasar a los tribunales contencioso administrativos en el estado en que se encontraran, a menos que los interesados prefirieran optar a la calificación gubernativa en el caso de no haberse hecho ésta previamente.

D) Otros asuntos

Por Real Decreto de 23 de septiembre de 1846 se disponía que los Consejos Provinciales conocieran de los negocios civiles sobre

(29) Según la *Enciclopedia española de Derecho y Administración* (voz *competencia*, t. XI, p. 136), realmente el asunto debía corresponder a los tribunales ordinarios, al tratarse de cuestiones de propiedad, pero se exceptionaba para evitar aumentos no debidamente justificados a la deuda pública, puesta por la Constitución bajo la garantía de la Nación, y porque en estos asuntos los intereses públicos debían prevalecer sobre los particulares. Por otra parte, el artículo 5 de la Ley contemplaba la posibilidad de que la Hacienda promoviera demandas de reversión e incorporación a la Corona, pero no indicaba a qué Jurisdicción correspondía conocer de las mismas.

correos, caminos, canales y puertos. Cesaban, pues, las competencias que sobre la materia ostentaba la Jurisdicción de Hacienda.

E) La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850

El arrinconamiento de la Jurisdicción de Hacienda se refleja incluso en las Leyes promovidas por el propio Ministerio de Hacienda. Especial importancia tiene la ya citada Ley de administración de la Hacienda Pública y de la contabilidad general del Estado de 1850 (30). La Jurisdicción de Hacienda era la gran ausente de esta Ley, ya que en ningún momento se la mencionaba expresamente. Por el contrario, la gran protagonista era la Jurisdicción contencioso administrativa, a la que se mencionaba expresamente cuando determinados asuntos se hacían contenciosos. Así, el artículo 10 establecía que las contiendas sobre incidencias de subastas o de arrendamientos de bienes nacionales que ocurrieran entre el Estado y los particulares que con él contratasen se ventilarían ante los Consejos Provinciales y el Consejo Real en su caso respectivo. El artículo 17 contemplaba la posibilidad de la vía contencioso administrativa para reclamar al Estado a título de daños y perjuicios o a título de equidad. Pero más que por estas menciones expresas, la competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa derivaba del hecho de que la Ley consideraba como administrativos determinados asuntos o procedimientos. La consecuencia de tal calificación era evidente: cuando un asunto se convertía en contencioso, la Jurisdicción competente era la contencioso administrativa.

(30) En el proyecto de Ley presentado en 1847 se otorgaban ciertos asuntos contenciosos a la Jurisdicción contencioso administrativa. Así, el artículo 15 establecía: «Las contiendas entre el Estado y los particulares a que diesen lugar la negociación de fondos y operaciones de banca del Tesoro público, o los contratos de provisión de víveres, de adquisición de efectos, de transportes, de obras públicas, o de ejecución de otro cualquier servicio, corresponderán exclusivamente a la Jurisdicción contencioso administrativa.... En consecuencia de esta disposición, la Administración pública por razón de tales contiendas no podrá ser demandada ante los tribunales ordinarios, ante los de comercio, *ni ante otro alguno especial*». También el artículo 17 se refería a la Jurisdicción contencioso administrativa. Ninguna mención se hacía a la Jurisdicción de Hacienda, mientras que los tribunales civiles eran mencionados en el artículo 18.

F) La opinión general acerca de la mayor idoneidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa frente a la de Hacienda

Una vez creada la Jurisdicción contencioso administrativa, es claro que una parte de las competencias que hasta entonces venían atribuidas a la Jurisdicción de Hacienda debían pasar a aquélla. En estas circunstancias, la doctrina fue muy crítica con la permanencia de la Jurisdicción de Hacienda. Así, C. Bordiu sostenía que la jurisdicción contenciosa de los Intendentes debía pasar a los Consejos Provinciales y a los tribunales ordinarios, «como se verificará seguramente el día en que elevadas ideas del Gobierno reemplacen las envejecidas preocupaciones o los intereses personales que oponen hoy un dique a las reformas administrativas» (31).

El propio legislador era de esa misma opinión. Según indicaba la Exposición del proyecto de Ley presentado por el Gobierno al Senado para que se declarasen Leyes del Estado los proyectos de organización y atribuciones de los Ayuntamientos, Diputaciones y Consejos provinciales y Gobiernos de la provincia (32), «los Consejos provinciales van adquiriendo más importancia y reciben un aumento considerable de atribuciones con la supresión de las Subdelegaciones de Hacienda y la incorporación de los asuntos contenciosos de este ramo». Según el artículo 15 del proyecto para la organización y atribuciones de los Consejos Provinciales, «entenderán por último los Consejos Provinciales en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la Administración, incluso el de Hacienda, y en todo aquello a que en lo sucesivo se extienda la jurisdicción de estas corporaciones».

(31) Vid. A. NIETO, *Del Consejo Real como elemento del gobierno constitucional*, que transcribe un folleto escrito por C. BORDIU en 1846 (*RAP*, 84, 1977, p. 545). Indudablemente, al hablar de los «intereses personales», el autor se estaba refiriendo principalmente a las percepciones económicas de todo tipo devengadas por los Subdelegados y demás intervinientes en los Juzgados de Hacienda.

(32) Apéndice 1.º al núm. 27 del *Diario de Sesiones del Senado* (en adelante, *DSS*), sesión de 7 de noviembre de 1851. El proyecto no llegó a convertirse en Ley.

4. *El pase a un segundo plano de la Jurisdicción especial de Hacienda y la asignación de competencias a la Jurisdicción ordinaria*

A) La regulación de los conflictos de jurisdicción

Es también muy significativo que la Jurisdicción de Hacienda permaneciera en cierta penumbra en determinadas normas. Así ocurría en el Real Decreto de 6 de junio de 1844, que regulaba las contiendas de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades administrativas y los jueces y tribunales *comunes*. En esta norma se regulaban las relaciones entre los Jefes políticos y los Jueces de Primera Instancia o tribunales superiores que invadían las atribuciones de la Administración conociendo de algún asunto contencioso administrativo. Se refería sólo a órganos de la Real Jurisdicción (art. 5), o sea, a la Jurisdicción ordinaria, y por eso sólo contemplaba la intervención de los Ministros de Gobernación y de Gracia y Justicia.

Por el contrario, el Real Decreto de 4 de junio de 1847 sí contemplaba la posibilidad de competencias de jurisdicción y atribuciones con tribunales especiales.

La Real Orden de 18 de noviembre de 1849 ordenaba cumplir el artículo 15 del Real Decreto de 4 de junio de 1847, y establecía que todas las autoridades dependientes del Ministerio de Hacienda remitieran directamente al de la Gobernación los autos íntegros y originales de las competencias que ocurrieran.

B) La opción por la Jurisdicción ordinaria en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850

La Ley de contabilidad de 1850 no mencionaba expresamente a la Jurisdicción de Hacienda. En diversas ocasiones aludía a la vía judicial, aunque de manera genérica. Así, el artículo 8 contemplaba la posibilidad de que se hicieran contenciosos los asuntos sobre cobranza de créditos, sin especificar qué Jurisdicción era la compe-

tente. El artículo 9 contemplaba restricciones a la competencia de los tribunales en lo referente a la ejecución de sentencias (33). El artículo 10 establecía que las cuestiones sobre dominio y propiedad de bienes nacionales, cuando llegaran al estado de contenciosas, pasarían a los tribunales de justicia a quienes correspondiera. El artículo 11.2 aludía a la presentación de demandas en los procedimientos para el reintegro de la Hacienda Pública por parte de terceras personas que ninguna responsabilidad tuvieran para con la Hacienda Pública, que se tramitarían «ante los tribunales competentes».

C) Los asuntos sobre propiedad industrial

El artículo 24 Real Decreto de 27 de marzo de 1826 había otorgado la competencia a los Intendentes en materia de propiedad industrial. Y de hecho éstos venían conociendo de tales asuntos en base a ese precepto. Pues bien, la Real Orden de 16 de julio de 1849 declaró que las cuestiones sobre privilegios de industria se conocerían y resolverían por los Jueces de Primera Instancia y no por los Intendentes de Rentas. La Real Orden razonaba que se trataba de cuestiones que por su naturaleza eran de propiedad entre particulares y, por tanto, civiles. De ello concluía que resultaban aplicables los artículos 36 y 37 del Reglamento provisional de la administración de justicia, que suprimieron los Juzgados privativos, excepto los de Minas y Hacienda en las materias de su especial competencia. Como la misma Real Orden reconocía —que asimismo insistía en su carácter meramente declarativo, no innovativo—, el Tribunal Supremo había resuelto numerosas competencias en la materia a favor de los Jueces de Primera Instancia.

(33) Cuando el artículo 9 alude a los Tribunales, no está pensando en los órganos contencioso administrativos (Consejo Real y Consejos Provinciales), ya que éstos son órganos de la Administración, y además la ejecución de sus decisiones responde a un lógica distinta: ciertamente, en estos casos el artículo 17 de la Ley de 2 de abril de 1845, de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales, decía que la ejecución de sus sentencias correspondía a los agentes de la Administración, pero sobre la base de las relaciones de jerarquía.

D) Otros

Según las Leyes tradicionales la Hacienda tenía fuero atractivo en los juicios universales. Esto no estaba derogado expresamente por ninguna norma, pero no estaba en observancia cuando tales juicios eran incoados por acreedores particulares (34).

5. *La reasignación de funciones del Tribunal de Cuentas*

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 25 de agosto de 1851 privó a éste de las competencias penales, poniendo el acento en las funciones de tipo contable. Según el artículo 20 de la Ley, el conocimiento de los delitos cometidos por los empleados en el manejo de los fondos públicos correspondía a «los tribunales competentes».

La Ley también privó al Tribunal de Cuentas del conocimiento de algunos asuntos civiles, tales como las tercerías de dominio o de prelación de créditos, así como las cuestiones que pudieran suscitarse en los expedientes de alcances o de cuentas en que hubiera de hacerse la declaración de un derecho civil (art. 21). Tales asuntos correspondían a los Tribunales de justicia, que indudablemente eran los ordinarios, a la vista de lo dispuesto en la Ley de Contabilidad de 1850 (35).

(34) Así lo reconocía años después la Exposición de la Asesoría general del Ministerio de Hacienda de 24 de diciembre de 1860.

(35) Permanecían en el Tribunal de Cuentas ciertas competencias jurisdiccionales: a) recursos contra resoluciones de las Salas en materia de cuentas, alcances y fianzas, b) recursos de apelación contra fallos de Consejos Provinciales en materia de alcances (art. 16.6.º); recursos de queja en casos de inadmisión de recursos de apelación cuyo conocimiento correspondiera al propio Tribunal (R. MENDIZÁBAL ALLENDE, *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea*, Ministerio de Hacienda/IEF, Madrid, 2000, p. 138).

6. *Límites de la Jurisdicción de Hacienda: los conflictos con otras Jurisdicciones*

A) Conflictos con el Cuerpo de Carabineros y el Resguardo marítimo

La Jurisdicción de Hacienda mantuvo frecuentes conflictos con el Cuerpo de Carabineros y con el Resguardo marítimo.

La Real Orden de 24 de enero de 1845 resolvía la competencia suscitada entre el Intendente Subdelegado de Rentas de Sevilla y un capitán de carabineros. Se nombró al capitán para formar sumaria por hechos ocurridos en el Guadalquivir. Los hechos podían ser constitutivos de un delito de fraude y también de otros que con arreglo al artículo 104 del reglamento orgánico del Cuerpo de Carabineros debían ser juzgados en Consejo de guerra. La Real Orden mandaba seguir tanto la causa en la Subdelegación como la sumaria instruida por el Fiscal nombrado al efecto. Por tanto, se reconocía el derecho del Subdelegado de Rentas a llamar a su jurisdicción a los reos de fraude y contrabando, y a tomarles declaración, sin que por ello dejara de conocerse de los delitos militares o mixtos que debieran ser penados con arreglo a ordenanza.

La Real Orden de 2 de diciembre de 1846, con motivo de la transferencia del Resguardo marítimo al Ministerio de Marina (36), contenía disposiciones para que dicho Resguardo cumpliera sus funciones sin menoscabo de la acción administrativa de la Hacienda Pública ni de su Jurisdicción especial. Según su artículo 8, los Juzgados de Hacienda continuarían de la misma manera en el libre ejercicio de su jurisdicción especial.

La Real Orden de 15 de enero de 1847 declaraba que los administradores de Rentas eran los únicos que debían promover el curso de las causas de contrabando, y no los individuos del Cuerpo de Ca-

(36) Se ponía bajo la responsabilidad del Ministerio de Marina el servicio de los guardacostas, tanto en la parte facultativa como económica.

rabineros, Cuerpo destinado exclusivamente a auxiliar a la Administración, persiguiendo el contrabando. El expediente había sido instruido al haber propuesto la Inspección general de Carabineros que se diera conocimiento a los comandantes del Resguardo del curso de las causas de contrabando y defraudación cuyas aprehensiones hubiera verificado él mismo, facultándoles para hacer las reclamaciones que convinieran a la defensa de sus derechos. Como se observa, la Inspección de Carabineros insistía en su intención de intervenir en los asuntos judiciales de contrabando, en este caso con una posición análoga a la de los administradores de Rentas.

El Real Decreto de 15 de mayo de 1848 establecía que el Cuerpo de Carabineros del Reino dependería del Ministerio de la Guerra en su organización y disciplina, y del de Hacienda en lo relativo al Resguardo de las rentas públicas.

B) Conflictos con los tribunales de la Jurisdicción ordinaria

La Real Orden de 14 de junio de 1848 (de Hacienda comunicada a Justicia) contemplaba el siguiente supuesto. Varios compradores de bienes nacionales pidieron al Subdelegado de Rentas de Pontevedra que les amparase en la posesión de aguas y otros derechos que disfrutaban las comunidades de religiosos a las que habían pertenecido. Previamente la Audiencia había decidido la competencia a favor de los Juzgados de Primera Instancia de Vigo, Tuy y Pontevedra. La Subdelegación de Rentas de Pontevedra, entendiéndolo que se trataba de una materia de compra de bienes nacionales, promovió expediente, solicitando al Gobierno declarase los casos en que debía conocer de las demandas promovidas contra los compradores de bienes nacionales. Con el parecer del Consejo Real en Pleno la Real Orden estableció lo siguiente:

— En primer lugar, se prevenía al Intendente de Pontevedra para que se abstuviera en lo sucesivo de atajar el curso de sus competencias con la Jurisdicción ordinaria, y de remitir los expedientes de esta clase a consulta del Gobierno. Era una clara llamada de atención al Subdelegado de Rentas ante la irregularidad procesal en la que había incurrido.

— Se pedía al Ministerio de Justicia que hiciera entender al Fiscal de la Audiencia de La Coruña y a los promotores fiscales de los Juzgados de Primera Instancia la gran falta en que habían incurrido dejando instruir y fallar en rebeldía suya algunos de los indicados expedientes, y no haciendo valer en otros las razones en que fundaba la Subdelegación su competencia (37).

— Se pedía también al Ministerio de Justicia se declarase la regla 4.^a de la Real Orden de 25 de noviembre de 1839 en el sentido de que en el caso de que se trataba no debía entenderse incluida la competencia de los Juzgados de la Hacienda Pública, sino que por el contrario había de considerarse procedente en todos aquellos recursos y demandas en que se verificasen las condiciones requeridas en la ley 7 título 10 libro 6 de la Novísima Recopilación y las demás disposiciones vigentes sobre la materia.

— Se declarase contencioso administrativo y de la competencia de los Consejos Provinciales, y del Real en su caso, todo lo relativo a la validez y nulidad de las ventas de bienes nacionales, a la interpretación de sus cláusulas, a la designación de las cosas enajenadas y declaración de la persona a quien se vendió, y a la ejecución del contrato.

— Se hiciera desaparecer la contradicción que hay entre «la organización actual de los Intendencias y los sistemas vigentes de Hacienda y Administración».

Esta Real Orden se comunicó a la Dirección General de Fincas del Estado, y ésta la circuló el 4 de julio, diciendo que, hasta que el Ministerio de Justicia actuara, se utilizarían todos los recursos que para la defensa de los intereses del Estado se designaban en la Real Orden de 10 de noviembre de 1846 (38).

(37) Se trata de un dato que revela una grave negligencia de los correspondientes Fiscales, o quizás, el enfrentamiento de dichos empleados (adscritos al Ministerio de Justicia) con las autoridades provinciales del Ministerio de Hacienda.

(38) Más tarde nos referiremos a esta Real Orden, al hablar acerca del Ministerio Fiscal.

III. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA

1. *El Superintendente General de la Hacienda*

Cabe observar cómo va desapareciendo la tradicional alusión a la figura del Superintendente General —indicativa del ejercicio de funciones relacionadas con las jurisdiccionales— en las disposiciones de Hacienda. En 1845 todavía se encuentran varias disposiciones que aluden a este cargo, para prácticamente desaparecer a partir de entonces, de tal manera que se hablaba siempre del Ministro y nunca del Superintendente (39).

Por el contrario, se siguió utilizando la expresión «Superintendencia» para referirse a la estructura que permanecía. Así, el artículo 10 del Real Decreto de 11 de julio de 1847, sobre organización del Ministerio de Hacienda, aún hablaba del «Negociado de superintendencia e indultos, casa de monedas y bancos». Y la asesoría de la Superintendencia permaneció hasta que finalmente fue suprimida por el Real Decreto de creación de la Dirección General de lo Contencioso de 28 de diciembre de 1849.

2. *La creación de la Dirección General de lo Contencioso*

La llegada de Bravo Murillo al Ministerio de Hacienda (19 de agosto de 1849), y posteriormente su permanencia al frente del Consejo de Ministros, supuso la aparición de importantes novedades en el tema que estamos tratando (40).

El Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 creaba la Dirección General de lo Contencioso bajo la dependencia del Ministro de Hacienda (41). Con ello se pretendía poner fin al «estado de anarquía en

(39) Según la *Enciclopedia Jurídica Española SEIX* (t. XXIX, p. 268), el cargo se suprimió en 1848 al reorganizarse la Administración de la Hacienda Pública.

(40) *Vid.*, sobre el periodo, R. SANTILLÁN, *op. cit.*, pp. 331 y ss.

(41) Sobre este punto, resulta fundamental el libro de *vid.* S. MARTÍN RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1986, en especial, pp. 30 y ss. M. COLMEI-

que se encontraba la parte contenciosa de la Hacienda», ya que no se acababa de aprobar la Ley de contrabando y Jurisdicción de Hacienda, pero «lo que más urgía, no obstante, era organizar la defensa de la Hacienda ante los tribunales, y así, con este objeto, se creó por Real Decreto de 28 de diciembre, la Dirección General de lo Contencioso de Hacienda, encargándole a D. Ventura González Romero» (42).

El Preámbulo ponía de relieve los fines que se perseguían. Por un lado, se pretendía obtener una mayor unidad de criterio en las cuestiones jurídicas, a cuyo fin se suprimían las diferentes asesorías existentes en el Ministerio. Y por otro lado, se ponía el acento en las funciones de la defensa de los intereses de la Hacienda Pública.

A partir de su creación la Dirección General inmediatamente comenzó a desarrollar una ingente actividad, impartiendo instrucciones y solicitando informes y estadísticas (43).

Por de pronto, se ponía a cargo de dicha Dirección General el personal de las Subdelegaciones de Rentas, así como todo lo tocante a la administración de justicia dependiente del Ministerio de Hacienda. Como consecuencia, se dictaron diversas resoluciones, como la Circular de 11 de febrero de 1850 de la Dirección General Contencioso, en virtud de la cual a dicha Dirección General debían pasarse los datos que pedía para proceder a la formación de hojas de servicio, alta y baja de empleados del ramo, dando a entender que de ella dependían los empleados de las Subdelegaciones de Rentas.

Por sendas Reales Órdenes de 24 de enero de 1850 se requería a los Fiscales del Consejo Real, del Tribunal Supremo de Justicia

RO (*Derecho Administrativo español*, t. II, 1850, ed. 1995, p. 301) fue muy crítico con su creación, por entender que introducía más complicación en la estructura ya complicada del Ministerio. Dudaba además de su necesidad, comparando al efecto la situación del Ministerio de Obras Públicas. Y criticaba que se le atribuyeran funciones que debían corresponder al Consejo Real, otras que eran puramente activas y otras que correspondían al Ministerio Fiscal.

(42) SANTILLÁN, *op. cit.*, p. 335.

(43) Es muy significativa la lectura del Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda en este periodo. *Vid.* el Reglamento de 15-02-1850 de la Dirección General de lo Contencioso. *Vid.* también S. MARTÍN RETORTILLO, *La defensa*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

y de la Junta directiva de la Deuda para que pusieran en conocimiento de la Dirección General de lo Contencioso todos los negocios en que se hallara interesada la Hacienda Pública, proponiendo lo que creyeran conveniente al mejor servicio e interés del Estado.

El intervencionismo de la nueva Dirección General se extendió también a las propias Subdelegaciones de Rentas. Es muy significativa la Circular de 2 de febrero de 1850 de la Dirección General, dando instrucciones a los Gobernadores de provincia en sus relaciones con dicha Dirección: por lo que se refería a las Subdelegaciones se les indicaba que «a la ilustración de V. no se oculta la necesidad de dar el curso más rápido posible a los negocios judiciales, tanto civiles y criminales, cuyo conocimiento toca hoy a las Subdelegaciones; y por lo tanto, es de esperar que en cuanto de su autoridad depende, cuidará V. de que no sufran dilaciones ni entorpecimientos indebidos».

3. *Los Juzgados de Rentas*

A) Los Juzgados las Subdelegaciones de Rentas

Ante todo hay que resaltar el anacronismo del nombre de las Subdelegaciones de Rentas, porque en esta época ya no ejercían competencias delegadas del Superintendente General. Además, la denominación de Subdelegaciones resultaba confusa, pues en 1845 se habían creado las Subdelegaciones de partido administrativo, con competencias exclusivamente administrativas. Los Juzgados de las Subdelegaciones de Rentas ejercían las funciones jurisdiccionales en primera instancia, con posibilidad de apelar, en su caso, ante las Audiencias.

B) Las críticas a la figura del asesor y la supresión de los coasesores

En los Juzgados de las Subdelegaciones de Rentas existían un asesor y un coasesor. La doctrina se mostró muy crítica con or-

ganizaciones basadas en la distinción entre un órgano decisorio y un asesor. En este sentido, decía Posada Herrera que la figura del asesor era contraria a las buenas doctrinas administrativas: «Los asesores son una especie de creación absurda, en que se figura un hombre revestido de las funciones de autoridad, que no tiene la suficiente capacidad para resolver los negocios que se ponen a su cuidado. De manera que el funcionario administrativo y el asesor forman un cuerpo, pero un cuerpo tal que la cabeza con que dirige está en una parte y los pies y manos con que obra, en otra. Esto basta para conocer que la existencia de los asesores no es conforme a los buenos principios de administración, y casi ni a los del buen sentido común» (44).

No obstante, se dictaron normas sobre atribuciones específicas acerca de los asesores. Así, la Real Orden de 17 de diciembre de 1844 decía que los Intendentes Subdelegados de Rentas evacuarían con acuerdo del asesor los informes que se les pidieran sobre solicitud de indulto a reos de contrabando y fraude.

Lo que sí se produjo fue la supresión de la figura de los coasesores, designados por las Diputaciones Provinciales, y cuya funcionalidad había sido criticada por la doctrina. La Real Orden de 6 de diciembre de 1844 dejaba sin efecto la de 17 de diciembre de 1835 sobre nombramiento de coasesores en los tribunales de Hacienda, que debían cesar desde luego en el desempeño de sus respectivos cargos. Era además una importante modificación que guardaba una clara relación con las ideas imperantes sobre la centralización administrativa y la pérdida de poderes de las Diputaciones provinciales (45).

(44) *Lecciones de Administración, op. cit.*, p. 131. Anteriormente, en igual sentido, MARQUÉS DE VALGONERA, en *Revista de Madrid*, 1839, incluido en GALLOSTRA, *Colección bibliográfica, op. cit.*, p. 130.

(45) La doctrina hablaba de «unos funcionarios de origen esencialmente popular», que «podía mirarse como una anomalía de nuestro sistema judicial», añadiendo que «siempre nos han parecido los tribunales más propensos a cubrir su responsabilidad con la aplicación de la Ley penal, que a lanzarse a fallos de pura equidad bajo la fe de analogías con otros de la comisión de visita» (J. ESCRICHE, *Suplemento al Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, por J. M. BIEC y J. VICENTE CARAVANTES, t. III, 1851, p. 55).

C) La competencia territorial y las consecuencias de la supresión de las Subdelegaciones de partido

La supresión de las Subdelegaciones de Rentas de partido implicó que la competencia del Intendente Subdelegado de Rentas se extendiera a todo el territorio de la provincia. La Real Orden de 30 de mayo de 1844 resolvía el caso de una competencia suscitada por el Juez de Primera Instancia de Briviesca al Intendente Subdelegado de Rentas de Burgos acerca de quién debía conocer de una causa de contrabando de sal aprehendida en el distrito de aquel Juzgado por los dependientes del arrendatario de esta renta. Los Intendentes —decía la Real Orden— eran a la vez Subdelegados de Rentas en todo el territorio de sus respectivas provincias, desde que por la Ley de Presupuestos de 1 de septiembre de 1841 se habían suprimido los de partido. Por tanto, el conocimiento y fallo en primera instancia de las causas e incidencias sobre aprehensiones de sal, que se hicieran mientras durara el arriendo de la renta, correspondía a los Intendentes Subdelegados en todo el término de su demarcación, como se ejecutaba cuando la Hacienda la administraba; y, por consiguiente, la liquidación y distribución de los comisos debía hacerse en virtud de providencia de los mismos Subdelegados por las contadurías de provincia, teniéndose presente a la empresa para darla lo que en su día debía corresponder a la Hacienda, con arreglo a las disposiciones vigentes en la materia. Como en tantas otras ocasiones se ve el trasfondo económico de la retribución por comisos como importante motivo para plantear competencias.

La competencia territorial de las Subdelegaciones abarcaba la provincia, pero a veces existían ciertas excepciones. Así, el Real Decreto de 22 de marzo de 1850 establecía que todas las reclamaciones en materia de fincas del Estado en las provincias Vascongadas se sustanciases en la Subdelegación de Rentas de Álava(46).

(46) Ello era consecuencia de la centralización en la Oficina de Vitoria de la administración, recaudación e intervención de todos los bienes y derechos del Estado que radicarán en las provincias de Vizcaya y Guipúzcoa. Vid. CAJAL, *Administración periférica del Estado y autogobierno foral. Guipúzcoa, 1839-1877*, IVAP, p. 79.

D) La reorganización administrativa de 1845

El Real Decreto de 23 de mayo de 1845, con motivo de la reforma tributaria, reorganizó la Administración Central y provincial de la Hacienda Pública. La reorganización no contemplaba las competencias judiciales de los Intendentes. Pero según su artículo 7 los empleados de los Juzgados serían nombrados por el Ministro en calidad de Superintendente General. Y en el artículo 48 de la Instrucción de desarrollo, al regular la sustitución de los Intendentes en las funciones de Subdelegados, establecía que correspondía en todos los casos a los asesores de las Subdelegaciones.

Sin embargo, poco después, por Real Orden de 14 de marzo de 1846 se modificaba este precepto, en el sentido de que la sustitución de los Intendentes en las funciones de Subdelegados correspondía a los administradores de contribuciones directas, los de indirectas y los de estancadas, por este orden. Con una excepción: en aquellos asuntos en que antes hubieran tomado parte como representantes de la Hacienda Pública, en los cuales únicamente recaerían dichas funciones en los asesores de las Subdelegaciones.

Por lo que se refiere a las escribanías, la Real Orden de 26 de agosto de 1845 estableció que las escribanías de arbitrios de amortización se incorporaran a las generales de Rentas, con objeto de reunir y concentrar todos los asuntos contenciosos de la Hacienda Pública. No se olvidaba el Ministerio de su aspecto económico, añadiendo que habría de tenerse en cuenta los mayores rendimientos que con tal motivo debían producir tales escribanías unidas, para los efectos de la subasta de las mismas, cuando se hallasen incorporadas a la Corona, o para exigir de sus usufructuarios un canon proporcional al referido aumento cuando se hallasen enajenadas.

Por otra parte, se dictaron diversas disposiciones para asegurar las relaciones jerárquicas con el Ministerio. Así, la Real Orden de 22 de agosto de 1846 fijó el modelo según el cual debían los Subdelegados de Rentas enviar al Ministerio un estado mensual de las causas de contrabando y de defraudación en los respectivos Juzgados.

E) La supresión de las Intendencias

Innovación trascendental fue la del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849, por el que se suprimieron los Jefes Políticos e Intendentes, creándose en su lugar la figura del Gobernador de provincia. Con ello se daba cumplimiento a una extendida opinión doctrinal y política, que veía carente de sentido la existencia de dos autoridades civiles superiores en cada provincia (47). Pero ello a su vez creaba serios problemas dogmáticos en el punto que tratamos, puesto que el cargo de Gobernador tenía una naturaleza exclusivamente administrativa, a pesar de lo cual tenía que ejercer, en cuanto asumía las competencias del Intendente, funciones judiciales, incluso de naturaleza penal.

Santillán en sus *Memorias* se hace eco de estos problemas: La supresión de las Intendencias de provincia, concentrando en una sola

(47) Vid. E. ORDUÑA REBOLLO, *Intendentes e Intendencias*, Tres Américas, Madrid, 1997, pp. 420 y ss. La doctrina de la época tenía una opinión unánime sobre este punto. J. DE BURGOS afirmaba que «en tesis general, o en principios absolutos de Administración», procedía la unificación, aunque reconocía que, en la época en que escribía (1840-1841), ello no era factible dadas las circunstancias del momento, ya que no ocurría lo que en Francia, en que «el sistema de Hacienda es de tal manera sencillo, que la vigilancia que en esta parte encomienda la Ley a la autoridad administrativa, no exige conocimientos especiales, esmero ni casi atención para desempeñarla» (*Ideas de Administración*, 1840-1841, INAP, 1987, p. 87). Vid., también, A. OLIVAN, *De la Administración Pública con relación a España*, reedición 1954, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 275; J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, op. cit., pp. 171-172; M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo español*, op. cit., t. II, p. 301. El mantenimiento de los Intendentes se consideraba una manifestación de «nuestra viciosa organización administrativa», ya que, al coexistir con el jefe político y siendo ambos independientes entre sí, impide conseguir la unidad de acción, «que tan indispensable es en toda Administración bien organizada» (*Reglas para dirimir las competencias de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y las administrativas*, en *El Derecho Moderno*, t. II, 1847, p. 40). No obstante, la reforma provocó unas amplias discusiones en el Congreso de los Diputados, al haberse aprobado por Real Decreto y sin intervención de las Cortes (vid. DSCD de 2 y 3 de enero de 1850, así como en el BOMH, 1850, t. I, paginación independiente tras la p. 272). Sin embargo, en la discusión parlamentaria no se entró en la cuestión de las competencias judiciales del Intendente, quizás por entender que pronto se suprimirían, ya que en aquellos momentos se estaba tramitando en el Senado el proyecto de Ley sobre la Jurisdicción de Hacienda; o quizás por entender que el poder ejecutivo abarcaba tanto el orden administrativo como el judicial, por lo que en la crítica de lo general iría incluida la de lo particular.

autoridad superior provincial todos los negocios civiles, estaba preparada por la organización administrativa de 1845; pero para llevarla a efecto era necesario separar antes de los Intendentes las atribuciones judiciales que tenían. Pero ocurría que la Ley de contrabando y Jurisdicción de Hacienda no acababa de aprobarse. Bravo Murillo no quiso esperar a esta segregación, que en el proyecto de Ley (de la Jurisdicción de Hacienda) se consignaba, y por Real Decreto 28 de diciembre de 1849 los Intendentes fueron suprimidos (48).

En desarrollo del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 se dictó otro Real Decreto de igual fecha, cuyo artículo 8 establecía que «mientras que la Ley penal vigente de contrabando y defraudación no se varíe, el cargo de Subdelegado de Hacienda que tenían los Intendentes se ejercerá por los Gobernadores; y la sustitución por este concepto, en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, corresponderá como hasta aquí a los administradores, excepto en los asuntos en que éstos hubieran tomado parte como representantes de la Hacienda Pública, respecto de los cuales recaerá la sustitución en los asesores de las Subdelegaciones».

F) Las previsiones del Real Decreto de 1 de julio de 1850

El Real Decreto de 1 de julio de 1850 señalaba las atribuciones de los abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas, y las de los asesores de las mismas. Más tarde examinaremos con detalle las previsiones de este Real Decreto con respecto a los fiscales. Ahora nos detendremos en las demás previsiones.

En esta época parecía inminente la supresión de la Jurisdicción de Hacienda tal como estaba configurada hasta entonces. El Real Decreto era sintomático de lo que se esperaba fuera a pasar como consecuencia de ello.

En efecto, el artículo 15 establecía que los asesores de los Subdelegados de Rentas se limitarían en lo sucesivo al despacho de los

(48) *Memorias, op. cit.*, p. 335.

negocios judiciales. Con ello se les privaba de todas sus funciones de tipo consultivo, de manera que en lo sucesivo los Gobernadores oírían en los asuntos gubernativo-económicos a los abogados fiscales o a los Consejos Provinciales, siempre que lo estimaran conveniente, o cuando por las instrucciones vigentes debieran ser oídos los asesores. Ello suponía una degradación de la posición del asesor en la organización de las Subdelegaciones de Rentas, indudablemente pensando en la inmediata supresión de ese cargo como consecuencia de la supresión de la Jurisdicción especial.

Según el artículo 16, hasta que tuviera efecto el anunciado arreglo definitivo de la Jurisdicción de Hacienda, no se sacarían a subasta las escribanías de los Juzgados de las Subdelegaciones de Rentas que vacaran.

G) Normas sobre incompatibilidades y derechos económicos de los empleados de los Juzgados de Rentas

Por lo que se refiere a la posición jurídica de los empleados de las Subdelegaciones se dictaron diversas disposiciones.

La Real Orden de 15 de marzo de 1846 declaraba incompatibles los cargos de asesor y abogado fiscal de los Juzgados de Hacienda con el de Consejero provincial.

La Real Orden de 25 de febrero de 1847 (Gobernación) declaraba incapacitados para el desempeño de cargos municipales a los asesores de las Subdelegaciones de Rentas, ya que eran empleados públicos a efectos del artículo 22.2 de la Ley de Ayuntamientos de 8 de enero de 1845.

Por Real Orden de 2 de agosto de 1847 se mandaba cumplir las reglas 1.^a, 2.^a, 3.^a y 10.^a del Real Decreto de 13 de junio de 1833, reiterando así la vigencia de un régimen de incompatibilidades en el goce de haberes del Estado con la percepción de otras retribuciones. No obstante, pronto hubo que dar algunos pasos marcha atrás. La Real Orden de 22 de noviembre de 1848 establecía que no era incompatible el goce de la dotación de empleados de los Juzgados de

Rentas con el de cualquier otro sueldo del Estado. Esta disposición consideraba subsistentes las Reales Ordenes de 22 de noviembre de 1833 y 31 de marzo de 1838, por las que se decretó no ser incompatible el goce de la dotación señalada a los destinos de los Juzgados de Rentas con el de cualquier otro sueldo del Estado, ya que tales destinos se consideraban meras comisiones que no daban derecho a sueldo por jubilación ni cesantía.

Especialmente reiterativas eran las disposiciones relativas al derecho de los Subdelegados de Rentas en los comisos. Así, la Real Orden de 12 de abril de 1844, invocando el artículo 41 de la Instrucción de 1805 y la Real Orden de 8 de febrero de 1843, decía que los Subdelegados que entendieran en diligencias procesales después de pronunciada sentencia definitiva, no tenían derecho a parte alguna en la octava parte de los comisos.

El personal de la Subdelegación cobraba derechos y aranceles, al igual que ocurría con el personal de la administración de justicia de la Jurisdicción ordinaria. A lo largo del tiempo se fueron dictando diversas disposiciones que aprobaban los aranceles (29 de noviembre de 1837, Ley de 2 de mayo de 1845, Real Decreto de 22 de mayo de 1846). Este último, en cuanto a los aranceles de los negocios de las Subdelegaciones de Hacienda (núm. 218), se remitía a lo prescrito respecto de los Juzgados de Primera Instancia en cuyo territorio estuvieran establecidos (49). Esta situación permaneció hasta que en los Presupuestos de 1852 se suprimieron para los jueces y promotores fiscales los derechos que les estaban señalados, acordándose una subida de los sueldos para su compensación (50). A partir de entonces sólo los subalternos cobrarían derechos de arancel.

Por su parte, el artículo 9 del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849, de desarrollo de la nueva Administración provincial, suprimía a partir de 31 de diciembre de ese año el derecho que

(49) ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Biblioteca judicial, parte legislativa*, Madrid, 1848, I, p. 246. El texto, en pp. 250 y ss.

(50) *Vid.* Real Orden de 27 de diciembre de 1851 sobre la cuestión, en ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Apéndice a Biblioteca judicial, parte legislativa*, Madrid, I, 1854, p. 137.

tenían los Intendentes a la octava parte de los comisos, debiendo ingresarse esas cantidades en las arcas del Tesoro con la parte de la Hacienda (51).

H) Conflictos entre Subdelegados de Rentas

En ocasiones se plantearon conflictos entre Subdelegados de Rentas, por considerarse ambos competentes, bien por razón del tiempo, bien por razón del territorio. Normalmente tenían un trasfondo monetario, debido a la forma de retribución de tales cargos.

El primer supuesto, el de Subdelegados que conocían de un asunto uno tras otro, está contemplado en la Real Orden de 14 de agosto de 1845. En causas de defraudación de frutos civiles, cuando intervinieran en ellas dos distintos Subdelegados, las multas o condenaciones se dividirían conforme a las reglas que establecía. Era la tercera parte la que se dividía: una mitad para el que hubiera firmado la actuación o auto para proceder a depurar la certeza de la defraudación ya denunciada; y la otra mitad para el que firmaba la sentencia o fallo definitivo de la condenación, al igual que el contrabando de géneros y tabacos (52).

La Real Orden de 12 de enero de 1846 decía que para percibir la octava parte de los comisos era indispensable que el Subdelegado de Rentas, una vez calificado el género, proveyera al auto consiguiente mandando que en virtud de esta diligencia se sustanciase la causa como fraude.

(51) Según la Real Orden de 24 de mayo de 1850, había que atender al momento en que se realizó la aprehensión: si ésta se había realizado hasta 31 de diciembre de 1849, quienes desempeñaban la Intendencia conservaban el derecho a la octava parte del comiso. Como se ve, hasta el último momento fue conflictiva la cuestión de la participación en los comisos.

(52) La Real Orden invocaba las de 8 de febrero de 1843, 12 de abril de 1844 y 19 de enero de 1845. Las dos primeras han sido ya mencionadas. Esta última, referida a las aprehensiones de tabaco, distinguía entre el Subdelegado que actuó las primeras diligencias hasta la calificación del género y el que dictó la sentencia definitiva.

En otras ocasiones el conflicto se planteaba entre Subdelegaciones distintas. La Real Orden de 10 de julio de 1846 dictaba reglas para evitar que se llevasen las presas hechas por buques del Resguardo marítimo a puertos de distinta jurisdicción que aquella en que fueron verificadas. La Real Orden establecía que la competencia que dio origen al asunto debía resolverse por la Audiencia Territorial, no obstante lo cual incluía una serie de reglas. Tras ordenar cumplir la Real Orden de 14 de agosto de 1844, establecía que correspondía el conocimiento de las causas criminales que hubieran de sustanciarse como consecuencia de las aprehensiones practicadas por el Resguardo marítimo, a los Intendentes o Subdelegados de las provincias respectivas donde los buques guarda costas se hallaran destinados. Asimismo declaraba aplicables los principios de la Real Orden de 21 de noviembre de 1839, dictada con respecto al Resguardo terrestre.

La Real Orden añadía que estas disposiciones eran provisionales hasta que se dictase la nueva Ley penal, cuyo proyecto se había de presentar a la deliberación de las Cortes, «no siendo voluntad de SM al aprobarlas dirimir las competencias que motivaron la instrucción del citado expediente, por cuanto de ellas deben conocer las Audiencias del territorio respectivo en el caso de suscitarse ante éstas los mencionados Intendente y Subdelegado (Granada y Algeciras)».

Por su parte, la Real Orden de 13 de agosto de 1846 establecía que la distribución de las multas por defraudaciones de derechos del Impuesto de consumos se verificaría según el artículo 4 de la ya varias veces citada Real Orden de 22 de enero de 1846.

4. *En particular, la potenciación del Ministerio Fiscal y de los órganos defensores de la Hacienda Pública*

A) La nueva organización del Ministerio Fiscal en 1844 y sus consecuencias

Uno de los mayores problemas que se plantearon en todo tiempo fue el del escaso ardor de los defensores de la Administración. Era

nula la confianza que despertaban tanto en la doctrina como en los legisladores (53).

Por otra parte, la etapa que estamos tratando, de predominio del partido Moderado, se caracteriza por los intentos de centralización de la estructura del poder. Ello afectó también, como instrumento del poder, a la organización del Ministerio Fiscal, siendo una de las primeras medidas adoptadas las recogidas en el Real Decreto de 26 de enero de 1844. Como se decía en su Exposición de Motivos, hasta entonces los miembros del Ministerio Fiscal venían actuando a su libre albedrío. Cuando existían dos Fiscales en un mismo Tribunal, se constataba la falta de unidad, impulso y dirección, porque actuaban con independencia entre sí. Y, por lo que se refería a los promotores fiscales y fiscales de Rentas, también estaban autorizados para seguir libremente su opinión.

Pues bien, el citado Real Decreto introdujo diversas modificaciones en la organización del Ministerio Fiscal, una de cuyas funciones era la «defensa judicial de los intereses del Estado». Así, tras distinguir entre los Fiscales del Tribunal Supremo y Audiencia, promotores fiscales y fiscales de Hacienda, introducía diversas normas dirigidas a la unificación de criterios y a la jerarquización y sometimiento a instrucciones de los superiores sobre los inferiores.

En las Audiencias donde hubiera dos fiscales, el despacho de los asuntos de Hacienda se distribuiría por provincias entre ellos (art. 2). Los fiscales de Hacienda debían comunicar inmediatamente a los Fiscales (de las Audiencias) la perpetración de delitos (art. 4). Se establecía un deber especial de información a éstos por parte de los Jueces y Subdelegados (art. 5). Por su parte, el artículo 9 establecía que «en los pleitos sobre señoríos, mostrencos y cualesquiera otros en que se interese el Estado o el Real Patrimonio, los promotores fiscales y fiscales de Hacienda, en su caso, no podrán proponer demanda ni contestarla sin consultar primero el dictamen de mi Fiscal

(53) La doctrina no dudaba en emplear palabras que incluso resultaban hirientes: así, decía GIL Y ZÁRATE que el Gobierno «tiene que valerse de agentes casi siempre flojos, cuando no corrompidos, que toman su defensa con indiferencia y debilidad» (*Revista de Madrid*, 1838, en GALLOSTRA, *Colección bibliográfica, cit.*, p. 155).

en la Audiencia respectiva, arreglándose puntualmente a sus instrucciones».

Es muy significativo este cambio: se establecía una clara relación jerárquica, poniendo instrumentos para asegurar la efectividad de la primacía del Fiscal de la Audiencia sobre los fiscales inferiores, incluidos los de Hacienda. Hay que tener en cuenta que hasta entonces los fiscales, en sus distintos niveles, gozaban de la más amplia autonomía e independencia de criterio, tanto con respecto a los Fiscales de superior rango como con respecto a las autoridades gestoras de los intereses que debían defender (54). Sin duda de ello derivaban diversos conflictos que habían surgido a lo largo del tiempo acerca de quién era el representante de la Hacienda Pública, si los fiscales o los administradores de Hacienda.

Y además se observa que el acento comenzaba a ponerse no en la Jurisdicción a la que quedaba sometida la Hacienda Pública (que podía ser la ordinaria, la contencioso administrativa o la especial de Hacienda), sino en las personas encargadas de su defensa, con respecto a las cuales se buscaba una unidad de actuación y de criterios que no existían en los órganos judiciales ante los que se ventilaban los asuntos afectantes a la Hacienda.

Profundizando en este sentido de dar «unidad y robustez» al Ministerio Fiscal, se dictaba el Real Decreto de 26 de junio de 1844, reduciendo a uno solo el número de los Fiscales en el Tribunal Supremo y en cada Audiencia, con el fin de lograr una unidad de acción (55). En contrapartida, preveía incrementar el número necesario

(54) *Vid.* las observaciones acerca de este punto que hace SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre el origen y evolución*, *op. cit.*, p. 114. Un claro antecedente fue la Circular de 14 de diciembre de 1839, que exigía a los funcionarios del Ministerio Fiscal que interpusieran siempre el recurso de apelación contra las resoluciones desfavorables en la primera instancia en materia de Desamortización, para que el Fiscal de la Audiencia decidiera si debía o no mantenerse.

(55) *Vid.* un comentario en el *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 4.^a serie, t. II, 1844, pp. 118 y ss. Según el artículo 2 del Real Decreto, debía procurarse «que los magistrados que hoy ejercen las fiscalías que hayan de suprimirse pasen a servir plaza de ministro de una Audiencia, si no hubiere algún grave inconveniente que lo impida». Ante preceptos como éste cabe dudar acerca de la real independencia de los jueces ordinarios.

de agentes fiscales, de modo que pudiera atenderse sin embarazo al servicio público (art. 3). En desarrollo de este artículo, la Real Orden de 1 de mayo de 1844 contemplaba la creación de plazas de auxiliares del Ministerio Público en el Tribunal Supremo y Audiencias, con el nombre de abogados fiscales.

Esta nueva situación, por otra parte, no estaba libre de problemas. En efecto, hasta entonces los fiscales defensores de la Hacienda actuaban con autonomía total sin coordinación alguna, sin unidad de criterio y sin vinculación tampoco a las autoridades del Ministerio de Hacienda (56). A partir de entonces se les hacía depender de los Fiscales de las Audiencias, que tenía un encaje orgánico en el Ministerio de Justicia, pero seguía manteniéndose la independencia con respecto al Ministerio de Hacienda, lo que indudablemente podía dar lugar a problemas de falta de coordinación con este Ministerio, e incluso a conflictos con éste.

De ahí que se dictasen normas para coordinar la labor de los Fiscales con la Hacienda y asegurar su dependencia, siendo fundamental la Real Orden de 10 de noviembre de 1846 (57). La Real Orden —con el informe de la minoría del Tribunal Supremo— negaba la independencia de opinión de los fiscales, debiendo regir el principio de subordinación al Gobierno, «al igual que ocurría entre los promotores y los Fiscales en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto de 26 de enero de 1844». En consecuencia, disponía que el Ministerio Fiscal utilizara cuantos medios pudiera legalmente introducir en justa defensa de los derechos de la Hacienda Pública, estando obligado a interponer todos los recursos que legalmente procedieran, sin que pudiera desistir «salvo autorización de SM», y sin perjuicio de que, si no consideraba oportuna la continuación de un litigio, lo expusiera razonadamente, a pesar de lo cual estaba obligado a interponer los recursos procedentes (58).

(56) S. MARTÍN RETORTILLO, *La defensa*, *op. cit.*, p. 40.

(57) La Real Orden estaba firmada por M. Ortiz de Zúñiga como Subsecretario de Justicia, e iba dirigida al Fiscal del Tribunal Supremo.

(58) *Vid.* la crítica a esta Real Orden en HERNÁNDEZ DE LA RUA, *De la organización*, *op. cit.*, p. 59; así como el comentario de SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre el origen*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

Asimismo, la Real Orden de 4 de septiembre de 1849 (dictada por el Ministerio de Justicia) afrontaba el problema de la demora producida al seguir los cauces reglamentarios, causante de perjuicios cuando los plazos eran perentorios. En consecuencia, resolvía que en los pleitos en que se ventilasen intereses del Estado, los fiscales podían reclamar directamente de las oficinas de Hacienda y de los archivos del Estado los documentos que se expresaban, sin necesidad de suplicatorio a ningún Ministerio ni Tribunal. Y con carácter general, derogaba toda disposición que se opusiera a la libre acción del Ministerio Fiscal en el sostenimiento y defensa de los intereses del Estado.

Y la Circular de 2 de febrero de 1850 de la Dirección General de lo Contencioso, dando instrucciones a los Gobernadores de provincia, insistía en que, para que la defensa de los intereses de la Hacienda en los negocios sometidos a los tribunales ordinarios o administrativos fuera eficaz, y no ilusoria, era indispensable que «se faciliten al Ministerio Fiscal sin la menor dilación cuantos datos, noticias y documentos existan en sus oficinas, porque son los elementos del juicio, o que se unan a los expedientes contencioso administrativos de que V., y en su caso el Consejo Provincial, debe conocer, como jueces de este mismo orden contencioso administrativo», por lo que debía velarse «para que las oficinas no dejen de utilizar dichos datos, noticias y documentos». Y si en algún caso no se creía conveniente la entrega de documentos reclamados por el Ministerio Fiscal, «es de esperar manifieste V. desde luego a esta Dirección las razones en que para ello se funde, sin perjuicio de dar prontamente la debida contestación al que la hubiere pedido, a fin de que la Dirección pueda promover la Real resolución que proceda».

B) Las dudas acerca de la posición del Fiscal en los asuntos judiciales de Hacienda

Por otra parte, en esta época aún no estaba clara la cuestión de a quién correspondía la representación de la Hacienda en los asuntos judiciales. La Real Orden de 7 de octubre de 1846 establecía que el ejercicio de la representación fiscal en asuntos contenciosos de Hacienda correspondía a los administradores de rentas, siendo únicamente llamados los abogados fiscales a auxiliarles con los cono-

cimientos peculiares de su profesión, y en tal concepto, a dirigir y sostener en su línea las acciones que competían al Fisco(59).

La Real Orden de 28 de mayo de 1846, que aprobaba la Instrucción para indemnizar a los partícipes legos de los diezmos, decía que en los juicios a los que se refería la Ley de 20 de marzo de 1846 (los contencioso administrativos), «el Gobierno adoptará las medidas convenientes para que la Hacienda Pública sea representada en estos juicios» (art. 4). Posteriormente, la Real Orden de 31 de mayo de 1848 dictaba reglas para la intervención de los representantes del Fisco en las informaciones judiciales sobre posesión inmemorial de títulos que promovieran los partícipes legos de diezmos. Aludía a la necesidad de «dictar algunas medidas que garanticen los intereses del Estado», así como a los representantes del Fisco nombrados por los Intendentes con arreglo al artículo 2 de la Instrucción de 28 de mayo de 1846(60).

En igual sentido, la Real Orden de 29 de julio de 1847 establecía que en los expedientes sobre adjudicación de capellanías de sangre a los parientes de los fundadores debía oírse a los promotores fiscales como representantes del Estado(61).

C) La intervención de los fiscales de las Subdelegaciones de Rentas en otras Jurisdicciones

Los fiscales de las Subdelegaciones de Rentas no sólo se limitaron a intervenir en la Jurisdicción de Hacienda, sino que también se

(59) La Real Orden mencionaba el artículo 51 de la Instrucción de desarrollo del Decreto de organización del Ministerio de 1845. En concreto, su punto 14 establecía, como obligación de los administradores de provincia, «representar a la Hacienda Pública ante los tribunales en los negocios contenciosos de su administración, siguiendo activamente todas las demandas y trámites que al interés de aquella correspondan». Por otra parte, tampoco estaba clara la posición del Ministerio Fiscal con respecto a los tribunales, tal como exponía HERNÁNDEZ DE LA RUA en 1853 (*op. cit.*, pp. 49 y ss.).

(60) Este precepto, referido a la prueba de la posesión inmemorial, decía que el Intendente debía nombrar «persona que en representación de la Hacienda intervenga en ella en el Juzgado en que se practique».

(61) *Vid. Enciclopedia Jurídica SEIX*, t. IV-V, p. 713.

estableció su intervención en otras Jurisdicciones. Indudablemente contaba a su favor la especialización en estas materias, así como — sin duda alguna — la posibilidad de una mejor comunicación — en buena parte jerarquizada — de las autoridades de Hacienda con ellos que con otros miembros del Ministerio Fiscal.

En concreto, la Real Orden de 20 de mayo de 1849 contenía reglas que debían observarse cuando la Hacienda Pública interviniese en los juicios contenciosos entablados ante los Consejos Provinciales y el Consejo Real sobre calificación de los derechos de los partícipes legos de los diezmos. Pues bien, el artículo 1 establecía que los Fiscales de las Subdelegaciones de Rentas de las respectivas provincias eran los encargados de sostener los intereses y derechos de la Hacienda Pública en las demandas que se entablasen ante los Consejos Provinciales por los partícipes legos de diezmos con arreglo al artículo 4 de la Ley de 20 de marzo de 1846. Dichos funcionarios debían desempeñar su cometido bajo la dirección de este Ministerio, y de conformidad con las instrucciones que recibieran del mismo en cuanto a los medios de defensa a adoptar (art. 2).

Al efecto, todas las veces que se entablase cualquiera demanda sobre indemnización de diezmos, debía darse conocimiento de ella a los mencionados fiscales, que cuidarían de reclamar del Ministerio de Hacienda las instrucciones oportunas, así como cualesquiera datos y documentos que considerasen indispensables o útiles para sostener mejor la parte del Fisco, dando siempre cuenta de los fundamentos en que aquélla se apoyaba (art. 3).

El Ministerio de Hacienda debía remitir tales instrucciones, datos y documentos en el término conveniente, y con vista de los expedientes gubernativos que en su caso hubieran promovido el recurso por la vía judicial, y de la jurisprudencia adoptada en la resolución de los de igual clase (art. 4).

En ningún caso los Fiscales podían separarse de las instrucciones que recibieran del Ministerio de Hacienda en cuanto a los negocios contenciosos de diezmos, debiendo solo elevar consulta cuando con pleno conocimiento del caso encontrase algún inconveniente en la adopción del sistema prescrito (art. 5).

Todas las veces que recayeran sentencias definitivas sobre un negocio de la mencionada clase, los Fiscales estaban obligados a interponer el recurso de apelación que correspondiera para ante el Consejo Real según la Ley y el artículo que iban referidos (art. 6).

Si los asuntos contenciosos de diezmos llegaban en apelación al Consejo Real, era el Fiscal del mismo quien debía ejercer la acción de la Hacienda Pública, bajo las reglas establecidas por el reglamento del mismo (art. 7).

De esta disposición interesa destacar un dato: el Ministerio de Hacienda se reservaba la relación directa y jerarquizada con los Fiscales de las Subdelegaciones, sin la intermediación de otros Fiscales superiores. Quizás por este motivo es por lo que la Real Orden no los designaba con la denominación tradicional de «abogados fiscales», sino con la de Fiscales, que en sentido estricto designaba sólo a los de superior categoría.

D) Las consecuencias de la creación de la Dirección General de lo Contencioso en 1849

Como hemos dicho antes, el Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 creaba la Dirección General de lo Contencioso de la Hacienda. Ello tuvo una singular trascendencia en lo referente al Ministerio Fiscal. En concreto, se ponía un acento especial en los promotores, es decir, no en quién iba a juzgar, sino en quién iba a actuar como defensor y parte en nombre de la Hacienda Pública, como si de esta forma se pudiera lograr una mayor eficacia que de aquélla. El objetivo de la Dirección General era unificar las actuaciones del Ministerio Fiscal en la defensa de los intereses de la Hacienda Pública, y en tal sentido, se creaba una indudable relación de jerarquía de la Dirección General sobre los Fiscales, independientemente de que éstos también dependieran de otras instancias.

Así, la Real Orden de 24 de enero de 1850 establecía que los Fiscales de las Audiencias debían remitir a la Dirección General de lo Contencioso notas circunstanciadas y precisas de cuantos negocios

civiles y criminales pendieran en los tribunales ordinarios en que la Hacienda tuviera representación o interés directo (62).

Se indicaba a los Fiscales que cuidaran que los negocios de Hacienda se despachasen con la preferencia que su misma naturaleza reclamaba, y que se terminasen con la debida celeridad y prontitud, sobre todo las causas criminales que por su grave trascendencia e importancia llamasen la atención pública. Muy especialmente se llamaba la atención en relación con las causas de contrabando y defraudación, no solo porque estos delitos «son una verdadera plaga de la sociedad y por los gravísimos perjuicios que causan al Tesoro público y al comercio de buena fe, sino también por la especie de caos y de anarquía en que desgraciadamente se encuentra la legislación práctica de tan importante materia, males que el Gobierno se ha apresurado a cortar con la presentación del proyecto de Ley pendiente en las Cortes». Hasta su aprobación y sanción real «no será ciertamente una Ley que obligue a los tribunales; pero sin embargo, en el estado actual de las cosas y cuando proceda pena extraordinaria, no será inoportuno que la parte penal de aquel proyecto que se refiere a los delitos esencialmente de contrabando y defraudación, sirva, desde luego, como doctrina fundada en los más sanos principios, de norte y guía al Ministerio Fiscal para pedir la imposición de la pena. Si VS encuentra —continuaba— que esto es practicable sin inconveniente, se facilitará no poco la acción de la justicia, y por este medio se principiará a uniformar la práctica de los tribunales en esta parte». Y añadía que el Fiscal podía pedir directamente datos, noticias, etc.

También le recordaba que, para evitar dilaciones, el Fiscal podía reclamar datos, noticias y documentos directamente de la Administración periférica, a través de los Gobernadores; y a la Administración Central, a través de la propia Dirección General de lo Contencioso.

«También —continuaba la Real Orden— vigilará VS. y dará en su caso las correspondientes instrucciones a los empleados que bajo

(62) Se refería, por tanto, a informaciones relativas a las propias Audiencias y a los Juzgados de Primera Instancia de su territorio, sin incluir, pues, a las Subdelegaciones de Rentas, a las cuales se solicitaban directamente los datos relativos a las mismas.

su dirección ejerzan el Ministerio Fiscal, informándome sin dilación de cuanto ocurra en cada negocio digno de la consideración del Gobierno, y proponiendo a éste por mi conducto todo lo que estime conducente a la mejor y más expedita defensa de los intereses de la Hacienda y a la administración de justicia en este ramo, sin menoscabo de nadie y sin perjuicio de la alta vigilancia que compete al Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, con el cual deberá VS. entenderse en todo lo que proceda».

En igual sentido, la Circular de 2 de febrero de 1850 de la Dirección General de lo Contencioso daba instrucciones a los fiscales de las Subdelegaciones de Rentas, con palabras que incluso resultaban amenazantes:

«Encargados éstos de la defensa de los intereses de la Hacienda y de ejecutar a nombre del Estado las acciones judiciales de toda clase que ante las mismas Subdelegaciones deben establecerse por aquella, depende en gran parte del celo, de la inteligencia, de la capacidad y laboriosidad de los mismos Fiscales el éxito y resultado de tan importantes negocios. (...)

Tan luego como V. interponga su oficio intentando una acción cualquiera, sea civil o criminal, deberá V. dar conocimiento a esta Dirección en términos concisos, pero claros y precisos, de manera que pueda formarse juicio de su índole e importancia. Sin perjuicio de esto, deberá V. dirigirse también al Fiscal de la Audiencia Territorial, su superior inmediato jerárquico, y recibir sus instrucciones.

La celeridad en los juicios es de la mayor importancia, y por lo mismo esta Dirección recomienda a V. muy particularmente este punto, encargándole procure en cuanto de su ministerio dependa que se omitan diligencias y trámites impertinentes, y que se proceda con toda la prontitud posible, dando cuenta a esta Dirección sin demora de los obstáculos y dificultades que a ello se opongan, y siempre que sus justas reclamaciones sean desatendidas, porque de lo contrario no pondrá V. a salvo su responsabilidad, sin perjuicio de reclamar también en su caso la intervención judicial que proceda, dirigiéndose al Fiscal de la Audiencia Territorial en lo que por derecho corresponda.

Tampoco salvará V. su responsabilidad si no reclama oportunamente de las oficinas los datos, noticias y documentos que deben obrar en los autos, ni tampoco si ocurriendo alguna cosa digna de consideración del Gobierno de SM, no se apresurase VS. a ponerla en noticia de esta Dirección, y también en su caso del Fiscal de la Audiencia de ese territorio».

Por otra parte, a los Fiscales superiores se les concedía una intervención especial en la carrera de los empleados de las Subdelegaciones de Rentas. Así, la Real Orden 2-02-1850 decía que los Fiscales de las Audiencias debían manifestar a la Dirección General de lo Contencioso el concepto que les merecían los asesores, fiscales y escribanos de las Subdelegaciones para proceder a la formación de sus hojas de servicios.

E) Normas posteriores sobre actuaciones del Ministerio Fiscal

Según la Real Orden de 12 de febrero de 1850, en los pleitos en que se tratara de adjudicar como libres bienes que pertenecieron a capellanías y patronatos, debía darse audiencia a los fiscales y promotores para evitar que se privara al Fisco de bienes que pudieran corresponderle. Aquellos debían observar las prevenciones que se les hacían, dando cuenta en su caso a la Dirección General de lo Contencioso.

El Real Decreto de 15 de mayo de 1850, siguiendo las pautas de la antes citada Real Orden de 20 de mayo de 1849, regulaba el modo de instruir los expedientes sobre indemnización de los partícipes legos de diezmos, y sobre su terminación dentro del plazo más corto posible. Interesa destacar el artículo 1, según el cual los abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas representarían a la Hacienda en todos los actos y casos referentes a dichos negocios en que ésta debiera intervenir o ser citada, ya fueran puramente gubernativos los expedientes, ya pendieran en los Consejos Provinciales o Juzgados ordinarios. Según el artículo 4, la Dirección General de lo Contencioso comunicaría a los abogados fiscales las instrucciones convenientes. Y el artículo 5 establecía que el Fiscal del Consejo Real representaría ante el mismo a la Hacienda Pública cuando los negocios pasasen a ser contenciosos.

F) Las atribuciones de los abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas según el Real Decreto de 1 de julio 1850

El Real Decreto de 1 de julio de 1850 señalaba las atribuciones de los abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas, y las de los asesores de las mismas.

Según el artículo 1, los abogados fiscales de las Subdelegaciones de Rentas eran *los únicos representantes de la Hacienda Pública* en los negocios judiciales de toda clase que en las mismas Subdelegaciones se instruyeran. De esta forma, se ponía fin a las dudas acerca de su posición y sus relaciones con otros cargos como los administradores, que tradicionalmente habían reivindicado ese papel, como hemos ido viendo (63). Como consecuencia de ello, las actuaciones y notificaciones judiciales debían entenderse siempre con los abogados fiscales (art. 13).

El artículo 2 recogía las atribuciones de los abogados fiscales, a los que además calificaba de *funcionarios*: 1) poner y sostener las demandas civiles y criminales de interés de la Hacienda Pública, 2) defenderla frente a reclamaciones civiles contra ella, 3) intervenir en las causas de contrabando, defraudación o de cualquiera otra especie, 4) gestionar ante las Subdelegaciones todo cuanto exigieran la defensa y los intereses de la Hacienda.

Los abogados fiscales representaban también a la Hacienda Pública en los Consejos Provinciales cuando éstos actuaran como tribunales administrativos, en los Juzgados de Marina y otros, excepto en los de Comercio (64), siempre que la Hacienda fuera parte o se practicaran diligencias en que tuviera interés o debiera ser oída o

(63) No obstante, el artículo 7 imponía a los administradores especiales obligaciones de activación y seguimiento de los pleitos, pudiendo incluso incurrir en responsabilidad.

(64) Poco después, la Real Orden de 2 de marzo de 1852 dispuso que la representación de la Hacienda en los tribunales de comercio sería ejercida en lo sucesivo por los abogados fiscales de las Subdelegaciones, al haber sido suprimidos los cargos de promotores fiscales de dichos tribunales por Real Decreto de Fomento de 1 de julio de 1850.

representada, salvo que la representación correspondiera a los promotores de los Juzgados ordinarios (art. 3)(65).

Según el artículo 4, los abogados fiscales dependían *inmediatamente* de la Dirección General de lo Contencioso, sin perjuicio de la inspección y vigilancia que debían ejercer el Fiscal del Consejo Real, el del Tribunal Mayor de Cuentas y los de las Audiencias Territoriales en cada caso. Como puede observarse, la Dirección General se reservaba la relación directa con los abogados fiscales, sin la intermediación de los Fiscales superiores.

Cuando los jefes de la Administración provincial juzgaran procedente una acción judicial por parte de la Hacienda, debían pasar el expediente íntegro al abogado fiscal para que lo examinara y procediera a lo que correspondiera (art. 11), siendo necesaria la consulta previa a la Dirección General —por conducto del Fiscal de la Audiencia— antes de formular una demanda o una contestación, salvo en los asuntos leves o urgentes (art. 12). Si los Fiscales del Tribunal Supremo, del Consejo Real o de las Audiencias estimaban improcedentes las pretensiones de la Hacienda que debían ellos mismos ejercitar, debían ponerlo en conocimiento del Gobierno por la vía reservada, para que se dispusiera lo más conveniente (art. 14).

Por último, los Gobernadores debían oír en los asuntos gubernativo-económicos a los abogados fiscales o a los Consejos Provinciales, siempre que lo estimasen conveniente, o cuando por las instrucciones vigentes debieran ser oídos los asesores (art. 15)(66).

(65) Según este mismo artículo, los promotores fiscales de los Juzgados ordinarios de Primera Instancia debían representar a la Hacienda Pública cuando en su lugar de destino no existiera Juzgado de Hacienda, con la salvedad de las particularidades de los asuntos de partícipes legos en diezmos.

(66) El Real Decreto contenía otras normas: así, contemplaba la posibilidad de nombrar letrados particulares para determinados negocios (arts. 5 y 6); y preveía el nombramiento de agentes judiciales de Hacienda con funciones de agentes de negocios y de procuradores (arts. 8-10).

IV. LA SITUACIÓN EN 1851

A fin de hacerse una idea de la situación al final del periodo examinado, es muy ilustrativa la estadística elaborada por la Dirección General de lo Contencioso con fecha 13 de septiembre de 1851 (67).

Por lo que se refiere a los asuntos penales, durante el año 1850 se incoaron 3.505 causas; 2.672 fueron ejecutoriadas; 676 se encontraban pendientes de apelación; y 1.016 se encontraban pendientes en las Subdelegaciones. La estadística daba cuenta de la existencia de Subdelegaciones en Algeciras, Menorca e Ibiza. Constatava asimismo la gran diferencia de carga de trabajo entre los distintos Juzgados. Los Juzgados que más causas incoaron fueron los de Algeciras (379), Barcelona (176), Cádiz (155), Gerona (105), Guipúzcoa (124), Huesca (125), Madrid (106), Málaga (150), Navarra (361), Orense (282), Pontevedra (166), Valencia (109), Zamora (117) y Zaragoza (173).

Las causas penales incoadas (3.505) se distribuían de esta manera: Audiencias (229); Tribunal Mayor de Cuentas (2); Dirección del Tesoro (5); Dirección General de Fincas (14); Aduanas (777); Directas (86); Indirectas (1192); Estancadas (577) (68).

Por lo que se refiere a los asuntos civiles, durante el año 1850 se incoaron 148 pleitos civiles. Fueron ejecutoriados 254. A 31 de diciembre de 1850 se encontraban pendientes de apelación o consulta 84. En esa misma fecha se encontraban 1.097 asuntos pendientes en las Subdelegaciones, con grandes diferencias entre ellas; así, Cádiz tenía 118; Granada, 218; y Sevilla, 159.

Los negocios civiles incoados (148) se distribuían de esta manera: Audiencias (17); Tribunal Mayor de Cuentas (24); Dirección

(67) Publicada en el *BOMH*, t. IV, 2.º semestre de 1851, pp. 495-508.

(68) La diferencia observada con el total de causas incoadas se debe a que algunas Subdelegaciones no habían desglosado los datos. Sirva esta nota para las diferencias observadas en los siguientes puntos.

General de Fincas (41); Aduanas (2); Directas (17); Indirectas (42); Estancadas (1).

Los negocios civiles pendientes al terminar el año (1.097) se distribuían de esta manera: Audiencias (110); Tribunal Mayor de Cuentas (275); Tesoro (8); Dirección General de Fincas (206); Aduanas (5); Directas (58); Indirectas (322); Estancadas (58).

A la vista de los anteriores datos, cabe observar una gran desproporción de asuntos entre lo penal y lo civil, con predominio absoluto de aquéllos. El delito más abundante, con mucho, era el contrabando.

Asimismo cabe observar desproporción de los asuntos entre las distintas Subdelegaciones. Así, abundaban las causas en las de Algeciras, Navarra, Orense, Pontevedra, Zaragoza, Málaga, Valencia, Cádiz y Barcelona. En cambio, muy pocas o ninguna tenían las de Segovia, Soria, Ibiza y Mallorca.

En lo civil cabe apreciar también una gran desproporción: había muchos asuntos en las de Cádiz, Sevilla, Granada y Madrid; y muy pocos en un gran número de Subdelegaciones.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
II
Notas

DOS CURSILLOS SOBRE DERECHO PARLAMENTARIO:
EN LA RESIDENCIA DE ESTUDIANTES
(MARZO/ABRIL DE 1931) Y EN ICADE (2001)

NICOLÁS PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI(*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN, A MANERA DE BREVE EXPLICACIÓN DE PROPÓSITOS.—I. EL CURSILLO QUE PROFESÓ NICOLÁS PÉREZ SERRANO EN LA RESIDENCIA DE ESTUDIANTES EN MARZO-ABRIL DE 1931.—1. *Los datos básicos.*—2. *Elenco de profesores. Aca-so los tres mejores tratadistas de Derecho público en España en esa década.*—3. Criterios que laten en la propaganda del Cursillo. Autoría: sin duda, Jiménez Fraud.—4. *Breve co-rrespondencia de Jiménez Fraud con Adolfo González Posada y Nicolás Pérez Serrano. Un escudo aún monárquico (4 de marzo de 1931), que tardaría poco en desaparecer.*—5. *Inno-vación autocrítica en momento crucial de la Europa de entreguerras.*—6. *Una breves no-tas sobre el Cursillo de la Residencia de Es-tudiantes de 1931.*—7. *La inserción de esas materias en su primer Programa de Derecho Político como Catedrático de la Central, del Curso 1933/1934.*—II. EL OTRO CURSILLO SOBRE DERECHO PARLAMENTARIO: ESQUEMA DEL QUE PROFESÉ EN ICADE 70 AÑOS MÁS TARDE, EN 2001.—BIBLIOGRAFÍA.

(*) Letrado de las Cortes Generales. Doctor en Derecho. Abogado.

INTRODUCCIÓN, A MANERA DE BREVE EXPLICACIÓN DE PROPÓSITOS

Por complejo y delicado que resulte el hecho de llamarse uno como su señor padre, y además dedicarse a lo mismo en lo que tu progenitor descolló, y de qué manera, no por ello deben dejar de aprovecharse las felices coyunturas que tales similitudes o concordancias proporcionan, y ello aún sabiendo de antemano quién saldrá perdedor en la comparación, aunque buena voluntad no me haya faltado en emularle, en seguir sus pasos y en tratar de no desmerecer, con el noble propósito de que no se resienta el apellido.

Tuve en su momento, allá por los años 1991 y siguientes, cuando falleció mi madre, depositaria de todos los papeles y documentos personales y profesionales de Don Nicolás, contando para ello con el beneplácito siempre congruo de mis hermanos (que no de condigno para conmigo), que asumir la tarea de revisar lo que tendría utilidad conservar, pues parecía que podría tener escaso sentido, por poner un ejemplo, guardar un pleito sobre arrendamiento rústico de 1926. Ante la negativa de organismos públicos o semipúblicos (y no señalo con el dedo, pues pertenezco a los criados en la cultura que nos enseñaba cuán feo es ese gesto) de recibir en donación todo ese archivo del bufete profesionales/profesoral de Pérez Serrano, con lo positivo pero también con las servidumbres de tal empeño (1), tuve

(1) Uno de los hándicaps, y aunque pueda parecer una contradicción, era la buena memoria de mi padre, que no necesitaba por ello mismo de máximos esfuerzos archivísticos para saber qué había y dónde estaban las cosas.

que proceder a un detenido expurgo. Y guardé papeles de muy diferente signo, relevancia y materia, yendo otros muchos a papeleras y contenedores, no sin antes asesorarme de buenos amigos, todos grandes juristas que habían conocido y querido a mi Padre, y que además —démoslo por bueno— se fiaban de mi criterio selectivo al respecto.

Hoy pretendo que salgan a la luz algunos de los que conservé entonces. Y, para que esa comparación —a la que aludía al principio— siga dándose, voy a ponerlos en relación con una parte de la actividad universitaria que durante veintiún años desarrollé en ICADE. Así, son objeto del presente estudio dos programas de derecho parlamentario, que, respectivamente, explicamos padre e hijo justo con setenta años de diferencia. El primero lo profesó mi Padre, con los datos a los que me referiré en el apartado romano I, en la Residencia de Estudiantes en los meses de marzo y abril de 1931. El segundo lo impartí yo en el primer cuatrimestre del curso académico del año 2001 como asignatura optativa de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas.

Y, para terminar esta introducción, sólo resta sugerir al lector que se adentre en las páginas que siguen, pues esos documentos, rescatados del despacho de mi Sr. Padre, seguro que alguna satisfacción le van a proporcionar. Acaso, además, pueda obtener complementario provecho si, perseverante él en la lectura, concluye su recorrido, ve el final y observa cuánto puede cambiar una asignatura en siete décadas.

I. EL CURSILLO QUE PROFESÓ NICOLÁS PÉREZ SERRANO EN LA RESIDENCIA DE ESTUDIANTES EN MARZO-ABRIL DE 1931

1. *Los datos básicos*

Conviene, en efecto, además de reseñar —y ello se hace en el título de este trabajo— el tiempo en que tal cursillo tuvo lugar, hacer referencia al resto de elementos básicos del mismo. Sólo así quien quiera profundizar más en algún detalle concreto tendrá en verdad expedito el camino a tal efecto.

1.º *Convocatoria del Cursillo.*

La Residencia de Estudiantes, activa, como es bien sabido, desde 1910 tras su creación por la Junta para la Ampliación de Estudios, y con nuevos bríos desde que se trasladara en 1915 de su anterior ubicación en la madrileña calle de Fortuny a su ulterior emplazamiento definitivo de Pinar 21 (2), realizó una convocatoria de tal cursillo bajo la denominación de «**Problemas modernos del Parlamento**». En sendos apartados de los folletos indicadores del mismo se hablaba de «MATRÍCULA» y de «BECAS». En el primero de ellos se decía literalmente lo siguiente

«MATRICULA

El curso tendrá lugar en la Residencia de Estudiantes, Pinar, 21, a las siete de la tarde de los días indicados.

Para asistir a este curso, que consta de las once lecciones anteriormente enumeradas, será preciso matricularse en las oficinas de la Residencia. (Teléfono 50910).

El coste de la matrícula es de 25 pesetas. Los Socios de la «Sociedad de Cursos y Conferencias» disfrutarán de una reducción del 30 por 100 sobre el importe de la matrícula.

Los alumnos de la Residencia y, en general, los profesores y estudiantes, sólo pagarán una matrícula de 10 pesetas.

La Residencia se reserva el derecho de limitar el número de matrículas, pues su deseo es que las clases no sean muy numerosas, con objeto de facilitar el diálogo y la dirección de trabajos de las personas matriculadas que deseen colaborar con los profesores».

A continuación venían las normas por las que se iban a regir las becas, materia sobre la cual se informaba así:

«La Residencia concederá cinco becas a otras tantas personas que acrediten su interés por estos estudios y su falta de recursos».

(2) Se ubicaba la calle Pinar en el terreno conocido como Colina de los Chopos, Cerro del Aire o Altos del Hipódromo, en el cual siguieron fructificando las viejas ideas reformistas o renovadoras de Giner de los Ríos y su Institución Libre de Enseñanza.

2.º *Momento de su anuncio y de su celebración. Vicisitudes*

Aunque supongo que hubo más anuncios y que aparecerían sobre todo desde septiembre de 1930, al hacer la exposición de lo que iba a ser la programación del curso académico 1930-1931, me detendré brevemente en la noticia que, acerca de «La Residencia de Estudiantes», daba EL SOL del jueves 25 de diciembre de 1930. Este «suelto» refleja bien el momento que vivía la Residencia, dentro de una España convulsa, a caballo entre el final de la dictadura de Primo de Rivera y el advenimiento de una II República en la que, creo yo, tanto florecieron el cultivo y los estudios de muchas ramas del Derecho, y muy en particular de las más afincadas en el derecho público. Esa noticia tenía más referencias, a otros cursillos y a la compra de terrenos con que se ampliarían sus instalaciones. Permítasenos que transcribamos tres párrafos; en ellos se daba cuenta de aspectos generales de la labor de la Residencia:

«La Residencia ha realizado una labor doblemente eficaz, pues si valiosa ha sido la obra por ella hecha, tiene un valor muy superior el haber sido en estos veinte años de su existencia un centro modelo hacia el cual se dirigían las miradas de todos aquellos a los que interesa la marcha y desarrollo de los centros culturales eficientes. Innegable es asimismo el superior valor que como estímulo eficaz tiene esta institución con la que por razones de afinidad han colaborado los espíritus más selectos.

El director de la Residencia de Estudiantes —director en el cabal sentido de la palabra—, don Alberto Jiménez Fraud, ha sido quien por razón de su cargo y por su entusiasmo ha logrado con su trabajo y su extraordinaria aptitud el éxito sorprendente de esta obra.

Hemos de destacar aquí la labor que han aportado a la Residencia Instituciones que, como la Sociedad de Cursos y Conferencias y el Comité Hispanoinglés, han puesto en contacto desde la tribuna, de esta institución a las más altas personalidades del mundo científico y literario europeo con nuestro medio intelectual. La primera ha traído a Madrid personalidades como Benda, Bragaglia, Claudel, Duhamel, Febrouis, Jacob, Le Corbusier, Marinetti, Ravel, Veléry, Kéyserling, Woringer, etc. El Comité Hispanoinglés ha hecho desfilar por la sala de conferencias de la Residencia de Estudiantes, entre otras personalidades, a los Sres. Cárter, Atarkie, Bruce, Chésterton, lord Croy, Névton, Joyce y Kéynes».

¡Total, nada! Vaya elenco de ilustres tratadistas, pensadores, escritores, artistas, economistas, arquitectos. Pero, para no ir a la zaga en otras ramas del saber de la época, el otro párrafo que queremos rescatar de esa prensa de hace ochenta y un años se refería a la cuestión que ahora nos ocupa. Y decía así:

«Ha organizado asimismo la Residencia para este año cursos sobre cuestiones actuales de Derecho público. En uno de éstos tratará de los problemas modernos del Parlamento el profesor de la Universidad Central D. Nicolás Pérez Serrano, y el colaborador de EL SOL, y también catedrático de la Universidad madrileña, D. Fernando de los Ríos explicará otro sobre doctrina del Estado. Están invitados para participar en estos cursos de Derecho público los catedráticos D. Adolfo Posada y D. José Gascón y Marín».

Es obvio que tras esos años largos sin auténtico parlamento, pues no cabe honestamente atribuirle ese nombre a la Asamblea Nacional que funcionó entre 1923 y 1929, cuando menos resultaba un riesgo organizar un cursillo sobre los problemas de la institución parlamentaria. Los acontecimientos demostrarían que ese anuncio, hecho en las postrimerías de 1930, cobraría mayor intensidad e interés desde el momento en que iba a coincidir con la proclamación de la República, pues las *sesiones* programadas para el desarrollo de las lecciones iban a ser en marzo de 1931 (los días 12, 16, 20, 23, 26 y 31) y en abril de 1931 (los días 6, 9, 13, 16 y 22), de manera que en el transcurso de las mismas España abandonaría Monarquía y Restauración para acoger en su seno un nuevo intento republicano.

2. *Elenco de Profesores. Acaso los tres mejores tratadistas de Derecho público en España en esa década*

Ese anuncio de prensa ya los mencionaba. Iba a correr el grueso de las explicaciones a cargo de Nicolás Pérez Serrano, a la sazón Ayudante de Don Adolfo González Posada, al cual precisamente sucedería en la Cátedra de Derecho Político de la Universidad Central a partir de octubre de 1932. Y sus nueve lecciones irían precedidas de una inaugural a cargo de D. José Gascón y Marín, con el que mi Sr. Padre mantenía ya —luego acrecentada con el transcurso de los

años (3)— una relación dilatada de amistad y recíprocos admiración y respeto. Como epílogo iba a cerrar el cursillo una lección final de Don Adolfo González Posada. En suma, y sin apasionamiento de hijo de quien soportó la mayor carga lectiva del cursillo, quizás los tres grandes representantes del derecho público español de la época eran los encargados de desvelar cuáles podían ser los verdaderos problemas que aquejaban al Parlamento de esos inicios de la tercera decena del apasionante siglo xx. Sin duda, una seria reflexión, como la llevada a cabo por esos tres ilustres pensadores españoles, tendrían que ayudar al recto diseño de unas futuras Cortes en el cambio de régimen y de forma de Estado en España, por mucho que la institución parlamentaria sufriera más tarde los intensos avatares de nuestra vida política.

3. *Criterios que laten en la propaganda del Cursillo.*

Autoría: sin duda, Jiménez Fraud

Como quiera que se me antojan poco conocidos, me atrevo a divulgar, pues su acceso no resulta fácil hoy para cualquier investigador o amante del Parlamento, las notas introductorias que he en-

(3) D. José Gascón y Marín contestó el 9 de febrero de 1947 el discurso de entrada de mi padre en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que versó sobre el Poder Constituyente (Gráfica Administrativa, Madrid, 1947), páginas en las que recoge la feliz coincidencia de ser aquél Letrado del Congreso y él Letrado del Senado: «Mientras cursaba el Doctorado actuó en las oposiciones para ingreso en la Secretaría del Congreso de los Diputados, perteneciendo a este Cuerpo desde el año 1912, actuando en diversas Secciones de la Cámara y muy singularmente en la Comisión de la Presidencia del Consejo y en la Junta Central del Censo electoral. En el ejercicio de su cargo técnico, en el Cuerpo legislativo, comenzó mi relación con el nuevo Académico y pude apreciar sus excelentes cualidades. Allí volví a hallar a otro antiguo compañero, aquel cuya Medalla va a ostentar quien acabamos de escuchar, Adolfo Pons, a quien no quiero dejar de dedicar el recuerdo que merece su labor que comencé a conocer al finalizar nuestra época escolar y que más tarde, al frecuentar el Congreso de los Diputados, durante mi actuación política, hube de aprender en sus estudios y trabajos, recordados en el discurso que contesté. Pons figuraba en el personal técnico de la Cámara de Diputados, título para mi muy estimado, ya que mis primeras oposiciones fueron para ingresar en Cuerpo análogo, en la Secretaría de la Alta Cámara, a la que me honré en pertenecer». Además, D. José participó en el Libro Homenaje que a mi padre le dedicaron prestigiosos juristas (2 tomos, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959) con un artículo (pp. 29 a 38 al t. II) dedicado a *La nueva Ley de lo Contencioso-administrativo*.

contrado en la propaganda oficial del cursillo, si bien debo aclarar que son páginas sueltas, pues no he conseguido hacerme con ningún folleto impreso definitivo. Esas ideas, además, creo pertenecen a la pluma del Director de la Residencia, el nunca bien ponderado Alberto *Jiménez Fraud*. Si se coincide conmigo en la autoría, tampoco me parece que se puede discrepar respecto a la relevancia de las reflexiones que hace el autor con respecto a esa espinosa —siempre— cuestión de la relevancia del Parlamento y de su influjo en el devenir de las naciones.

Decían así esas líneas introductorias al cursillo, cuyas ideas fuerza se centran en los tres párrafos que ahora transcribo:

«Es tópico corriente en Europa, desde los comienzos del siglo, el relacionar al desprestigio de las formas democráticas de gobierno y como consecuencia, el desprestigio de las actividades políticas y el de los problemas de montaje o funcionamiento del Estado; es decir de la organización política. Es tanto más notable la facilidad con que ha sido aceptado este tópico, cuanto que esos mismos años coinciden con los de mayor actividad y preocupación meramente políticas experimentadas por la nación modelo de instituciones democráticas, «madre de parlamentos», Inglaterra: sus dos reformas electorales de 1918 y 1928; la que ahora tiene en estudio; la ley de 1911 sobre la Cámara de los Lores; la del 20, que creó el parlamento del Norte de Irlanda; el Tratado con Irlanda, del 24, son de tanta o mayor trascendencia que las reformas vistas por todo el siglo XIX, prototipo de siglos políticos y constitucionales...

El régimen parlamentario no puede sufrir crisis en su idea central, de que la discusión forma el espíritu del pueblo y aclara su voluntad, que convierte en leyes la legislatura y realiza, encausa y ordena el poder ejecutivo. La experiencia de los últimos años, con los cambios que han traído a la estructura social y política del mundo moderno; la excesiva predominancia del poder ejecutivo; la complejidad de los problemas actuales con la falta de información que resulta para los legisladores y el consiguiente descenso de su prestigio; la intervención de poderosos intereses particulares, todo esto exige, sin duda, una honda revisión de la estructura del régimen parlamentario para restaurarle en vista de estos hechos. Pero si esos problemas se acometen, las instituciones parlamentarias conservarán un prestigio que es imperecedero, como lo son las condiciones de carácter que las han dado nacimiento: el amor a la libertad y el respeto a la ley; el gusto por el buen humor y por

el juego limpio; el recelo hacia el exceso de lógica que lleva a las conclusiones extremas; la aceptación del compromiso entre las tendencias opuestas...

El curso que a continuación anunciamos forma parte de una serie de estudios sobre problemas constitucionales, sobre los que aspiramos a ser informados por los más notables tratadistas de Derecho público. El desarrollo de ellos irá indicando la amplitud y regularidad que en lo sucesivo deban alcanzar, y la conveniencia de agruparlos en diferentes publicaciones. Sólo nos resta ahora dar las gracias a los eminentes tratadistas españoles que se han dignado colaborar en esta obra, a la que serán llamadas personalidades de diferentes ideologías y significación política, deseosas de contrastar en un ambiente tranquilo y elevado sus estudios y experiencias, y transmitirlos a la juventud estudiosa».

Todo un compendio, acertado y sutil, a la vez que sagaz y hasta con una nada desdeñable apelación al amor por la libertad, al respecto a la Ley, al juego limpio y, por qué no, hasta al *gusto por el buen humor*, y siempre con vistas a poner en marcha una honda revisión de la estructura del régimen parlamentario para «restaurarle» a la luz de la experiencia de los últimos años. De todo ello, como digo, se hacía eco la Residencia por boca de su Director, y en aras de seguir siendo «intérprete —dentro de la esfera que le corresponde— de las apetencias y curiosidades intelectuales de la juventud universitaria española».

4. *Breve correspondencia de Jiménez Fraud con Adolfo González Posada y Nicolás Pérez Serrano. Un escudo aún monárquico (4 de marzo de 1931), que tardaría poco en desaparecer*

Aunque no he sido capaz de encontrar más de dos, muy similares por cierto, y que obedecen al deseo del Director de la Residencia de someter el texto definitivo del programa a Posada y Pérez Serrano, son ilustrativas del modo de proceder de Jiménez Fraud, amén de reflejar no sólo su caligrafía, sino también los avatares del cambio de sistema político. En efecto, todo ello puede apreciarse a continuación en la cuartilla manuscrita que desde la Residencia dirige Jiménez Fraud a mi pare con fecha 4 de marzo de 1931.



RESIDENCIA DE ESTUDIANTES

PINAR, 21. MADRID

14 Mayo 1901

D. D. Nicolás Pérez Serrano

Mi querido amigo:uego a v. que
 revise estas pueblas y haga en ellas las
 conexiones que estime oportunas. Para
 adelantar tiempo he enviado estas a los
 hrs. Posada, Jacón y Mañá.

Hasta mañana, de vuestro
 amigo de un afectísimo,

Alberto Jiménez Fernández

Como el residente de quien hablé a v. ayer -
 Macorra - será a v. mañana en la Universidad
 para entregarle a él la puebla con copia.



RESIDENCIA DE ESTUDIANTES

PINAR, 21. MADRID

Miércoles 4 marzo/21

Juicio en Adolfo: aunque Pérez
Serrano preguntará a v. mañana sobre esto, para
adelantar tiempo quiero enviarle estas
puebas para que tenga v. tiempo de leerlas,
e introducir en ellas las modificaciones que
estime conveniente. Porque me urge muchísimo
tenedlas despachadas mañana mismo por la mañana.

Nuestra costumbre es dar los nombres de los
conferenciantes sin títulos ni cargos, acyendo pres-
tado así el relieve del valor propio. Supongo
que le parecerá bien al Minuto. Pero si P.
lo desean podemos alterar nuestros hábitos.

Hasta pronto y mil gracias de a
siempre

Alto

Debe observarse un dato que no resulta anecdótico: en esa cuartilla manuscrita figura aún el escudo monárquico, con su toisón, la corona y los escusones propios de la época, eso sí, a punto de sucumbir ante la inminente (faltaban un mes y diez días, exactamente) llegada la II República.

5. *Innovación autocrítica en momento crucial de la Europa de entreguerras*

Carezco del texto completo mecanografiado de las nueve lecciones que integraron la intervención completa de mi padre en el Cursillo. Pero sí he hallado lo que el propio autor consideró «**Programa detallado** del cursillo sobre problemas modernos del Parlamento», explicado, como digo, por Nicolás Pérez Serrano en la Residencia de Estudiantes en la Primavera de 1931. Y, aún a fuerza de resultar larga la referencia, considero de interés insertar en su integridad esos detalles, pues con ello se identifica mejor y de manera más evidente los problemas de la materia a la sazón, constituyendo a todas luces una innovación crítica en el derecho parlamentario de la época, al hilo de la enumeración y análisis pormenorizado de los problemas de las Cámaras legislativas. Y, como quiera que mi propósito es mostrar la evolución de la «asignatura» Derecho parlamentario, y que el lector pueda tener puntos de apoyo y reflexión para ello, el ejercicio que sugiero es el de la comparación entre tres textos: el que a continuación ofrezco procedente de dicho programa detallado; el que veremos en el apartado siguiente, de sólo dos años más tarde (1933-1934); y el que se reflejará más adelante (de 2001) en este mismo trabajo.

Este era, pues, el texto del citado programa detallado de 1931, que se ofreció por mi Sr. padre a cuantos se matricularon como alumnos del cursillo de derecho parlamentario en la Residencia de Estudiantes en marzo/abril de 1931, que estaba dividido en tres grandes apartados:

- A) Introducción.
 - I. La crisis del Parlamento. Planteamiento del problema y exposición de sus causas.
- B) Problemas de organización.
 - II. Unidad o dualidad de Cámaras, la Cámara Alta.
 - III. El régimen de sufragio para la formación de la Cámara popular.
 - IV. Parlamentos técnicos o profesionales.
- C) Problemas de funcionamiento.
 - V. Reunión, sesiones y disolución del Parlamento.
 - VI. Constitución de las Cámaras. Actas, incompatibilidades y privilegios.
 - VII. Régimen de Secciones o Comisiones.
 - VIII. La elaboración de la Ley.
 - IX. Función fiscalizadora y política.

Los números romanos se correspondían con las Lecciones y en cada una de ellas el programa detallado aludía a problemas concretos, cuya enumeración se hacía como sigue:

«

A) **Introducción**

Lección 1.^a

LA CRISIS DEL PARLAMENTO

Planteamiento del problema y exposición de sus causas

1) *El concepto general de crisis* (momento o período grave, culminante y de transición): La *crisis* en el sentido médico (término de enfermedad). Crisis del *Parlamento*: no del *régimen parlamentario*, pues también se nota en los Estados Unidos y otros Países donde no hay Gobierno de Gabinete. El fenómeno del *parlamentarismo* (expresión peyorativa entre nosotros, pese a opiniones aisladas; terminología extranjera acerca de la materia).

2) La *realidad* de la crisis (libros y revistas; partidos y escuelas; políticos y tratadistas; sectores de orientación antagónica coinciden en apreciarla). Algunos ejemplos (Vogüé; Oustry; Leroy; W. Rathenau; Breton; Miceli; Gardiner; Prins; Dupriez; Silvela; Moret; Gullón Iglesias; Pons Umbert; Sánchez Guerra; Posada; Rubinstein; el fascismo).

3) *Males que se denuncian*. Generales y locales (Silvela); difundidos o localizados (Benoist); «excesos» y «abusos» (Majorana). Anomalías en aprobación de actas; olvido de incompatibilidades; abusos de la inmunidad; burla en la elección de Presidente; vacuidad de los debates sobre el Mensaje de la Corona; insignificancia de la iniciativa parlamentaria; defectos en la discusión (o académica o pasional, demasiado elocuente, sin competencia); obstrucción y esterilidad consiguiente; derroche en los gastos públicos; fiscalización excesiva; asechanzas contra el Gobierno; burocratismo desbordado; oligarquía parlamentaria; indisciplina. Algunas contradicciones que en tales críticas se advierten: el Diputado, siervo del distrito, y el distrito víctima de la tiranía del Diputado; Ministros derribados por los Diputados, y Diputados *elegidos* por los Ministros; falta de Leyes y plétora de legislación aprobada; fiscalización opresora, y resignada contemplación de excesos ministeriales (como la suspensión de garantías).

4) *Causas que se alegan*.

a) *Generalidades*. La curva parabólica; las enfermedades según Hipócrates; la función sustitutoria que realiza la Prensa; la paradoja de Sighele; influjos locales (el Vaticano en Italia).

b) *Corrupción electoral*: falseamiento y presión por Gobiernos (Pedregal); candidatura oficial; soborno (alusión a Inglaterra y a T.E. May).—Influjo de la ampliación del sufragio (Prins, Moreau); la entrada del socialismo en las Cámaras; baja del nivel de los parlamentarios y consiguiente falta de respeto (Bryce, Silvela, Sighele).

c) *Atomización de los partidos*: lo clásico inglés; lo actual en Bélgica, Francia, Alemania y España; el fenómeno italiano; la situación en los Estados Unidos.-

ch) *Carencia de elementos auxiliares*: Secretarías no bien dotadas (Moret); falta de personal, locales y medios (Lefas).

d) *Influjos locales y peregrinos* (extensión de la red ferroviaria, dietas, etc.).

e) La clasificación y resumen de causas según Don Pío Guillón.

Imposibilidad de prescindir del Parlamento y consiguiente necesidad de reformarlo

1. La posición negativa de Saripolos, Ojea, etc. La tesis pesimista de Don Alvaro Figueroa. Pero no cabe volver al buen tirano.

2. *Los intentos de sustitución*. La democracia directa; limitaciones inevitables que supone. Congresos panrusos. Parlamento corporativo. Asamblea Nacional española. Parlamento Económico.

3. Distinción entre «*Parlamento*» y «*parlamentarismo*». La lección de la Gran Guerra: evolución de los Países vencidos; actuación de las Cámaras en los Estados vencedores durante el período de hostilidades. Reflexiones de Mac Bain & Rogers. Las nuevas Constituciones: consagración del régimen parlamentario: transcripción de preceptos que antes figuraban en los Reglamentos de las Cámaras; elección de Gobierno en el Parlamento; reunión automática; Comisiones permanentes y ultrapermanentes; archiparlamentarismo austriaco, aun después de la Novela constitucional de 1929.

4. *Saneamiento o racionalización*: reorganización razonable del sufragio; mejor régimen de partidos: el *referendum* y la iniciativa popular como posibles correctivos; continencia parlamentaria; mayor preparación. Hoy son inseparables Democracia y Parlamento (Kelsen).

B) Problemas de organización

Lección 2.^a

UNIDAD O DUALIDAD DE CÁMARAS. LA CÁMARA ALTA

1) *El dualismo de Cámaras como fenómeno general al comenzar el siglo xx*. El problema guarda relación con el régimen de sufragio (admisión o no de la Representación Proporcional); y con el sistema de Gobierno parlamentario (¿puede el Senado derribar Gabinetes?); y con la tramitación de las Leyes (las Comisiones mixtas, etc.). Lo que se discute es si debe o no subsistir la Cámara Alta.

2) *Nombres que recibía la Cámara no popular y origen de ella.* Denominación en Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Prusia, Suiza, Italia, España, etc.; significación de tales designaciones. El nacimiento de la institución en Inglaterra (Eduardo I: siglo XIV; opinión de Pollard). Los demás Estados copian lo inglés: el número era indiferente: pudieron surgir tres (en Francia o España), o cuatro (en Suecia). Decadencia en la propia Inglaterra (hasta 1832; hasta 1886; 1906 y 1911; la Comisión Bryce). Los intentos posteriores.

3) *Clases de Cámaras Altas y notas a que responden.* Lo hereditario y dinástico (Inglaterra, Hungría; la tesis de Montesquieu; la opinión de Kelsen; el peligro del misoneísmo). La representación de altas magistraturas (en algunas colonias de Inglaterra, por ejemplo; peligros del influjo gubernativo). El *bon plaisir* del Jefe del Estado (con o sin limitación en cuanto al número; con o sin limitación en punto a condiciones de capacidad; influjo de la Corona; Francia en 1830; Italia en 1848). La elección (riesgo de la semejanza con la Cámara popular; diferencias con respecto a ella atendiendo a edad, duración del mandato, elección indirecta, renovación parcial, etc.); elección por Estados, por Cuerpos locales, por entidades institucionales o profesionales, por el Pueblo. La solución noruega. Sistemas híbridos: predominio de aristocracia (Prusia o Baviera antaño) o de lo cuasi-profesional (Baden); criterio original del Senado español en la Constitución de 1876.

4) *Algunos ejemplos prácticos.* La Cámara de los Lores (Príncipes de la sangre; nobles; clero; jueces; Escocia e Irlanda). El Senado norteamericano (Igualdad de los 48 Estados; necesidad de su consentimiento para modificar esta regla; la Enmienda XIV; forma de renovación). El Senado francés (314 Senadores; forma de su elección; duración y renovaciones; representación que suele asignársele; juicio que merece). El antiguo *Bundesrat* y el moderno *Reichsrat* en Alemania (los problemas del equilibrio político y constitucional, la sanción, el poder de Ordenanza y la ejecución federal en el Imperio; la cuestión relativa a la hegemonía prusiana y la merma de facultades legislativas y administrativas en la moderna Constitución; los representantes no son de elección popular). Italia (Los Príncipes; el elemento vitalicio; las 21 categorías, alguna muy amplia y vaga; el Gran Consejo fascista en la actualidad). España: evolución constitu-

cional en esta materia; la fórmula de 1876 y el influjo a que obedeció; Senadores por derecho propio, vitalicios y electivos; categorías, designación o elecciones, mandato y renovación parcial; renta. La Asamblea de parlamentarios (30 octubre 1917). Opinión del Sr. Osorio. Criterio del Sr. Posada.

5) *Facultades de una y otra Cámara*. Igualdad (Suiza). Diferencias en lo legislativo financiero: no intervención (Cámara de los Lores); primacía de la Cámara popular (España, etc.). En materia no legislativa: lo judicial (Inglaterra en todos los órdenes; Estados Unidos, Francia y España en las acusaciones políticas); lo administrativo (Tratados y altos nombramientos en el Senado norteamericano); en lo político (disolución de la Cámara en Francia, y dudas sobre votaciones políticas de censura en Cámaras Altas).-

6) *El problema capital: razón de la dualidad de Cámaras*. Una cita de Marriott. La tesis de Siéyès: la ley expresión de la voluntad general: la Representación nacional; el absurdo de la contradicción. La tesis de Schmitt: no cabe democráticamente el dualismo. La demora en la elaboración de las Leyes: el tope en la tramitación de las democráticas. Otros argumentos en contra. *La defensa del bicameralismo*. La representación ha de comprender lo individual y lo social. Una sola Cámara sería insoportable (Carré); el temor a la embriaguez de la omnipotencia (Moreau); debe respetarse en este orden el principio de la división de poderes (Bryce). La doble discusión evita precipitaciones y errores y las luchas violentas, facilitando el equilibrio, y frenando la irresponsabilidad (Yves Guyot). Las soluciones transaccionales son a veces las mejores. El sentido de la continuidad. La resistencia a la Dictadura (Mendelssohn-Bertholdy). El *Sénat conservateur*.

7) *Influencia de la Gran Guerra*. Países francamente unicamerales. Países de muy dudoso bicameralismo. Va bajando el influjo de los Senados (Mirkin-Guetzevitch); Cámaras primeras; luego, Cámaras segundas; hoy Cámaras secundarias (Mag Bain & Rogers). El régimen parlamentario exige la debilitación progresiva del Senado. Estos van perdiendo consideraciones honoríficas (presidencia Asambleas Nacionales); Las Cámaras bajas aseguran su primacía (Checoslovaquia): los Senadores conservan sólo una función de freno o de veto suspensivo.

8) *Conclusiones*. La tesis de Duguit. La conservación de los Senados puede ser en algunos casos beneficiosa, pero bien entendido que en su organización deberán desaparecer los privilegios de origen y fortuna; que habrán de acoger a todos los intereses legítimos, especialmente los de interés cultural y económico; que la Cámara popular tendrá monopolio en lo financiero y en lo político; y que la misión del Senado será sedimentar, no obstruir. Ni la tesis de Franklin ni la de Esmein.

Lección 3ª.

EL RÉGIMEN DE SUFRAGIO PARA LA FORMACIÓN DE LA CÁMARA POPULAR

1) *Planteamiento de la cuestión*. Con respecto a Senados cabe discutir: *a)* la existencia; *b)* la organización. Con respecto a la Cámara baja, sólo la segunda cuestión, sopena de suprimir el Parlamento. Aunque no deba omitirse la enemiga de Rousseau a todo sistema representativo, ni alguna objeción moderna (Kelsen). No siendo posible la resurrección de Monarquías absolutas, ni practicable la democracia directa, forzoso es organizar del mejor modo posible el régimen de sufragio.

2) *El sufragio*. En qué sentido es un derecho. ¿Constituye meramente un reflejo de Derecho objetivo, como entendió Laband? ¿Cabe reducir el derecho subjetivo a los límites que le asigna J. Jellinek? Verdadera naturaleza del sufragio en cuanto tal derecho (político; conquistado; reclamable mediante pretensión; y en el acto de su ejercicio).

3) *El deber de votar*. El sufragio como deber moral. Como obligación jurídica: Países en que se ha admitido, tendencia a que ello obedece y resultados que proporciona. Naturaleza y eficacia de las sanciones. Problema del voto secreto. ¿Hasta qué punto cumple con el deber de votar quien lo hace en blanco? Casos de un sistema de Representación Proporcional en que el elector no puede alterar la candidatura. Si no se considera el sufragio como un honor, mal cabe confiar en que se ejercite como un deber.

4) *El sufragio en cuanto función.* Mezcla de derechos y deberes. Irrenunciabilidad. El Cuerpo electoral es un órgano político. El elector necesita capacidad: así lo reconoce y pondera el sufragio restringido, exigiendo ciertos requisitos (cultura, riqueza, etc.). El sufragio universal pide una capacidad mínima: *a)* mental (no locos); *b)* moral (no condenados); *c)* económica (no asilados o mendigos). Supresión del requisito de censo (opiniones del Arzobispado de Sens y Calderon Collantes; una cita de Pollard; evolución inglesa; vestigios en Italia). Reflexiones sobre la necesidad de cultura: ¿cómo votará el analfabeto?; la deficiencia de nuestra enseñanza no autoriza a exigir instrucción; que tampoco se exige para crear una familia; la tesis de nuestra Constitución de Cádiz; régimen turco actual. El problema del sexo: reflexiones médicas; movimiento feminista; la enseñanza de la Gran Guerra; en qué consiste el progreso jurídico; situación presente en Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos; posición de los Países latinos. La edad, criterios seguidos por las legislaciones y tendencia que se observa: características del sufragio juvenil. No incapacidad: por razón de clase social (Rusia); por razón de extranjería; de servicio militar.

5) *Procedimiento usual hoy.* Sufragio igual, directo, secreto y proporcionalista. En qué consiste la igualdad, y contra qué sistemas va; problema de los nuevos pueblos (Alemania; fallos recaídos). Qué valor tiene la elección directa; qué riesgos puede ofrecer; la intervención de los partidos políticos. El voto público y el secreto: objeciones que uno y otro suscitan; criterio que debe preferirse y medios de asegurar el secreto.

6) *Organización espacial.* Colegio nacional único: sus dificultades. ¿Colegios profesionales? La organización territorial del sufragio: la llamada «Geometría electoral»; distritos y circunscripciones: ventajas e inconvenientes; representación de personas e ideas; paralelismo con el número de electores o con el de votantes. El régimen vigente en los principales Países: mención espacial de lo italiano.

7) *La representación de minorías.* Correctivos al sistema mayoritario. El voto limitado. La Representación Proporcional: elogios (Benoist, La Chapelle, Sociedades de propaganda, etc.); una cita de Mirabeau, y su verdadero alcance; procedimientos Hare, D'Hondt, automático de Baden; la sugestión matemática; la opresión del parti-

do (Wittmayer; Mac Bain; Ostrogorski, Miceli); habría que llegar a la representación individual; exceso de sencillez en el propósito y de la complejidad en la mecánica, luego hay que votar en la Cámara por el sí o no; balanza de precisión o microscopio, inservibles en operaciones de vida diaria; Inglaterra se ha resistido siempre y hoy discute el voto alternativo; reacción en otros Países; el caso de Alemania; las tentativas en España.

8) *Nuestro régimen de sufragio*. Sufragio universal, pero con edad alta; mandato largo; no elemento femenino; voto obligatorio; directo y secreto, pero con pocas garantías en su emisión. Enormes desigualdades en la división territorial, porque hay distritos y circunscripciones, y porque hay diferencias inmensas en la proporcionalidad que entre electores y Diputados acusan.

9) *Conclusiones*. No copiar la italiano, sino completar y mejorar lo tradicional; rebajar la edad para al electorado activo; dar entrada, paulatinamente, a la mujer; reducir el número de Diputados (Sighele); acortar el periodo de mandato; y mirar con gran precaución los sistemas proporcionalistas.

Lección 4.^a

PARLAMENTOS TECNICOS O PROFESIONALES

1) *Planteamiento del problema*. La representación parlamentaria es amorfa, inorgánica y disolvente. La democracia burguesa y la socialista. La indiferencia e impericia del Parlamento. Maxime Leroy. El eterno problema de la democracia y la técnica. Antes luchaban por el Poder grandes individualidades; hoy, los Sindicatos (Valois). La posición de Duguit a este respecto (la representación del número y la del grupo). La tesis de Cole, Blume, Perrin y Benoist. Alusión al viejo criterio defendido ya en 1886 por Prins, y a antecedentes que se hallan en Saint Simon. Opinión de Webb (Parlamento político y Parlamento Social). Escuelas diferentes, y con soluciones diferentes, y con soluciones distintas, coinciden en la común desconfianza.

2) *Países que han ensayado el sistema*. Alusión a remotos precedentes, poco eficaces (Roma, Edad Media, Senados, Romanticis-

mo). El caso de Rusia: celeridad, novedad, sinceridad. Características de su Derecho público (no diferenciación entre fuentes jurídicas de rango diverso; no es obligatoria la publicación de normas; el espíritu revolucionario; poca fe en el valor intrínseco del Derecho; el Estado como Dictadura extrajurídica; no soberanía del Parlamento; no división de Poderes según Gurvitch; predilección por urbe y preocupación por el campo; sentido de lo colectivo, como el *mir* y el *artiell*; desdén por la democracia; el Soviet como fórmula). El Congreso panruso, el Comité Central Ejecutivo panruso, el Consejo de Comisarios del Pueblo; los Congresos de Región, Gobernación, distrito y *volost*. Características generales: un regionalismo tan económico como político basado en cierta jerarquía de Cámaras profesionales (Labry).

3) *El caso de Alemania*. El problema federal y el económico al operarse el cambio de régimen. Estado de Derecho, Estado popular, Estado soviético. Tendencias encontradas, y fórmula que prevaleció. El primer Gobierno revolucionario: pugna de criterios; la reunión del 19 de diciembre de 1918 en Berlín. Nuevo Gobierno y convocatoria de elecciones para la Constituyente: discusión en ésta. Antecedentes económico-corporativos en Alemania (la obra de Bismarck; *Arbeitsgemeinschaften*; paritarismo. El «anclaje» de los Consejos. El artículo 165 de la Constitución de Weimar. Creación del Consejo Económico del *Reich*: inauguración en 1920; palabras del Canciller Cohen. Las facultades del Consejo. Su actuación en la práctica. Juicio de Glum.

4) *El problema en Francia*. Movimiento doctrinal favorable a la idea. Una opinión de Siéyès. El Acta adicional de 1815; el abate Lemire; la corriente sindicalista. Herriot. Creación del Consejo Económico Nacional. Su organización y funciones (grupos representados, intervención del Gobierno). Resultados obtenidos.

5) *El influjo en otros Países extranjeros*. Italia: la Dictadura, no de una clase (como en Rusia), sino de un partido (aunque tenga repercusión en lo económico). El fenómeno corporativo como base de organización; la subsistencia del Senado; la intervención del Gran Consejo fascista. La Constitución *yugoslava* y sus promesas. Polonia.

6) *Datos sobre España*. Representación medieval y gremialismo de Pérez Pujol. Sindicalismo socialista, agrario y católico. El antiguo Instituto de Reformas Sociales. El moderno Consejo de Trabajo. La moción del Sr. de los Rios. Atisbos en la Asamblea Nacional de la Dictadura. El Consejo de la Economía Nacional y el Comité Regulador de la Producción nacional.

7) *La discusión de principios*. La decisión última ha de corresponder al Pueblo como conjunto. La representación, no de *intereses*, sino de «interesados». Dificultad de determinar qué grupos han de tener representación; y en qué proporciones cada uno; y por qué procedimiento de designación. Lo político y lo económico no se separan con facilidad. La tendencia de la representación técnica es conservadora. Y no siempre coinciden esos intereses, sino que suelen chocar entre sí. Aparte de que tanta importancia como los intereses económicos o profesionales tienen otros de carácter espiritual (religiosos, éticos, estéticos, etc.). ¿Cabe volver a un Parlamento de brazos?. ¿Cómo ha de votarse en una Cámara estamental? Lo profesional ha sido históricamente una forma de opresión por un grupo.

8) *Conclusión*. El escaso fruto conseguido en los diferentes Países. Alusión al problema general de la eficacia. Que es como el de los peritos ante los Tribunales. La técnica es deformación. Y su campo es el de lo meramente instrumental, no el de la decisión primaria o suprema. Bien está que esos organismos informen; pero no conviene «americanizar». La metáfora del acelerador en Munro.

C) Problemas de funcionamiento

Lección 5.^a

REUNIÓN; SESIONES Y DISOLUCIÓN DEL PARLAMENTO.

1) *Problema situado entre el Derecho Constitucional y el Parlamentario. Cómo nacen los Parlamentos* (en Inglaterra, según Anson; en los Reinos medievales españoles, según Martínez Marina; fijación de fechas: León, Valladolid, 1313). Funciones de las Cortes de la Edad Media. Su carácter fundamental: la discontinuidad de la

institución, dependiente de la libre voluntad del Rey (perduración teórica en Inglaterra; referencia al *Bill* de Derechos). La época de la Revolución francesa: el Parlamento como emanación de la soberanía nacional; el Cuerpo legislativo «uno, indivisible y permanente»; dificultades que ocasionaba tal sistema en punto a exceso de legislación y a relaciones con el Ejecutivo. La solución intermedia moderna: institución permanente y funcionamiento discontinuo. Consecuencias: convocatoria; suspensión; legislaturas, disolución. Necesidad de fijar la terminología.

2) *Quien convoca el Parlamento*. El jefe del Estado (Inglaterra). La propia Asamblea: la autoconvocación (Alemania, Prusia, Francia). Reunión en fecha determinada (Francia, Alemania, Estados Unidos); antecedentes españoles en las Constituciones de 1812, 1837, 1855 y 1869; peligros del automatismo en esta materia. Cuando lo exijan ciertas circunstancias (nuevas elecciones parlamentarias, o la necesidad de designar Jefe del Estado, o la declaración del estado de sitio). Actuación simultánea de ambas Cámaras; excepciones de principio u ocasionales.

3) *La suspensión de sesiones*. Por el Jefe del Estado: indefinidamente y sin limitación o con restricciones. Por acuerdo de la misma Cámara: diferencia entre *prorogation* y *adjournment*. Suspensiones ocasionales internas. El período de la Gran Guerra y sus enseñanzas. El cierre de legislatura: sus efectos tradicionales; razones a que obedecen; discutibles ventajas en la actualidad. Casos de Código en tramitación. Casos de *impeachment*. La tendencia del Senado italiano. La práctica francesa.

4) *Mínima de funcionamiento anual*. Los antecedentes ingleses. El problema en nuestras Constituciones de 1855 y 1869; el criterio de la Constitución de Cádiz, que fijaba también un máximo; la práctica de nuestra Constitución de 1876 (datos de sesiones celebradas por el Congreso en el siglo presente: 16 en 1913; 22 en 1907, etc.). La realidad actual en otros Países. Forma de hacer el cómputo (*congés*, etc.).

5) *La extinción de las Cámaras*. a) Expiración del mandato; b) cesación anticipada. Propensión antigua a los mandatos muy lar-

gos (antes de 1848, de doce años). Posición de Leroy-Breaulieu. El sentido democrático de los mandatos breves. Los peligros de inexperiencia parlamentaria en casos de elecciones muy frecuentes y renovaciones totales del Parlamento. La tesis de nuestras Cortes de Cádiz. La realidad contemporánea: diferencia entre ambas Cámaras; mayor duración del Senado y tendencia a su renovación parcial; el mandato de las Cámaras populares, entre dos años (Cámara de Representantes en los Estados Unidos) y cinco (Inglaterra: preceptos de alto interés que contiene acerca del particular la *Parliament Act* de 1911). El problema de la autoprolongación de su vida por el Parlamento (Lores contra Comunes en 1715; Francia en 1893; Alemania en 1888; las necesidades de la Gran Guerra): discusión teórica respecto al caso.

6) *La disolución*. Realizada por el Ejecutivo, provoca algunas objeciones (va contra la soberanía; vulnera la división de poderes; en ciertas Repúblicas presenta al mandatario revocando al mandante; en Monarquías supone un vestigio de despotismo regio, etc.). Sin embargo, es de esencia en todo auténtico régimen parlamentario (parlamentario *puro e impuro* según Redslob), y responde a una obligada función coordinadora (Cámara infiel al Pueblo; pugna entre Cuerpos Colegisladores; casos de partidos); por lo cual se practica con frecuencia (Inglaterra, Alemania; el caso singular de Francia). Su verdadera misión es auscultar la opinión del Cuerpo electoral (porque hoy Poder moderador es el Pueblo). Abusos: Cámara no constituida aún; suspender primero y disolver después; para provocar elecciones propicias a un Gobierno. Dificultades: la necesidad de refrendo en Alemania; la responsabilidad del Gobierno como contrapartida. Garantías: *non bis in idem*: nueva convocatoria, etc.

7) *La disolución*, arma defensiva, no ofensiva, como contrapeso a las demasías del parlamentarismo, y como apelación a la democracia del sufragio. Con ella, reduciendo algo la duración del mandato, y con una legislatura anual decorosa, o facultad de autoconvocación bien reglamentada, se evitarían no pocas corruptelas y abusos actuales.

Lección 6.^a

CONSTITUCIÓN DE LAS CÁMARAS. ACTAS, INCOMPATIBILIDADES Y PRIVILEGIOS.

1) *Constitución, provisional, interina y definitiva*: sus características. Funciones de las Cámaras mientras no se ha llegado a la constitución definitiva: casos excepcionales. Precedentes españoles en la materia. Simplificación en las segundas o ulteriores legislaturas.

2) *La Mesa de las Cámaras*. Elementos que las integran y misión que les incumbe. Diferencia entre Cámaras Altas y populares en punto a la designación de Mesa. Representación de los grupos políticos. La función del Presidente: tres tipos de Presidencia según Hatschek; carácter de esta Magistratura en la Cámara de los Comunes; en Francia; en Estados Unidos; en la Alemania imperial. El prestigio del Presidente en Cámaras hostiles: Los peligros de la elección pública del Presidente (alusión a Francia). La actuación política del Presidente en ocasiones (consultas del Jefe del Estado). Las facultades del Presidente en punto a Orden del día, poderes disciplinarios y servicios interiores (de policía, de personal, etc.). Los Cuestores y su actuación. Las atribuciones colectivas de la Mesa como organismo. Las Juntas o reuniones de Jefes de grupos; el Consejo de Decanos, etc.

3) *El régimen de actas*. Antecedentes históricos sobre examen de poderes; alusión a las modernas Asambleas diplomáticas y a la revisión de credenciales. El problema de las Actas en los Parlamentos modernos: teorías que se disputan el campo: A) Las Cámaras como Jueces de sus propias elecciones; como arma para defenderse contra presiones del Ejecutivo; y contra claudicaciones de los Tribunales, débiles ante el Gobierno; y para evitar fallos inútilmente rigoristas; para garantizar, en suma, la independencia parlamentaria. Estados en que se practica el sistema; datos sobre España hasta la Ley de 8 de agosto de 1907. B) La intervención de los Tribunales ordinarios; porque se trata de verdaderos pleitos; y hacer otra cosa sería ir contra la división de poderes; y porque los intereses de partido no tienen

acceso al pretorio; evitando las injusticias de una mayoría casi nunca imparcial. Países que se inspiran en este criterio; alusión a los propósitos de Bravo Murillo entre nosotros; el régimen de actas en la Ley Electoral última; conciliación entre exigencias constitucionales y realidades políticas; la propuesta cuarta; el resultado general del sistema (premura de tiempo, agobio de Magistrados, excesiva facilidad para protestar actas, indefensión del Tribunal Supremo en el Parlamento. C) Sistema mixto: el caso de Alemania; el de Checoslovaquia; el de Grecia; referencia a los Estados Unidos; nuestro Tribunal de Actas en la Ley de 1890 (?). La condición del Diputado o Senador pendiente de admisión. La renuncia del parlamentario: criterio inglés; criterio continental; riesgos actuales.

4) *Las incompatibilidades*. Diferencia con las incapacidades. Razones a que obedece la incompatibilidad: independencia del parlamentario con respecto al Gobierno, que quiere captarlo; garantía de que el parlamentario tendrá libertad para fiscalizar a los Ministros (no Jefes suyos); seguridad de que la función parlamentaria será atendida debidamente. Casos en que cabe optar; otros en que ha de cesarse en el mandato parlamentario. El problema general del funcionario-Diputado; criterios encontrados; inadmisibilidad total; o con respecto a ciertas categorías; o relación a cargos de la Defensa Nacional, etc. La cuestión de las incompatibilidades en España: la ley de 22 de julio de 1918 y la excedencia forzosa. Alusión al problema de la retribución de los parlamentarios.

5) *Los privilegios parlamentarios*. Teoría general. Verdadera naturaleza objetiva, no personal, de aquéllos; razones a que obedecen. *La inviolabilidad*: Derecho inglés; antecedentes españoles; régimen actual de los principales Países; qué actos ampara la inviolabilidad; ¿cabe aplicarla fuera de los locales parlamentarios?; ¿A actos de Comisiones?; ¿Es causa de inimputabilidad o de justificación?. Riesgos que entraña; garantías de los particulares y de la propia Cámara frente a abusos del parlamentario; modernas tendencias restrictivas en la materia. *La inmunidad*. Cómo se diferencia de la inviolabilidad. Sus antecedentes en Inglaterra y en el Continente europeo. Su ámbito antiguo (tiempo que duraba y personas a que se extendía). Su verdadero sentido en la actualidad: régimen inglés, francés, alemán y norteamericano. El problema en España; desconfianza hacia el Eje-

cutivo y a la falta de independencia judicial; la inmunidad se cedía o endosaba; negativa sistemática de los Suplicatorios, impunidad; la reacción de la Ley de Jurisdicciones. Necesidad de frenar el abuso advertido. *Tribunal privilegiado*. Motivos a que responde; quién sea el organismo judicial llamado a intervenir: Derecho español; Art. 47 de la Constitución y Ley de 9 de febrero de 1912. *Exención de obligaciones*: no declarar respecto a quienes les hubieran facilitado datos para una interpelación; no acudir a levantar ciertas cargas. *Derechos económicos*: el problema de la gratuidad o retribución del mandato parlamentario; diferencia entre Senados y Cámaras bajas; razones en pro de la gratuidad; argumentos en favor de la remuneración; tendencia hoy dominante. Maneras de retribución: dietas; indemnizaciones; sueldo. Características y forma de aplicación de cada sistema. El problema en España: la Ley de 1907; intentos de reforma; la indemnización por franquicia. Otros derechos.

6) *Conclusiones*. Necesidad de organizar con cierta personalidad la Mesa. Reformas en el régimen de actas, pero manteniendo la jurisdicción de los Tribunales. Reforzar la severidad en materia de incompatibilidades, pero principalmente con respecto a los portavoces de grandes Empresas o intereses. Reducción razonable de los privilegios como única forma de poderlos conservar.

Lección 7.^a

RÉGIMEN DE SECCIONES O COMISIONES

1) *Planteamiento del problema*. El volumen excesivo de las Cámaras para un funcionamiento eficaz. Por eso, antes de examinar las funciones (Lecciones 8.^a y 9.^a), hay que estudiar el instrumento capital de actuación. Teoría general de las Comisiones, y sus clases: interparlamentarias, extraparlamentarias, parlamentarias. Cuadro general de sus intervenciones posibles.

2) *El procedimiento legislativo*. La triple lectura (Inglaterra); las Comisiones especiales (Francia); las Comisiones permanentes (Estados Unidos). El *sistema inglés*: Comité general; no todos los parlamentarios saben leer; sin Presidente; mayor libertad (Ilbert); su teórico (Bentham); el principio de selección natural y espontánea;

referencias históricas; ritualidad actual de la primera lectura. Carácter de la segunda lectura y de la discusión durante ella; *quorum*. La tercera lectura: qué enmiendas caben. Ventajas atribuidas al sistema; condiciones que presupone y exige. *El sistema francés*. Antecedentes. El sorteo de Secciones; el estudio de los proyectos en ellas; la Comisión especial; esperanzas que se pusieron en las Secciones; dificultades con que se tropezó (renovación demasiado frecuente; falta de Diputados; mala distribución de capacidades; lentitud; mayoría distinta en Cámara y en alguna Sección; influjo del Gobierno). La defensa que hacen de las Secciones algunos técnicos y parlamentarios (Pierre, Péret, Angoulvant, Piétri). Descrédito del sistema. *El sistema norteamericano*. Por qué se ha llamado *Permanentes* a las Comisiones; cómo se organizan (por materias o por Departamentos, según los Países); cómo funcionan. Ventajas que se les atribuyen: examen técnico y profundo de los asuntos; independencia; evitan la discusión en la Cámara. El régimen vigente en los Estados Unidos: datos de FESS; censuras de Wilson.

3) *La situación actual*. El sistema *sui generis* de Italia. La creación de Comisiones permanentes en Francia; designación por los grupos políticos; número de Vocales; prohibición de pertenecer a dos o más; cuáles son las de mayor importancia. Dificultades que han surgido: escasa concurrencia; falta de local; carencia de elementos auxiliares eficaces (pero desconfianza hacia una Secretaría técnica demasiado influyente); conflictos de competencia; sesiones sin publicidad. Juicio sobre ellas: favorable en lo legislativo; adverso en lo político (abusos en materia de fiscalización; ejemplos). Opinión de Maxime Leroy. Idem de M. Cuevas. La aparición de algunas Comisiones permanentes en Inglaterra: cómo funcionan aquéllas en la Cámara de los Comunes. El problema en Alemania: Comisiones existentes; cómo se forman; imposibilidad de que tenga mayoría en ninguna quien no lo posea en el Reichstag; intervención de los grupos; alternado y cuenta de compensación; notas características (confidencialidad, semipublicidad, representación de minorías, comparecencia de Ministros, asistencia de otros Diputados y no mandato imperativo de la Cámara).

4) *Derecho español*. Examen de los Reglamentos parlamentarios españoles de 1810 (Comisiones especiales), 1813 (permanentes,

con 5 a 9 Vocales y designación por la Mesa), 1821 (muy semejante al anterior), 1838 (aparición de las Secciones), 1847 (Comisiones especiales), proyecto de 1852 (sistema de la triple lectura), 1867 (Comisiones especiales, aunque mejor organizadas), 1873 (permanentes), y reforma reglamentaria de 1918: constituye uno de los cuatro puntos del programa formado por el Gobierno nacional. Qué Comisiones permanentes, no legislativas, existen entre nosotros; cómo se crean: ¿debe subsistir la de Presupuestos una vez creada la de Hacienda? Diferencias entre Congreso y Senado a este respecto. Juicio general.

5) *La época de la postguerra.* Antes se creía que lo presidencial exigía Comisiones permanentes, y lo parlamentario reclamaba Comisiones especiales; se van creando circunstancialmente Comisiones de cierta permanencia; finalmente, se adopta como sistema. Países en que se hallan actualmente organizadas. Repercusiones en los textos constitucionales (racionalización según Mirkiné Guetzévitch). Las Comisiones *ultrapermanentes*: por qué cabe llamarlas así; Estados en que existen; misiones que tienen confiadas; peligros que llevan consigo.

6) *Crítica del sistema de Comisiones permanentes.* Ch. Benoist (desviación del régimen parlamentario). Passy (aristocracia contraria al espíritu republicano). Jézè (*des coupegorges politiques*). Poincaré (son verdaderos contra-gobiernos). Blum (ni siquiera tienen la pretendida competencia). Pero son defectos de los hombres, no de la institución. En la intimidad han ayudado muchas veces al Gobierno con provechosos consejos. La experiencia española en esta materia.

7) *Conclusiones.* El peligro de desnaturalización según Azcárate. Perniciosa influencia de la nota partidista. Las Comisiones permanentes, reducidas a su órbita estricta, y frenadas contra extralimitaciones, deben ser la garantía contra la alegada incompetencia del Parlamento. Una Cámara Alta que representa auténticos intereses sociales, una Cámara baja que refleja bien el sentir popular, y unas Comisiones permanentes que dictaminen con pericia y sin pasiones políticas, pueden ser la rehabilitación parlamentaria.

Lección 8.^a

LA ELABORACIÓN DE LA LEY

1) *Preliminares*. Coincidencia de la función legislativa y de la económica (por operarse ésta mediante Leyes). Los tres momentos de la Ley; iniciativa; tramitación; sanción (y derivados). Importancia de la materia (porque de la Ley depende el progreso del País); incluso por la forma (XII Tablas, Recepción). De dónde se toma la materia legislativa; Generalidades sobre *política legislativa* (Leyes de tendencia; función educadora, etc.). Indicaciones sobre *técnica legislativa* (Codificación; Comisiones preparatorias; un técnico; documentos explicativos). Diferencia de la Ley con respecto a las resoluciones o Decretos.

2) *La iniciativa*. Opinión de Royer-Collard. No es petición. La iniciativa y la enmienda. Época del *predominio monárquico*: la tradición inglesa; los comienzos del régimen en Francia; la Carta de 1814; la legislación de 1852; nuestro Estatuto Real. Ventajas del sistema en punto a la técnica de los preceptos. Inconvenientes (Pedregal). Etapa del *predominio parlamentario*. Francia en 1791 y 1793. Los Mensajes del Presidente norteamericano al Congreso. Nuestra proyectada Constitución federal de 1873. Realidades prácticas. *Sistema intermedio*: el Gobierno conoce mejor las necesidades; y tiene mayores elementos para la preparación; pero parlamentarios pueden y deben suplir inercias y lagunas del Gabinete. Diferencias entre *proyecto* y *proposición de Ley*. Condiciones que suelen exigirse para éstas (número de firmas, por ejemplo); ámbito más modesto en que acostumbran a moverse; excepciones. *Otros Organismos que inician*. El Reichsrat; el Consejo Económico del Reich: valor de sus propuestas. *La iniciativa popular*. La espada y el escudo, según Brooks. Forma de democracia directa o semi-directa, que casi ofrece una tercera Cámara, llamada a iniciar y a vetar. Origen, formas y aspectos que hoy revisten estas instituciones en el moderno constitucionalismo. Alusiones a Alemania.

3) *La discusión*. Su importancia; influjo de la razón; abusos denunciados; plétora de iniciativas y esterilidad de resultados; la

consecuencia es la serie de delegaciones, autorizaciones, dozavas provisionales, etc.; opiniones de Bismarck y Ch. Benoist. Tendencia de las últimas Constituciones a consignar preceptos de tono reglamentario. Discusión de totalidad y por Artículos: sus características. Necesidad de dictamen previo y de plazo para que sea estudiado; los votos particulares: su significación. Las enmiendas: orden de discusión. Turnos en pro y en contra. Ardidés (Hamilton). Intervenciones de la Comisión y del Gobierno. Los Comisarios del Gobierno en el régimen francés. La petición de palabra para la discusión (criterio inglés y continental). Consejos del «Manual» de Jefferson para el caso de oradores pertinaces y no escuchados.

4) *La obstrucción*. Cómo nace. Cómo se generaliza. El empleo extremado de los medios reglamentarios (dominio del propio Reglamento y utilización de sus lagunas; proposiciones incidentales; lecturas profusas; enmiendas innumerables; discursos prolijos; votaciones reiteradas; petición de *quorum*; ausencia). Los medios antirreglamentarios (ruidos, alborotos, etc.). Remedios: ineficaces cuando el grupo obstruccionista es muy grande. Las leyes especiales contra la obstrucción (Austria, Servia). Medidas disciplinarias. Fórmulas de buena discusión: prohibición de que hable dos veces el mismo orador; máximum de tiempo para cada discurso; restricción de enmiendas; y de votaciones. La *clôture* y sus modalidades. La llamada «guillotina» en el Derecho español: el artículo 112 del nuevo Reglamento del Congreso: características que presenta; aplicaciones que de él se han hecho. El procedimiento de urgencia, o de extrema urgencia. La tramitación inglesa de los *bills* privados. El *referendum* como correctivo contra extralimitaciones del Parlamento.

5) *La votación*. Influjo de la voluntad. Su valor respectivo en comparación con el debate. Las formas de votar: votación ordinaria (levantados o sentados); nominal; por bolas; por papeletas (abusos en Francia); por *división*, a la manera inglesa. El *quorum* de acuerdo según los Parlamentos y las materias. La posibilidad de abstenerse en las votaciones. El sistema de «parejas» en Inglaterra. Teoría general del *vote acquis*: valor relativo de las adhesiones posteriores a una votación ya proclamada. Significación y requisitos de la *aprobación definitiva* de un proyecto de Ley.

6) *Intervención de la otra Cámara.* Alusión a la prerrogativa financiera de las Cámaras populares. Razones históricas (Thonnissen); situación actual. Cómo se notifica la aprobación por un Cuerpo Colegislador a la otra Cámara. La aprobación de textos discrepantes por las dos ramas del Parlamento: sistema francés y sus inconvenientes (número indefinido de discusiones de un mismo asunto; 41 años en aprobar una Ley, esto es, desde 1883 a 1917, por ejemplo). El sistema español: ventajas e inconvenientes de las Comisiones mixtas; forma en que pueden discutirse y aprobarse sus dictámenes.-

7) *La promulgación.* Conformidad con lo acordado por el Parlamento, legalidad de tramitación, asentimiento del Jefe del Estado. La sanción en las Monarquías. El veto absoluto en la doctrina, en la práctica histórica y en la realidad actual. El veto suspensivo: naturaleza y alcance; el ejemplo de los Estados Unidos. El caso de Francia: la solución democrática extrema de 1793, y el régimen vigente. Forma de otorgar la sanción en España; promulgación en nuestro Derecho; carencia de plazo para ello (lo ocurrido con la Ley sobre «el libro de familia»).

8) *La publicación.* Su carácter y finalidad. Medios de efectuarla. Confusión de ella con la promulgación: examen del caso en el Derecho italiano y en el español. Consecuencias de la publicación.

9) *Conclusiones.* Necesidad de dignificar las discusiones; y de nutrir las votaciones importantes; ineficacia del veto absoluto; posibles ventajas del suspensivo; ¿compatibilidad del régimen parlamentario con la democracia directa?

Lección 9.^a

FUNCIÓN FISCALIZADORA Y POLÍTICA

1) *Preliminares.* Un moderno régimen democrático puede organizarse con democracia pura o sin ella, y en este segundo caso, hallarnos ante una democracia con separación o con equilibrio de poderes (Cantones de Suiza y Rousseau; Estados Unidos, Montesquieu y *The Federalist*; Francia y Prévost-Paradol). También cabe una omnipotencia del Legislativo (Federación helvética). Y fórmu-

las intermedias (Alemania, Argentina, etc.). Las relaciones del Ejecutivo con el Parlamento pueden ser: de supeditación (Suiza), de divorcio (Estados Unidos) o de equilibrio (Inglaterra, y en algún sentido Francia). Cómo nace y se desenvuelve el régimen parlamentario; mayoría unitaria; coalición; cartel; minoría (el laborismo inglés en ciertos momentos).

2) *Relaciones entre el Gobierno y Parlamento.* Si funciones de éste comenzaron siendo dos, legislar y votar tributos, tiene hoy otras dos muy importantes en muchos Países: fiscalizar y dirigir la política. Si el nombre de «Ejecutivo» resulta modesto, su función reviste inmensa trascendencia y propende a usurpaciones. Cómo nace la función fiscalizadora (es consecuencia de la financiera, pues se pregunta luego cómo se gastó el dinero concedido). Cómo suelen terminar (preguntando cómo se gobierna y no dejando casi hacerlo). Verdadero ámbito de la fiscalización: *a posteriori*; sin que el Gobierno abdique de sus propias funciones; y contrayendo responsabilidad por ellas; por eso, el corolario de la fiscalización es la censura.

3) *Medios de fiscalizar.* El Presupuesto y las Cuentas del Estado; procedimiento indirecto, pero eficaz, porque abarca toda la Administración; y va ligado con la concesión o negación de nuevos créditos. La petición de expedientes para ser examinados en la Cámara: alusión a Francia; el problema en España; la paralización consiguiente de trámites. Ruegos y preguntas: diferencia entre ellos; origen inglés; tiempo que allí se les dedica y extensión que se les consiente; el sistema escrito; forma de contestar. El criterio francés: versan sobre detalles administrativos o políticos (verdaderas minucias, en ocasiones); la implantación del sistema escrito y sus resultados contraproducentes (porque los electores abrumaban al Diputado); cómo se diferencian de las interpelaciones (en punto a aceptación, volumen, tiempo del horario oficial, no votación, etc.). Lo español: a quiénes pueden dirigirse; a qué hora se trata de ellas; sesiones especiales; valor relativo; abuso en materia de extensión; intentos de alusiones, etc.

4) *La interpelación.* ¿Constituye verdadero derecho? Opiniones de Laband y Seydel. Idem. de Miceli y Hatschek. Sus finalidades: residenciar al Ejecutivo; interesar a la opinión pública; recon-

tar fuerzas y quebrantar al Gobierno. El sistema inglés de la *motion to adjourn*; quién puede plantearla. El criterio francés: la formula un diputado (o un grupo por su boca); siempre al Gobierno; sobre cualquier materia, menos la Constitución, asuntos judiciales o política exterior a veces; tramitación (por escrito y con expresión del tema); aceptación obligada, pero fijación de fecha; *a la suite*; discursos; votaciones de prioridad y de fondo; posibilidad de *clôture* y de impugnación de ella; explicación del voto; subdivisiones y adiciones. El régimen español: materia poco y mal regulada, abusos consiguientes; cómo se anuncian; cómo se desenvuelven; quiénes pueden intervenir; cabe votación final (mediante una proposición no de Ley).

5) *Comisiones de investigación*. Constituciones antiguas que las autorizaban (Bélgica y Holanda, por ejemplo). Modernas Constituciones que las regulan (Alemania, *v. gr.*). Pueden nombralas ambas Cámaras conjuntamente, aunque suelen ser designadas por una sola de ellas. En el régimen inglés: se constituyen a veces para proponer reformas legislativas, o pronunciarse sobre cuestiones electorales, de personal o políticas; pero también las hay típicamente de investigación, dotadas de facultades privilegiadas (Sebastopol, etc.). En Francia: el problema de sus atribuciones; testigos remisos; juramento; actuación en asuntos de gran resonancia (Panamá, Rochette, Oustric). El régimen español: deficiencia de nuestros textos constitucionales; la realidad práctica; algunos casos en que se nombraron tales Comisiones (1871, expedientes sobre suministros de tabacos; 1893-94, sobre el estado de la Marina; otros ejemplos); escaso fruto en general. En Alemania: exposición del artículo 34 de la Constitución de Weimar, y de su aplicación en algún caso. Ventajas que suelen atribuirse a estas Comisiones. Inconvenientes que presentan (especialmente por roces con la Justicia y con la Administración). Cuestiones de técnica jurídica que plantean. Valor de las conclusiones que acostumbran a formular. Alusión al tema de las Comisiones permanentes (y a su propensión fiscalizadora). Mención de las modernas Comisiones ultrapermanentes (y riesgos que pueden a veces ocasionar).

6) *Votos de confianza y de censura*. Sanción del control parlamentario. El Gobierno necesita, en todo régimen parlamentario,

contar con la Cámara popular. ¿Y con el Senado? El caso de Francia. El de España (crisis de 1913, por ejemplo). Primacia del Legislativo (frente a criterios de minorías selectas; Hauriou). Se evitan así otras responsabilidades. Cómo se plantea la cuestión; por el Gobierno en cualquier momento; por la Cámara o un grupo; por el Jefe de la oposición. Solidaridad del Gabinete en general. Sorpresas, estratagemas e inestabilidad ministerial perniciosas. La reacción contra ello en las nuevas Constituciones, que al proclamar expresamente el principio parlamentario, condicionan su ejercicio; el caso de Checoslovaquia; el de Grecia; el de Alemania: reciente reforma del Reglamento del Reichstag. Una cita del Sr. Ossorio.

7) *Conclusiones*. Necesidad de vigorizar al Ejecutivo; que sólo debe responder políticamente ante la Cámara popular en pleno (no ante Comisiones); y con ocasión de asunto grave; y mediante tramitación que suponga garantías; y con un *quorum* alto que impida confabulaciones y codicias.

6. *Unas breves notas sobre el Cursillo de la Residencia de Estudiantes de 1931*

Como estudioso o amante del Parlamento (y menos aún como hijo que enaltece la figura y la obra del padre) no tendría yo prácticamente nada que añadir al juicioso y bien razonado y trabado contenido de dicho programa; y sobre todo si se tiene en cuenta que al final de cada Lección figura un apartado de conclusiones, absoluta o radical y ontológicamente expresivas, aún cuando no sean más que un programa detallado que no llega a expresar el íntegro pensamiento del autor. Pero me parece relevante subrayar tres grandes aspectos, para mí los que tienen un muy especial peso específico, y que en mi opinión constituyen las principales lecciones que comprimen en lo esencial las ideas del teórico del Derecho parlamentario que impartió el cursillo:

1.^a Frente a crisis, reforma, con alguna constatación de gran calado: hay varias tendencias visibles, como ocurre con la constitucionalización del derecho parlamentario y la parlamentarización del Ejecutivo al cual, simultáneamente, hay que vigorizar. El sa-

neamiento de la institución impone la continencia parlamentaria y su mayor preparación. En fin, resulta imprescindible una dosis adecuada de kelsenianismo: inseparabilidad (relación, pues, no contingente, sino necesaria, entre ambos elementos) de democracia y Parlamento.

2.^a Desaparición de privilegios de origen y fortuna en la constitución de las Cámaras. Monopolio de la Baja/popular en lo financiero y político. El Senado ha de sedimentar, no obstruir.

3.^a La rehabilitación parlamentaria en todo caso requiere una Cámara Alta que represente auténticos intereses sociales; una Cámara Baja que refleje bien el sentir popular; y unas Comisiones permanentes que dictaminen con pericia y sin presiones políticas.

7. *La inserción de esas materias en su primer Programa de Derecho Política como Catedrático de la Central, del Curso 1933/1934*

Si las Lecciones que preceden tenían por objeto analizar unos problemas concretos en un tiempo dado, creo buen ejercicio dialéctico el confrontar su literatura con lo que mi padre consideraba lo que podríamos considerar como materias estructurales o perennes, es decir, las que debían siempre ser explicadas como permanentes por un Catedrático de Derecho Político. Y para ello acudo a su primer programa de la asignatura, el de 1933-34, una vez ya obtenida — a raíz de octubre de 1932, cuando se produjo la vacante por jubilación del Maestro Posada— la titularidad en la Cátedra de la Universidad Central. Las dieciséis lecciones dedicadas a la materia eran las que inserto a continuación (61 a 76):

LECCIÓN 61

Composición del Poder legislativo

1. El Jefe del Estado, los Ministros y las Cámaras. Representaciones profesionales, técnicas o económicas. 2. El Parlamento: unidad o dualidad de Cámaras. Soluciones tradicionales y tendencia actual. 3. Actuación conjunta de ambas Cámaras para determinados asuntos; nombre que entonces recibe la Asamblea y forma como actúa.

LECCIÓN 62

La Cámara Alta

1. Nombres con que suele designársela. Origen y evolución. 2. Clases de Senados o Cámaras Altas en la actualidad. 3. Indicações sobre la Cámara de los Lores y los Senados de Norteamérica, Francia, Irlanda e Italia. 4. Solución noruega. 5. El Consejo federal alemán de la época imperial y su continuador en la República.

LECCIÓN 63

La Cámara Popular

1. Denominaciones que recibe, forma como se recluta y tendencias actuales respecto a su composición (número de parlamentarios, evolución del sufragio activo y pasivo, etc.). 2. La Cámara de los Comunes inglesa, la Cámara de los Representantes en Norteamérica, la Cámara de los Diputados en Francia, el Reichstag alemán, el Consejo de las Naciones en Suiza. 3. Examen especial de la Cámara corporativa italiana. 4. Las Cortes españolas: disposiciones generales de nuestra Constitución sobre la organización del Congreso.

LECCIÓN 64

Organización del sufragio

1. El sufragio como derecho y como deber en el Derecho contemporáneo. Sufragio universal y restringido: edad, sexo, renta y moralidad en cuanto requisitos para el sufragio. 2. Sufragio individual, familiar, corporativo, etc. 3. Derecho español acerca de la materia: Constitución de 1931; Ley Electoral de 1907 y reforma de 1933. 4. La formación y la rectificación del Censo: trámites y garantías.

LECCIÓN 65

Organización del sufragio

(CONTINUACIÓN)

1. La organización territorial del sufragio: Colegio nacional único, distritos, circunscripciones. Discusión respecto a estos dos úl-

timos tipos. 2. Sistema seguido en los principales Países. 3. Criterio a que respondía el Derecho histórico español. Derecho vigente. 4. El sufragio igual. En qué sentido ha de entenderse. Contra qué criterios reacciona (sufragio por clases, voto plural, etc.). 5. Tendencias del neoconstitucionalismo.

LECCIÓN 66

Organización del sufragio

(CONTINUACIÓN)

1. El sistema clásico de mayorías: sus fundamentos y aplicaciones. 2. La representación de minorías: *a*) empíricamente (voto limitado, acumulado, etc.); *b*) racionalmente (sistemas de representación proporcional). 3. Procedimientos Andrae-Hare, D'Hondt y de Baden. Panachement. Votos preferenciales. 4. Polémica actual respecto al sistema proporcionalista, y ojeada sobre su aplicación. 5. Indicaciones de Derecho comparado sobre estas cuestiones.

LECCIÓN 67

Organización del sufragio

(CONCLUSIÓN)

1. El voto directo. Razón a que responde. 2. El voto secreto: discusión sobre su justicia y conveniencia. 3. El voto en día feriado. 4. Prohibición del voto en varios Colegios. Prohibición de las candidaturas múltiples. 5. Garantías para pureza del sufragio (preparativos de la elección; sobre electoral; cabina aisladora; identificación del elector; fe pública; sanciones contra la corrupción, etc.). 6. El voto por poder y por correspondencia. 7. Indicaciones sumarias de Derecho nacional y extranjero.

LECCIÓN 68

Privilegios de las Cámaras

1. Reglamento y policía interior. 2. Mesa. 3. Actas. 4. Disciplina. 5. Presupuesto. 6. Inviolabilidad. 7. Inmunidad. 8. Retribución. 9. Otras ventajas concedidas a los parlamentarios.

LECCIÓN 69

El mandato parlamentario

1. Duración del mandato: renovación total o parcial. 2. Incompatibilidades y casos de reelección. Criterio en los principales Países. Ley española de 8 de abril de 1933. 3. Renuncia y revocación. 4. Pérdida del mandato por sanción disciplinaria y por cambio de partido político. 5. Obligaciones que impone el mandato parlamentario.

LECCIÓN 70

Reunión del Parlamento

1. Simultaneidad de actuación de ambas Cámaras en regímenes bicamerales: excepciones. 2. Reunión del Parlamento en fecha fija y mínimo anual de sesiones. 3. Convocatoria automática en ciertos supuestos. 4. Convocatoria por el Jefe del Estado. 5. Autoconvocación. 6. Suspensión de sesiones. 7. Diputación permanente de Cortes. 8. Indicaciones de Derecho nacional y extranjero.

LECCIÓN 71

Funciones del Parlamento

1. Función legislativa. Quién inicia la Ley. El problema en nuestra Constitución. 2. El derecho de enmienda. 3. Sistemas de elaboración de la Ley (triple lectura, Secciones, Comisiones permanentes). 4. Quórum de presencia y acuerdo. 5. Régimen de discusión y votaciones.

LECCIÓN 72

Funciones del Parlamento

(CONTINUACIÓN)

1. Función financiera. Antecedentes. Privilegio de las Cámaras bajas. Ley inglesa de 1911. 2. Tramitación de Presupuestos, créditos, pensiones y Leyes tributarias. 3. Examen y aprobación de las cuentas del Estado. 4. Limitaciones al derecho de iniciativa parlamentaria en esta materia. 5. Derecho nacional y extranjero.

LECCIÓN 73

Funciones del Parlamento

(CONCLUSIÓN)

1. La función política del Parlamento: *a)* En lo exterior (la guerra y la paz, los Tratados internacionales). *2.b)* En lo interior: ruegos, preguntas e interpelaciones. Votos de confianza y censura: moderna reglamentación. 3. Las Comisiones permanentes de salvaguardia y de asuntos exteriores. 4. Indicaciones sobre la función judicial del Parlamento: responsabilidad que exige éste y forma de actuar. Las Comisiones de investigación. Disposiciones de la Constitución española sobre estos problemas.

LECCIÓN 74

Sanción, veto y promulgación

1. La sanción regia y el veto absoluto. 2. El veto suspensivo: ejemplos. 3. Función arbitral del referéndum a este respecto en el moderno constitucionalismo. 4. La promulgación de la Ley: su verdadero alcance. 5. La publicación de la Ley. 6. Derecho español y extranjero.

LECCIÓN 75

La disolución del Parlamento

1. Naturaleza del derecho de disolución. A quién corresponde. Con respecto a qué Cámaras se emplea, y casos en que procede. 2. Significación de este instituto en el régimen parlamentario: Inglaterra, Francia, Alemania. 3. Límites que se imponen al derecho de disolución. 4. Derecho español vigente acerca de la materia.

LECCIÓN 76

El problema de los Parlamentos técnicos o profesionales

1. Soluciones antiguas y fórmulas modernas. 2. Rusia. Italia. Los Consejos Económicos de Alemania y Francia. 3. Los Consejos técnicos en España. 4. Aspiración a que el instituto responda, y resultados obtenidos en la práctica.

II. EL OTRO CURSILLO SOBRE DERECHO PARLAMENTARIO: ESQUEMA DEL QUE PROFESÉ EN ICADE 70 AÑOS MÁS TARDE, EN 2001

El que yo también haya ejercido en la «sacristía parlamentaria», como él decía, pues pertenezco al Cuerpo de Letrados de las Cortes desde el 2 de enero de 1975, sin duda ha sido suficiente y eficiente causa por una vocación, que continúa, hacia el derecho parlamentario, que desde aquel entonces no ha dejado de aflorar en mis preocupaciones, en mi vivencia profesional ininterrumpida y en mis publicaciones.

Fruto de la reflexión de la práctica, las lecciones cuyo programa ofrezco a continuación fueron plasmándose de forma progresiva, hasta cristalizar en el elemento aglutinador que me ha parecido más sistematizador para alumnos de una licenciatura de Derecho. De ahí el predominio de lo *Estatutario* y antiestatutario. Lo ofrezco al lector tal como se plasmó en el último año que impartí en Icade la asignatura optativa de derecho parlamentario, quedando también cerrada en esa fecha (primer cuatrimestre del curso académico 2001/2002) la bibliografía general que se ofrecía como orientación. A partir de esos datos, el sufrido lector puede hacer cuantas comparaciones y observaciones tenga por conveniente.

«

1. *El programa de la asignatura optativa Derecho Parlamentario.*

Optativa.

Derecho - ICADE. 1.º Cuatrimestre
Curso 2001/2002

DERECHO PARLAMENTARIO

Programa de la asignatura

I. *ESTATUTO NORMATIVO*

(El derecho parlamentario y sus normas).

1. El derecho parlamentario.
Naturaleza y caracteres.
2. Las fuentes del derecho parlamentario.
 - A. La Constitución.
 - B. La Ley. Crítica a las fuentes espurias.
 - C. El Reglamento parlamentario.
 - a) Su especial relevancia.
 - b) La pretendida autonomía o autonormación.
 - c) Su control de constitucionalidad.
 - d) Interpretación y lagunas.
 - D. Las Resoluciones de la Presidencia.
 - E. Acuerdos formales e informales.
 - F. Actos normativos de órganos ajurídicos: el Estatuto del Personal y las «Mesas conjuntas» (ref. a S.T.C. y S.T.S., relativas a la modificación de dicho Estatuto).
3. El principio Kelseniano «pro acuerdo» y la relativización en derecho parlamentario del sistema de fuentes.
4. La complejidad orgánica de las Cortes: la necesaria elaboración de un Reglamento que regule sus competencias y sesiones conjuntas.

II. *ESTATUTO INSTITUCIONAL* (Los miembros y órganos del Parlamento).

1. Monocameralismo y bicameralismo de la institución parlamentaria.
2. Relaciones entre Cámaras.
3. Actos de constitución y de clausura de las Cámaras.
4. Los llamados órganos directivos o rectores.
5. Los órganos «funcionales». Especial referencia a Comisiones y Ponencias.
6. Los parlamentarios y sus prerrogativas. Obligaciones y deberes. El acceso al ejercicio de la función parlamentaria.

III. *ESTATUTO FUNCIONAL* (Funciones, competencias y objeto de la actividad parlamentaria).

1. La elaboración de las Leyes.
2. El control de una función legislativa extraparlamentaria.
3. La manifestación de una voluntad política.
4. La concreción de programas electorales.
5. La comunicación con la Sociedad.
6. La puesta en funcionamiento de órganos constitucionales.
7. El control de órganos estatales.
8. La formación de una opinión pública ideologizada.
9. El instrumento funcional por excelencia: el acto parlamentario y los recursos contra los diversos actos.

IV. *ESTATUTO ADJETIVO*

(Los diversos procedimientos y servicios del Parlamento).

1. Los *Sujetos* del procedimiento.
 - A. Diputados y Senadores.
 - B. Los Grupos parlamentarios.
(Mención específica a los Grupos territoriales, a los Subgrupos y a las Agrupaciones).
 - C. El Gobierno. Ministros y otros miembros del Ejecutivo y la Administración.
 - D. Representantes de las Comunidades Autónomas.
 - E. Ciudadanos.
 - F. Otros sujetos con intervención muy circunstancial de acuerdo con la Constitución.
2. *Ciertas Circunstancias* del procedimiento.
 - A. El Tiempo. Especial referencia al Orden del Día y su fijación.
 - B. El Lugar. Conexión con los «privilegios» parlamentarios.
3. Los *Requisitos* del procedimiento.
 - A. La convocatoria.
 - B. El quórum.
 - C. La votación. El control de resultados.
 - D. La publicidad. Significado y excepciones.
4. La *formas* del procedimiento.

- A. El discurso. El debate.
 - B. Los textos opuestos o alternativos.
 - C. El predominio del elemento escrito.
5. *Las fases del procedimiento.*
- A. Admisión y trámite inicial de documentos.
 - B. Ponencia e interrupción para totalidad ante el Pleno.
 - C. Comisión.
 - D. Pleno y envío a otra Cámara. El principio de actuación sucesiva. Inicio en el Congreso y excepciones.
 - E. Las Comisiones Mixtas, votaciones de sus acuerdos y preponderancia del Congreso.
6. *Las clases del procedimiento.*
- A. Legislativos.
 - a) Ordinario o común.
 - 1.º Proyectos de Ley.
 - 2.º Propositiones de Ley. La toma en consideración.
 - b) Especiales. Referencia en todos ellos a los trámites más importantes.
 - 1.º Las leyes orgánicas «comunes».
 - 2.º Las leyes marco.
 - 3.º Las leyes de armonización.
 - 4.º La idiosincrasia del procedimiento presupuestario.
 - 5.º Los Estatutos de Autonomía: aprobación y revisión.
 - a. Trámite ordinario de aprobación.
 - b. Trámite de aprobación previsto en el artículo 151 de la Constitución.
 - c. Los procedimientos para su reforma.
 - 6.º Revisión y reforma constitucionales.
 - 7.º Dos vectores de signo contrario. Pleno frente a Comisión.
 - a. La lectura única en el Pleno.

BIBLIOGRAFÍA

Una orientación bibliográfica general

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, «Las Cortes Generales», en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, 4.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 343-467.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, «Contribución al estudio del derecho parlamentario», en *Revista de Derecho Público*, núm. 62, 1976, pp. 19-44.
- «De las Cortes Generales», en *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones Foro, 1978, pp. 429-608.
- ANDALUCÍA, Parlamento. Servicio de Biblioteca, «Bibliografía sobre derecho parlamentario español», en *Parlamento y consolidación democrática*, Juan CANO BUESO, Antonio PORRAS NADALES (coords.), Madrid, Tecnos, 1994, pp. 157-210.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio, «Los retos del parlamento en la actualidad», en *Diez años del Amejoramiento del Fuero (1982-1992): el estado de las autonomías y Navarra*, Pamplona, Parlamento de Navarra, 1994, pp. 89-114.
- CALVO MEIJIDE, Alberto, «Las Cortes Generales», en CALVO MEIJIDE, Alberto, *Introducción al derecho público y privado*, Madrid, Prensa y Ediciones Iberoamericanas, 1994, pp. 105-115.
- CANOSA USER, Raúl, «Poder legislativo», en *Nueva enciclopedia Jurídica*, vol. XIX, Barcelona, Francisco Seix, 1990, pp. 898-943.
- CORTES, *Las Cortes Generales. Jornadas de Estudio organizadas por el Cuerpo Superior de Letrados del Estado (mayo 1985): ponencias y comunicaciones*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1987, 3 vols.
- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis María, «Parlamento, proceso y opinión pública», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1986, pp. 83-106.
- ESTEBAN, Jorge de, «La situación del parlamento en las sociedades industriales», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 159-160, 1968, pp. 75-101.
- ESTEBAN, Jorge de, y LÓPEZ GUERRA, Luis, «La Cortes», en ESTEBAN, Jorge de, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, vol. 2, Barcelona, Labor, 1984, pp. 42-230.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, «Las Cortes Generales: Título III, Capítulo I», en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992), pp. 335-346.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, «La estructura de las Cortes Generales», en *Derecho constitucional*, Luis LÓPEZ GUERRA [et al.], vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 65-97.
- GIL-ROBLES QUIÑONES, José María, y PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, *Diccionario de términos electorales y parlamentarios*, Madrid, Taurus, 1977, 167 pp.
- GONZÁLEZ TEMPRANO, Antonio, «Cortes», en *Diccionario de ciencias sociales*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 568-571.
- GONZALO, Manuel, «Posición de las Cortes Generales en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. 2, Madrid, UNED, 1978, pp. 639-675.
- «Derecho parlamentario», en *Derecho político I*, unidades didácticas elaboradas por el equipo docente formado por Óscar Alzaga Villaamil [et al.]; dirección, Óscar ALZAGA VILLAAMIL; coordinación, Antonio TORRES DEL MORAL, vol. 1, Madrid, UNED, Facultad de Derecho, 1983, pp. 289-325.
- JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO, (1.^{as} 1984, Madrid). I Jornadas de Derecho Parlamentario, 21, 22 y 23 de marzo de 1984, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, 2 vols.
- (2.^{as} 1985, Madrid), II Jornadas de Derecho Parlamentario, 27, 28 y 29 de marzo de 1985, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986, 373 pp.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, «Artículo 66, Las Cortes Generales», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), Madrid, Edersa, 1983-1989, vol. VI, pp. 57-75.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, «La producción del derecho parlamentario: una nueva perspectiva sobre su naturaleza», en *Jornadas de Derecho Parlamentario (1.^{as} 1984. Madrid)*, I Jornadas de Derecho Parlamentario, 21, 22 y 23 de marzo de 1984, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, vol. I, pp. 175-180.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, «El poder legislativo: la asamblea», en LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 75-79.

- LUCAS VERDÚ, Pablo, «El derecho parlamentario en el marco del derecho político», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 72, 1986-1987, pp. 359-401.
- MANCISIDOR, E., «Reciente jurisprudencia constitucional sobre derecho parlamentario», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22 1988.
- MANZELLA, Andrea, «Las Cortes en el sistema constitucional español», en *La Constitución española de 1978*, Estudio sistemático dirigido por Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. 2.^a ed., reimpr. Madrid, Civitas, 1988, pp. 477-522.
- MARTÍNEZ ELIPE, León, «El derecho parlamentario como ordenamiento jurídico», en *Jornadas de Derecho Parlamentario (1.^{as} 1984, Madrid)*, I *Jornadas de Derecho Parlamentario*, 21, 22 y 23 de marzo de 1984, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, vol. II, pp. 505-532.
- «Significación del derecho parlamentario», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 8, 1986, pp. 189-226.
- *Tratado de Derecho parlamentario. 1. Introducción al Derecho Parlamentario. Conexiones históricas y político-jurídico-parlamentarias*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando, «Las Cortes Generales», en MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Instituciones de derecho constitucional español*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Ramón Carande [etc.], 1994, pp. 101-477.
- MOLAS, Isidre, y PITARCH, Ismael E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Madrid, Tecnos, 1987, 243 pp.
- PANIAGUA SOTO, Juan Luis, «El modelo parlamentario en la Constitución española de 1978», en *Transición política y consolidación democrática: España (1975-1986)*. ÁGUILA, Rafael del [et. al.]; compilador Ramón COTARELO, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1992, pp. 201-217.
- PEÑA RODRÍGUEZ, Luis de la, *Derecho Parlamentario Español y Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 1998.
- PEÑARANDA RAMOS, José Luis, «Bibliografía sistemática de derecho parlamentario», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984, pp. 261-283.
- «Bibliografía sistemática de derecho parlamentario», en *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, núm. 1, 1985, pp. 431-453.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976.

- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, «El acto parlamentario», en *Parlamento y Derecho. (Seminario sobre Derecho Parlamentario, celebrado los días 1 a 3 de marzo de 1990)*, Alberto FIGUEROA LARANDOGOITIA, Juan Carlos DA SILVA OCHOA (coords.), Vitoria-Gasteiz, Parlamento Vasco, 1991, pp. 453-477.
- «De las Cortes Generales: comentario introductorio al Capítulo I del Título III», en *Comentarios a las leyes políticas: Constitución española de 1978*, Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), Madrid, Edersa, 1983-1989, vol. VI, pp. 23-56.
- POSADA, Adolfo, *Estudios sobre régimen parlamentario en España*, Madrid, 1891.
- PUNSET BLANCO, Ramón, *Las Cortes Generales: estudios de derecho constitucional español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 259 pp.
- RAMÍREZ, Manuel, «Problemática actual del parlamento», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995, pp. 53-79.
- RECODER DE CASSO, Emilio, «Comentario al artículo 66», en *Comentarios a la Constitución*, F. GARRIDO FALLA [et al.], Madrid, Civitas, 1980, pp. 689-707.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, «Parlamento y gobierno», en RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder: (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 193-288.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «Las Cortes Generales», en SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema: (diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, Madrid, Editora Nacional, 1980, pp. 261-330.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas», en *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981, pp. 7-20.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Editora Nacional, 1984, 413 pp.
- SOLÉ TURA, Jordi, y APARICIO PÉREZ, Miguel A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, Tecnos, 1984, 331 pp.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, «Las Cortes Generales», en TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho constitucional español*, 2.^a ed., vol. 2, Madrid, Átomo, 1988, pp. 53-194.

TORRES MURO, Ignacio, «Ocho años de derecho parlamentario español: un comentario bibliográfico (1977-1985)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, 1986, pp. 221-237.

(Septiembre de 2011).

«CARTILLAS» Y «FEBREROS». COMPENDIOS
DE LEGISLACIÓN COMENTADOS POR LOS JURISTAS
ESPAÑOLES DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX

EDUARDO LÓPEZ PÁSARO (*)

SUMARIO: 1. IMPORTANCIA DE LA BIBLIOGRAFÍA DEL SIGLO XIX.—2. «CARTILLAS» Y «FEBREROS» DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX.—3. OTRAS OBRAS Y SUS AUTORES.—4. AUTORES EXILIADOS.—5. TRADUCCIONES DE OBRAS EXTRANJERAS REALIZADAS EN EL SIGLO XIX.

(*) Abogado. Doctor en Derecho.

Este artículo forma parte de la Tesis doctoral «Del interdicto *recuperandae possessionis* del siglo XIX, a la tutela posesoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000», dirigida por D. Julián-Pedro GONZÁLEZ VELASCO, y defendida el 17 de diciembre de 2010, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad CEU-San Pablo de Madrid, obteniendo la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. El tribunal estuvo compuesto por Dr. D. Juan MONTERO AROCA (presidente), Dr. D. José María CASTÁN VÁZQUEZ, Dr. D. Ramón LÓPEZ VILAS, Dra. D.^a María Pía CALDERÓN CUADRADO, Dr. D. Manuel SOROA Y SUÁREZ DE TANGIL.

*El espíritu de la disposición legal de hoy
ha de buscarse con frecuencia
en la disposición legal de ayer* (1)

1. IMPORTANCIA DE LA BIBLIOGRAFÍA DEL SIGLO XIX

Los fondos antiguos de las bibliotecas son considerados como *fuerza principal* de información y *yacimiento arqueológico* (2), pues reflejan, con multitud de matices, la forma de trabajar —y de pensar— de los juristas del siglo XIX, y, sin duda, los cambios sociales y políticos que entonces acontecieron.

No obstante, son fuentes escasas.

Su viaje por el tiempo ha sido largo y accidentado, guerras con quema de bibliotecas, y desde 1805, dada la escasez de papel (3), los

(1) Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Edición aumentada por José Vicente CARAVANTES y León GALINDO Y DE VERA, Madrid, Imp. Eduardo Cuesta, 1874. *Prologo de los adiccionadores*, p. I.

(2) Vicente MONTOJO MONTOJO, «Los fondos archivísticos como fuentes para el estudio de las Cancillerías reales en las Edades Media y Moderna», *Miscelánea medieval murciana*, núm. 23-24, Archivo histórico provincial de Murcia, 2003. p. 14.

(3) Pedro LÓPEZ GÓMEZ, «Los archivos de la administración de Justicia territorial en las edades moderna y contemporánea», *Actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en archivos de Justicia en la Historia de España celebradas en Guadalajara 11-14 noviembre de 1997*. ANABAD, *Cuadernos de archivos y Bibliotecas de Castilla La Mancha*, núm. 4. Guadalajara, 1999, t. I, p. 300.

archivos judiciales y bibliotecas de legislación, ya derogada, eran reciclados como cartuchería de artillería. Posteriormente fueron los *expurgos* oficiales decretados a partir de 1911 que, inmisericordes, destruyeron mediante el fuego los manuales jurídicos entonces declarados inútiles (4).

Aquellos que sobrevivieron, sirvieron de materia para producir pasta para la fabricación de papel en 1937 con motivo de la Guerra Civil (5).

Por otra parte, pese a la creación de la Compañía de Impresores y Libreros en 1764, con el otorgamiento de privilegios por Carlos III (6), y a su intención ilustrada de mejorar el método de estudios universitarios mediante la publicación de obras de consulta (7), la actividad científica de España estuvo caracterizada durante las siguientes décadas por la *escasa calidad e ínfima cantidad* de sus publicaciones, respecto a la de *otros países* (8).

La producción de obras por las imprentas españolas sufría, además, un fuerte control administrativo. Su publicación requería licencia de los Presidentes de las Audiencias o, en su caso, de los Arzobispos o de otras autoridades eclesiásticas, si se producía en las ciudades de Toledo, Burgos, Valladolid, Zamora, Sevilla y Granada.

(4) Javier GAYÁN FÉLEZ y Luisa RODRÍGUEZ MUÑOZ, «Archivos Judiciales e Investigación», *Actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en archivos de Justicia en la Historia de España celebradas en Guadalajara 11-14 noviembre de 1997*. ANABAD, *Cuadernos de archivos y Bibliotecas de Castilla La Mancha*, núm. 4, Guadalajara, 1999, t. II, p. 1012.

(5) Luis GÓMEZ LOECHES, «El expurgo en los archivos judiciales», *Actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en archivos de Justicia en la Historia de España celebradas en Guadalajara 11-14 noviembre de 1997*. ANABAD, *Cuadernos de archivos y Bibliotecas de Castilla La Mancha*, núm. 4, Guadalajara, 1999, t. II, p. 832.

(6) Fray Francisco MÉNDEZ, *Typographia española o historia del arte de la Imprenta en España*, Madrid, Imp. Viuda de Joaquín Ibarra, 1794. t. I, p. 410.

(7) Pilar GARCÍA TROBAT, «Libertad de Cátedra y manuales en la facultad de Derecho (1845-1868)», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 2, Madrid, 1999, p. 37.

(8) Amparo GARCÍA CUADRADO, «La compañía de mercaderes de libros de la Corte a mediados del siglo XVIII», *Anales De Documentación*, núm. 4, Universidad de Murcia, 2001, p. 92.

Tal licencia era, también, precisa en todas y cada una de las siguientes impresiones, aunque la única variación fuera el formato o tamaño de letra, lo imprimiera el inicial, u otro impresor (9).

De no hacerse así, los libros eran incautados y quemados públicamente en la plaza de la ciudad, villa o lugar donde hubieran sido impresos o vendidos (10), imponiéndose penas severas a quienes, intentando eludir este control, los imprimieran fuera de España sin la preceptiva licencia (11).

Además de tales controles previos, la impresión y distribución de libros estaba sujeta al **Juez de Imprentas**, cuya obligación era la

(9) Pedro ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos*, Madrid, Imp. Viuda e Hijo de Marín, 1796, t. I, pp. 460 y 478.

(10) A estos efectos, puede leerse en la Novísima Recopilación, Libro VIII, Título XVI, Ley I: *De los libros y sus impresiones, licencias y otros requisitos para su introducción y curso. Mandamos y defendemos, que ningún librero ni impresor de moldes, ni mercaderes, ni factor de los susodichos, no sea osado de hacer imprimir de molde de aquí adelante por vía directa ni indirecta ningún libro de ninguna Facultad o lectura ó obra, que sea pequeña ó grande, en latín ni en romance, sin que primeramente tenga para ello nuestra licencia y especial mandado, o de las personas siguientes: en Valladolid ó Granada los Presidentes que residen, ó residieren en cada una de las nuestras Audiencias que allí residen; y en la ciudad de Toledo el Arzobispo de Toledo; y en la ciudad de Sevilla el Arzobispo de Sevilla; y en la ciudad de Granada el Arzobispo de Granada; y en Burgos el Obispo de Burgos; y en Salamanca y Zamora el Obispo de Salamanca: ni sean asimismo osados de vender en los dichos nuestros Reynos ningunos libros (...); so pena que por el mismo hecho hayan, los que los imprimieren sin licencia, o vendieren los que truxeren de fuera del Reyno sin licencia, pierdan todos los dichos libros, y sean quemados todos públicamente en la plaza de la ciudad, villa o lugar donde los hubieren hecho, o donde los vendieren (...).*

(11) En la Novísima Recopilación, Libro VIII, Título XVI, Ley VII: *De los libros y sus impresiones, licencias y otros requisitos para su introducción y curso: Prohibición de imprimir fuera de estos Reynos los libros compuestos por naturales de ellos; y penas de los contraventores. (...) mandamos, que ninguno de nuestros súbditos naturales y vasallos de estos Reynos, de cualquier estado, calidad y condición que sea, pueda sin especial licencia nuestra llevar ni enviar á imprimir ni imprima en otros Reynos las obras y libros que compusiere, o escribiere de nuevo, de qualquiera Facultad, Arte y Ciencia que sean, y en cualquier idioma y lengua que se escribieren; so pena de perdimiento de la naturaleza, honras y dignidades que tuvieren en estos Reynos; y de la mitad de sus bienes, aplicados por tercias partes, Cámara, Juez y denunciador, y de todos los libros que así impresos se metieren en ellos.*

de examinarlos «*con todo cuidado*», evitando «*libros inútiles y sin provecho alguno y donde se hallan cosas impertinentes*» (12).

Por ello, y sin perjuicio de su largo y accidentado viaje hasta nuestros días, en los fondos antiguos de las bibliotecas consultadas no abundan los manuales impresos entre el periodo 1805-1820, y no por expurgos o pérdidas, sino porque apenas se publicaban.

Dichos manuales trataban la normativa entonces vigente en España y sus posesiones de ultramar: la *Novísima Recopilación*. Se iniciaron los trabajos para su formación en 1796, siendo ya notable la necesidad de reforma legal, toda vez que «*la legislación, muy proporcionada, sin duda, a las costumbres y al espíritu de los tiempos en que tuvo origen, se resentía notablemente de la diversidad de las circunstancias*» (13), que no eran otras que la inmediatamente anterior Revolución Francesa, las ideas enciclopedistas y codificadoras y los cambios políticos y sociales que acontecieron.

No obstante, se continuó la recopilación de leyes, haciendo ediciones aumentadas, insertando sucesivamente «*las leyes que iban saliendo*» (14). Definitivamente, el 15 de julio de 1805 fue sancionada y publicada la *Novísima Recopilación* (15).

(12) En el Libro VIII, Título XVI, Ley II, de la Novísima Recopilación: *Reglas que se han de observar en el Consejo sobre licencias para imprimir libros nuevos. Mandamos, que de aquí adelante las licencias que se dieren para imprimir de nuevo algunos libros, de cualquier condición que sean, se den por el Presidente y los del nuestro Consejo, y no en otras partes: á los quales encargamos, los vean y examinen con todo cuidado, antes queden las dichas licencias; porque somos informados, que de haberse dado con facilidad, se han impreso libros inútiles y sin provecho alguno, y donde se hallan cosas impertinentes. Y bien así mandamos, que en las obras de importancia, quando se diere la dicha licencia, el original se ponga en el dicho Consejo, porque ninguna cosa se pueda añadir ó alterar en la impresión.*

(13) ASCARGORTA, *Compendio de la Historia de España*, Paris, Imp. Baudry, 1838, p. 367.

(14) Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 7.^a ed., Madrid, Imp. Sánchez, 1865, t. I, p. 218.

(15) El 15 de julio de 1805 fue sancionada y publicada, única edición oficial, si bien existe la edición particular publicada en Paris por D. Vicente Salvá, que contiene el su-

Resultó ser una colección de leyes heterogéneas, de diverso origen y materia, gran parte de ellas en castellano antiguo, compilando como vigentes normas medievales (16). Continuaban, por tanto, vigentes los fueros de los hijosdalgos, y los usos y costumbres seguidos en el pasado.

Todo ello significó que *a la confusión más antigua sobrevino otra nueva con una colección formada de remiendos* (17), sin culminar la tarea esperada, y *los deseos de la nación no quedaron satisfechos pues en lugar de haberse formado un código uniforme, breve y sencillo en todo lo posible y que hubiera derogado los cuerpos legales anteriores para evitar el caos en que se halla nuestra jurisprudencia, no se hizo otra cosa que añadir disposiciones posteriores a su última edición [la de 1777] y en verdad no con mejor orden ni concierto* (18).

Además, el acceso a textos legales y doctrinales era muy complicado entonces (19), dificultad añadida al conocimiento de cuál era la norma aplicable de entre las *compiladas* sin orden cronológico, mezclando disciplinas y jurisdicciones civil, penal y canó-

plemento de las disposiciones de 1805 y 1806, Según menciona expresamente como bibliografía Fernando de LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología de la ciencia del derecho seguida del programa de ampliación de derecho civil y códigos españoles*, 2.^a ed., Valencia, Imp. J. Doménech, 1877, p. 221.

(16) En ella se compilaron como normativa vigente, Las Partidas, Las leyes de Estilo, el Ordenamiento de Alcalá, el de Montalvo, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación. Además de tal complejidad, al trasladarse a ella la Ley 1.^a de Toro, que declaraba a Las Siete Partidas como *derecho universal* supletorio, quedó establecido el *complejo sistema de fuentes* que en ella se contenía, según el cual, en primer lugar, los litigios debían acomodarse a las leyes del Ordenamiento de Alcalá, y, los que no pudiesen decidirse por ellas, por los fueros particulares de villas y ciudades, *en aquellas cosas que se usasen, salvo en aquello que fuese contrario a las leyes de su ordenamiento y contra Dios y contra razón*. Joaquín FRANCISCO PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, Madrid, Imp. de Manuel Tello, 1862, t. I, p. 31.

(17) José María ZUAZNAVAR, *Compendio histórico de la jurisprudencia de Castilla*, Madrid, Imp. M. Burgos, 1832, p. 105.

(18) P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos...*, *op. cit.*, t. I, p. 93.

(19) Según se desprende del prólogo y a la vista de diversos capítulos de la obra de Pedro ESCOLANO DE ARRIETA, *Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos*, Madrid, Imp. Viuda e Hijo de Marín, 1796, t. I p. VIII.

nica, con normativa de carácter fiscal, compleja y variable, como demuestran los tratados específicos de esta materia existentes entonces (20).

Esta complejidad de la Novísima Recopilación era suplida con la influencia del Derecho Romano, representado por Las Partidas, que, si bien no existía acuerdo o conformidad con sus trascripciones y ediciones (21), era prioritaria *en las decisiones de la magistratura* (22), y fuente principal de enseñanza (23) en las Universidades.

Todos los tratadistas de la época manifiestan duras críticas a la mencionada norma, quizá por las grandes expectativas que tenían, que resultaron frustradas, y, sobre todo, por la necesidad de una norma actualizada y moderna con *clausulas claras y precisas* (24), frente a la inercia, en algunos casos, medieval, de la normativa que regulaba aquella sociedad española de finales del siglo XVIII y principios del XIX.

La opinión generalizada de aquellos juristas del siglo XIX consideraba que la *Novísima Recopilación*, que *pretendía ser un código breve y sencillo* (25), se convirtió en acumulación de «*leyes sobre leyes y compilaciones sobre compilaciones; dejando en estas las disposiciones desusadas y muertas, interpoladas con las que conservaban su fuerza y autoridad (...) amalgamando muchas absolutamente incoherentes, y prescritas en épocas muy remotas y distantes y con estilo y lenguaje de difícil combinación; conservando otras ya anticuadas y sin objeto y no pocas con absoluta repugnancia con las*

(20) Como el de Juan de la RÍPIA, *Práctica de la Administración y cobranza de las rentas reales*, 3.^a impresión, Madrid, Imp. Alonso Balvás, 1796.

(21) Sancho de LLAMAS Y MOLINA, *Disertación histórico-crítica sobre la edición de las Partidas del Rey Don Alfonso el sabio que publicó la Real Academia de la Historia en el año de 1807*, Madrid, Imp. De Repullés, 1820, p. IV del prólogo introductorio.

(22) P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 213.

(23) Eduardo de HINOJOSA, *Historia del derecho romano, según las más recientes investigaciones*, Madrid, Imp. De la Revista de Legislación, 1880., p. 16.

(24) Pedro FRANCO SALAZAR, *Restauración política, económica y militar de España*, Madrid, Imp. de Sancha, 1812. p. 55.

(25) P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 227.

costumbres y hábitos nuevamente introducidos; confundiendo las que propiamente pertenecen al derecho común y tienen el carácter y virtud legal con las que son puramente reglamentarias, y faltando al orden, conexión, enlace y unidad, sistema que deben guardar entre sí todas las partes de un cuerpo legal» (26).

Además, se consideraba que, en tal recopilación, se habían incluido «*leyes que no merecen este nombre y solamente contienen amonestaciones, recuerdos, encargos, declaraciones y providencias particulares y órdenes ceñidas a asuntos, casos y personas particulares» (27), texto legal «lleno de inexactitudes y anacronismos, con disposiciones derogadas, redundancias y repeticiones inútiles y omisivo de normas de importancia» (28), por lo que terminó siendo un «intrincado laberinto» (29), llegando, incluso, a provocar opiniones insultantes del tenor de «parto monstruoso de las almas débiles de la Corte de Carlos IV» (30).*

Existía, además, normativa posterior que no fue añadida a la compilación de la normativa vigente y, por tanto, quedaba fuera del alcance y conocimiento de los juristas, como ocurrió con muchas de las Reales Disposiciones y Circulares emitidas desde 1805 a 1814, y desde 1820 a 1823, períodos incompletos (31) hasta la autorización real a **D. Juan Muñiz y Miranda** para su publicación en el año 1852 (32).

(26) Pedro SAINZ DE ANDINO, *Elementos de Elocuencia Forense*, Madrid, Imp. de la Sociedad de Operarios de la Imprenta, 1847, p. 21.

(27) FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, Imp. Fermín Villalpando, 1820, p. 210.

(28) Página XVI del prólogo de Eugenio MONTERO RÍOS, al «*Código Civil de España, compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes Vigentes*», de Mario NAVARRO AMANDI, Madrid, Imp. Juan Vidal, 1880.

(29) Juan SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho español*, Madrid, Imp. Real, 1823, p. 389.

(30) Antonio RODRÍGUEZ CEPEDA, *Lecciones sobre la historia de la legislación castellana extractadas del ensayo histórico crítico de F. Martínez Marina*, Valencia, Imp. Mariana, 1836, p. 171.

(31) Cayetano MARQUÉS DE MONTESA Y MANRIQUE, *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho civil de España*, Madrid, Imprenta Nacional, 1861. t. IX, p. 565.

(32) Real Orden de 7 de julio de 1852. *El Faro. Revista de jurisprudencia, administración tribunales y de instrucción pública; periódico oficial del Ilte. Col. Abog. de Madrid y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. núm. 113 de 18 de julio de 1852.

En definitiva, los tratadistas (33) del siglo XIX lamentaban esta «*frustrante*» y defectuosa legislación, y, como consecuencia directa, *el atraso social y económico de España* (34).

Modernamente, la Novísima Recopilación ha sido definida como «*correspondiente a la tendencia codificadora francesa aunque sin atenerse al estilo de la ilustración*» (35), o, de una manera más gráfica, como norma «*nacida bisoja, manca y coja*» (36)

Por ello, durante la vigencia de la Novísima Recopilación, los escritos forenses se redactaban sin citas de leyes o autores (37) indicando únicamente el «*factum*», tanto por la dificultad en el acceso a textos legales (38) como por la duda de si, aún teniéndolos, habían sido derogadas por otras posteriores. Se intentaban evitar graves errores de citas de normas en desuso o, en su caso, que no respetaban la prelación de fuentes, aún teniendo la misma regulación de fondo.

La pretensión de facilitar el acceso y comprensión de las normas vigentes, inspira los tratados de la época

2. «CARTILLAS» Y «FEBREROS» DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX

De todos los consultados, destacan, por su antigüedad, los compendios y prontuarios, también llamados «*Cartillas*», siendo

(33) Antonio María FABIÉ, *Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del Derecho, sobre las bases del Código Civil y sobre la organización de los Tribunales*, Madrid, Imp. Revista de Legislación, 1885. p. 210.

(34) A. RODRÍGUEZ CEPEDA, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 173.

(35) José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «Los precedentes de la codificación: la unificación del Derecho en los propósitos de la ilustración española», *Anuario de Derecho Civil* t. XLI, fascículo III, julio-septiembre de 1988, Madrid, BOE, 1988, p. 665.

(36) Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Lo sumario y lo plenario en los procesos civiles y mercantiles españoles. Pasado y Presente*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006. p. 527.

(37) José MARCOS GUTIÉRREZ, *Librería de escribanos abogados y jueces que compuso D. José Febrero; reformada y revisada*, 6.^a ed., Madrid, Imp. de Fermín Villalpando, 1825, y 7.^a ed., Madrid, Imp. de Fermín Villalpando, 1829, p. 67.

(38) Lorenzo POLAINO ORTEGA, «Pleito sobre Cazorla», *Toletum: Boletín de la Real Academia de Bellas Artes y Ciencias Históricas de Toledo*, núm. 3. Toledo, 1964, p. 168.

la más antigua la *Cartilla teórico-práctica según las Leyes de Castilla para Escribanos* compuesta en 1738 por **D. Carlos Ros**, quien fue Notario y Escribano público, según menciona expresamente como precedente, **D. Santiago Alvarado de la Peña**, quien publicó en 1829 su «*Cartilla Real novísima teórico práctica, o sea, manual de escribanos para principiantes, Procuradores y Curiales*» (39) y la «*Cartilla para escribanos*» de **D. Diego Bustoso y Lisares** (40).

Destaca, también, el *prontuario* de **D. Severo Aguirre** (41), Abogado de Zaragoza, quien en 1799 reunió la legislación española no recopilada entonces. Tal *prontuario* fue completado y adicionado posteriormente por el Abogado de Madrid, **D. Josef Garriga** (42)- con la legislación desde 1799 a 1804.

También están en este apartado «*El escribano perfecto*» de **D. Manuel Aliaga Bayot** (43), la «*práctica de substanciar pleitos*» de **D. Antonio Martínez Salazar** (44), y la «*Teórica del*

(39) Santiago ALVARADO Y DE LA PEÑA, *Cartilla Real novísima teórico práctica, reformada y ordenada bajo nuevo método y adicionada considerablemente con arreglo a las Leyes de Partida y de la Novísima Recopilación, Ordenes y Decretos vigentes en España hasta el presente año de 1829; o sea, manual de escribanos para principiantes, Procuradores y Curiales*, Madrid, Imp. de la hija de Don Francisco Martínez Dávila, 1829. Prólogo, p. IV.

(40) Diego BUSTOSO Y LISARES, *Cartilla Real Teórico Práctica para Escribanos, Notarios y Procuradores, añadida con las reglas para jueces de residencia, escribanos, alcaldes, regidores y demás incluso en ellas*, Madrid, Imp. Norberto Llorenci, 1828.

(41) Severo AGUIRRE, *Prontuario alfabético y cronológico por orden de materias de las instrucciones, ordenanzas, reglamentos, pragmáticas y demás reales resoluciones no recopiladas, que han de observarse para la administración de justicia y gobierno en los pueblos del reyno*, Madrid, Imp. Real, 1799.

(42) Josef GARRIGA, *Continuación y suplemento del Prontuario de don Severo Aguirre: que comprehende las cédulas, resoluciones, etc. expedidas el año de 1799 y algunas de los anteriores*, Madrid, Imp. Mateo Repullés, 1805.

(43) Manuel ALIAGA BAYOT, *El Escribano perfecto. Espejo de escribanos teórico práctico en que se representan las reglas que en lo teórico, y el método que en la práctica deben seguir y guardar los escribanos en los autos y escrituras que reciban y autoricen. Arte de enjuiciar en lo civil propiamente. Práctica judicial civil según derecho y estilo de Cataluña*, Cervera (Lérida), Imp. de la Pontificia y Real Universidad, 1805.

(44) Antonio MARTÍNEZ SALAZAR, *Practica de substanciar pleitos ejecutivos y ordinarios conforme al estilo de las Chancillerías, Audiencias y demás Tribunales del Reyno; con extensión de los pedimentos, Autos y diligencias concernientes e inclusión de varios*

Arte de Notaría o Manual de Escribanos» de **D. Vicente Gíbert** (45).

Posteriormente, las ideas de la Ilustración se reflejan en un nuevo concepto de obra concebida como diccionario de contenido doctrinal, cuyo *primer exponente* (46) es el *Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España* (47) de **D. Andrés Cornejo**, quien fue caballero de la Orden de Santiago y del Consejo de su Majestad.

Destaca, también, el «*Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*» obra publicada en 1791 y ordenada alfabéticamente, acompañando a cada voz, si procedía, un «líbelo» o modelo de escrito referido al tema tratado. Su autor, **D. Antonio Xavier Pérez y López** (48), perteneció al «*claustró y gremio de la Real Universidad de Sevilla, Diputado en la Corte, Abogado del ilustre Colegio de ella e individuo de la Real Academia de Buenas Letras de dicha ciudad*».

No obstante, la obra más conocida y utilizada entonces fue la «*Librería de Escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*» publicada en 1789 por **D. Josef Febrero** (49), quien fue *Escribano Real y Agente de Negocios de los Reales Consejos* (50).

instrumentos y advertencias a Procuradores, Escribanos y alguaciles, Madrid, Imp. Hurtado, 1789.

(45) Vicente GIBERT, *Teórica del Arte de Notaría o Manual de Escribanos*, original escrito en latín y traducido por Eugenio TAPIA, Barcelona, Imp. de J. Mayol y C., 1828.

(46) Según señala Ana María BARRERO GARCÍA, «Los Repertorios y Diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días (notas para su estudio)», *Anuario de Historia de Derecho español*, núm. 43, 1973, p. 333.

(47) Andrés CORNEJO, *Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España*, Madrid, Imp. Joaquín Ibarra, 1779.

(48) Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, Madrid, Imp. de Manuel González, 1791.

(49) D. Josef Febrero está considerado como hijo ilustre de Mondoñedo (Lugo). En la referencia que consta en Ramón OTERO PEDRAYO, *Guía de Galicia*, Madrid, 1926. (Ed. consultada: reimpresión de la Ed. Galaxia, Vigo, 1954) se indica, como dato biográfico, que fue «*autor de la indigesta enciclopedia titulada Librería de Escribanos*» (*op. cit.*, p. 170).

(50) Según consta en la portada de su obra Josef FEBRERO, *Librería de escribanos e instrucción teórico jurídico práctica de principiantes*. Cuarta impresión. Madrid: Imp. de la viuda e hijo de Marín, 1798. Según el *Catálogo de la exposición bibliográfica con motivo*

Su obra era tan desordenada como la Nueva Recopilación, con la pretensión de unir, en un único texto, todo lo que podía necesitarse para la práctica jurídica de entonces. De ahí su expresiva apostilla de su título: «obra utilísima para cualquier clase de personas».

Dicha obra «*corría entre el público con la mayor aceptación*» (51), y pese a tener, también, detractores que lo consideraron *oscuro* y *erróneo en algunos de sus pasajes (...)* escrito en estilo con frecuencia vulgar, impropio y oscuro (...) atestado de locuciones latinas (...) repeticiones e ideas inútiles que hace en extremo enfadosa y molesta la lectura» (52), fue tan influyente que continuó llamándose «**Febrero**» a toda obra compilatoria de conocimiento y disposiciones legales publicada a partir de entonces por otros autores, muchos de ellos partiendo del original (53), aunque actualizándolo y concordándolo con la legislación, en cada momento vigente.

Los siguientes «*Febreros*» fueron confeccionados y actualizados con la legislación en cada momento vigente, por diversos autores, juristas que habían ocupado cargos en Tribunales, Gobierno, Poder Legislativo, Cátedras o bien por Abogados ejercientes en diversas ciudades.

De ellos destacan el de **D. José Marcos Gutiérrez**, *Librería de escribanos abogados y jueces que compuso D. José Febrero; reformada y revisada* (54).

Según la doctrina de entonces, *mejoró notablemente el método y estilo del Febrero*, tanto de la parte teórica como de la práctica y

del bicentenario de la muerte de don José Febrero. Madrid: Publicaciones del Consejo General del Notariado, 1991, y *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. LXVIII, enero de 1998, se indica que su cargo era el de «*Notario de los Reinos*».

(51) Prólogo del editor a la obra de Miguel AZNAR, *Febrero adicionado o librería de Escribanos, Abogados y Jueces*, octava impresión, Madrid, Imp. de la Real Compañía, 1825.

(52) Florencio GARCÍA GOYENA y Joaquín AGUIRRE, *Febrero o librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid, Imp. Boix, 1842, p. XVII del prólogo.

(53) La última edición bajo su autoría fue Josef FEBRERO, *Febrero adicionado, o librería de escribanos*, séptima impresión, Madrid, Imp. de Repullés, 1817.

(54) José MARCOS GUTIÉRREZ, *Librería de escribanos abogados y jueces que compuso D. José Febrero; reformada y revisada*, 6.^a ed., Madrid, Imp. de Fermín Villalpando, 1825, y 7.^a ed., Madrid, Imp. de Fermín Villalpando, 1829.

formularios, *aclaró partes oscuras de las definiciones, redujo y suprimió párrafos inútiles e impertinentes y combatió las opiniones y doctrinas erróneas de Febrero, fundadas en las sutilezas del derecho romano, por medio de notas llenas de filosofía y con arreglo a los adelantos y al estado de nuestra jurisprudencia* (55).

También destacan **D. Eugenio Tapia**, Abogado de los Reales Consejos (56) y autor del «*Febrero Novísimo ó librería de Jueces, Abogados, Escribanos y médicos legalistas*» y **D. Florencio García Goyena** quien, junto con **D. Joaquín Aguirre**, continuó los «*Febrero*» hasta la segunda mitad del siglo XIX.

García Goyena fue Senador del Reino, Magistrado del Tribunal Supremo, vicepresidente de la Comisión General de Códigos y Presidente de la sección del Código Civil. Había sido, con anterioridad, Regente de las Audiencias de Valencia y Burgos, y *antiguo síndico y consultor* de Las Cortes y Diputación Permanente de Navarra.

Aguirre, coautor con el anterior de estas actualizaciones del «*Febrero*», fue Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad de Madrid y Ministro de Gracia y Justicia, bajo cuyo mandato se promulgaron el 13 de mayo de 1855 las bases que sirvieron a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Seguramente, no existió despacho, escribanía ni juzgado decimonónico que no contase con algún «*Febrero*», original, *novísimo* o revisado, del autor o del año de edición que fuera (57).

(55) P. GARCÍA GOYENA y J. AGUIRRE, *ibidem*.

(56) Según consta en la portada de su obra, Eugenio TAPIA, *Febrero novísimo o librería de jueces abogados y escribanos refundida y ordenada bajo nuevo método*, Valencia, Imp. Ildefonso Mompí, 1828.

(57) Así lo reconoce Vicente VIZCAÍNO PÉREZ, quien fue del *Consejo de su Majestad y Fiscal de lo Civil en la Real Audiencia del Reyno de Galicia*, en su obra «*Tratado de la Jurisdicción Ordinaria para dirección y guía de los Alcaldes de los pueblos de España*», 4.^a ed., Madrid, Imprenta Real, 1802. En la p. VIII de su prólogo manifiesta que su trabajo no contiene opiniones de autores ni otros tratadistas, citando solo la *librería de Jueces* «*porque en su obra se hallan varias Ordenes y Cédulas Reales, que aun no están insertas en la Recopilación, y es fácil hallar aquella obra [Febrero] en los Estudios de los Abogados y en otros muchos*».

La denominación y sistema tuvo tanto calado que hubo un «*Febrero*» acomodado al derecho valenciano por el *Bachiller en sagrados cánones y escribano de los reynos* **D. Josef Juan i Colom** (58), e, incluso, un «*Febrero Hispano-Americano*», cuya coordinación y edición corresponden al español afincado en París **D. Vicente Salvá** (59).

Otros autores de obras generales con carácter compendiatario fueron:

D. Marcelo Martínez Alcubilla, Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid, Burgos y Valladolid (60), autor del compendio de derecho administrativo, obra que, lógicamente, era conocida como «*el Alcubilla*».

D. Joaquín Escriche, Magistrado honorario de la Audiencia de Madrid, autor del «*Diccionario Escriche*» (61) en el que se sigue el orden alfabético según voces jurídicas en evitación del desorden que seguían los «*Febreros*» hasta entonces, obra que fue continuada por **D. José Vicente y Caravantes**, y **D. León Galindo de Vera** (62), ambos Doctores en Jurisprudencia. D. León fue, además, autor de tratados como «*Progreso y vicisitudes del idioma castellano desde que se romanceó el Fuero Juzgo*», premiado por la Real Academia Española en el concurso público de 1863, tal y como se hace constar en la portada de esta obra, publicada en Madrid: Imp. Nacional, 1863.

(58) Josef JUAN I COLOM, *Instrucción jurídica de Escribanos, Abogados y Jueces Ordinarios de Tribunales inferiores*, 13.^a ed., Madrid, Imp. Vergés, 1827.

(59) Edición publicada en París en 1851 por D. Vicente SALVÁ, obra mencionada en la bibliografía recomendada de Fernando de LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología de la ciencia del derecho seguida del programa de ampliación de derecho civil y códigos españoles*, 2.^a ed., Valencia, Imp. J. Doménech, 1877, p. 248.

(60) Según consta en la portada de su obra *Diccionario de la Administración española peninsular y ultramarina; compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración Pública*, 2.^a ed., Madrid, Imp. de la Viuda e Hijos de A. Peñuelas, 1868.

(61) Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3.^a ed., Madrid, Imp. del Colegio Nacional de Sordomudos y Ciegos, 1847.

(62) José Vicente CARAVANTES y León GALINDO Y DE VERA, *Escriche. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Imp. Eduardo Cuesta, 1874.

3. OTRAS OBRAS Y SUS AUTORES

Han sido utilizadas en esta investigación, entre otros y además de los compendios y «Febreros» mencionados, las obras de los siguientes autores del siglo XIX:

D. Juan Álvarez Posadilla, *corregidor que ha sido de distintas poblaciones, villas y ciudades del reyno* (63), miembro del Consejo Real y Fiscal de la *Audiencia del Crimen* de Valencia (64). Es autor de los «*Comentarios a las leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España en que tratan las cuestiones prácticas*», publicado en 1804.

D. Francisco Martínez Marina, autor de influencia francesa, diputado en las Cortes liberales de 1820 por el Principado de Asturias, y que anteponía la expresión «*el ciudadano*» a su nombre (65); fue canónigo de San Isidro (Madrid), perteneció a las Academias de Historia y Lengua y de *Las Buenas Letras* de Barcelona. Escribió «*Juicio crítico de la Novísima Recopilación*», publicado en 1820.

D. Juan de Sala Bañuls, pavorde (66) de la «*Metropolitana Iglesia de Valencia y Catedrático de Prima leyes en la Universidad de la misma ciudad*», considerado como *ilustrado jurisconsulto a quien tanto debe nuestro derecho* (67), autor que publicó su tratado (68) en 1820, intentando, por estar dirigida a estudiantes, simplificar el len-

(63) Según consta en la portada de su obra *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de Justicia contra los abusos introducidos*, Madrid, Imp. Viuda de Ibarra, 1797.

(64) F. LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología de la ciencia del derecho...*, op. cit., p. 229.

(65) Según consta en la portada de su obra: FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, Imp. Fermín Villalpando, 1820.

(66) Pavorde: *En la Iglesia metropolitana y en la Universidad de Valencia, título de honor que se daba a algunos catedráticos de teología, cánones o derecho civil, que tenían silla en el coro después de los canónigos y usaban hábitos canonicales*, Diccionario de la Real Academia Española, ed. 2001.

(67) Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 7.^a ed., Madrid, Imp. Sánchez, 1865. Prólogo.

(68) Según consta en la portada de *Ilustración del Derecho Real de España*, Imp. José del Collado, 2.^a ed., Madrid, 1820.

guaje procesal, tanto que, en ocasiones, y como se verá en el epígrafe correspondiente, su definición del juicio sumario, resulta inexacta.

D. Juan Sempere y Guarinos, Doctor en Teología y miembro de la Academia Santa Bárbara de Derecho Público, de ideas ilustradas, quien publicó en 1823 su «*Historia del Derecho Español*» (69), obra recomendada como *imprescindible en la biblioteca del abogado* [del s. XIX] *por servir de guía para el entendimiento de las leyes* (70).

D. Sancho de Llamas y Molina, quien fue *Colegial del mayor de San Ildefonso, Universidad de Alcalá, doctor en ambos derechos y Consejero togado en el Real y Supremo Consejo de Hacienda*, y autor de «*Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*» (71), publicado en 1827.

D. Lucas Gómez y Negro, Abogado del Ilustre Colegio de Valladolid, fue miembro del Consejo Real y Fiscal en la Chancillería de Granada, autor del tratado, bastante claro y práctico, titulado «*Elementos de práctica forense*», publicado, también, en 1827 (72).

D. Juan Francisco Siñeriz extracta la obra, ya mencionada, de Sala Bañuls en 1829, bajo el sistema de «*preguntas y respuestas acomodadas a la inteligencia de los litigantes para saber y buscar por él, las leyes correspondientes a las sentencias de sus pleitos*» (73), si bien, dado el esquema de esta obra, no se puede considerar científica, resultando, además, de difícil estudio y consulta, toda vez que fuerza, en una supuesta conversación, el desarrollo de los conceptos.

(69) Juan SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho español*, Madrid, Imp. Real, 1823.

(70) Gregorio MORALES PANTOJA, *Manual del Legista; traducción adicionada y acomodada de la escrita en francés por Ms. Dumpin*, Madrid, Imp. Pedro Sanz, 1829, p. 44.

(71) Según consta en la portada de su obra *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, Imp. de Repullés, 1827.

(72) Lucas GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos de práctica forense*, 2.^a ed., Valladolid, Imp. Mariano de Santander, 1827.

(73) Según consta en la portada de su obra, *Compendio del Derecho Real de España, extracto de la obra del doctor Don Juan Sala, acomodado por preguntas y respuestas*, Madrid, Imp. de Don Pedro Sanz, 1829.

D. Miguel García de la Madrid, Doctor en *ambos Derechos* por la *Real Universidad de Alcalá de Henares* y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, publicó(74) la «*Historia de los tres derechos: romano, canónico y español o Tablas cronológicas de los códigos en 1831*».

D. Pablo Gorosábel Domínguez, Corregidor de Guipúzcoa (1835 y 1840) y Diputado del Consejo Provincial del Distrito de Tolosa, publicó(75), en 1832, un proyecto de Código denominado «*Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y Leyes sueltas de esta nación, escrito bajo el método de los códigos modernos*».

D. Joaquín Jaumar y Carrera, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona y posteriormente Magistrado de la Audiencia de Mallorca(76), publicó en 1840 el libro «*Práctica forense arreglada a las leyes y decretos vigentes y al estilo de los tribunales de ambos emisferios (sic)*»(77).

D. Félix Álvarez Arenas, Juez de Alcázar de San Juan (Ciudad Real) desarrollándose su actuación de forma, al menos, controvertida(78). Publicó en 1840 «*Los Ayuntamientos y Jueces de Primera Instancia o el gobierno interior de los pueblos de España*»(79), obra en la que comenta, de manera crítica, la práctica judicial de los Alcaldes.

(74) Miguel GARCÍA DE LA MADRID, *Historia de los tres derechos: romano, canónico y español o Tablas cronológicas de los códigos y colecciones de todos tres: escritas en latín y castellano*, Madrid, Imprenta de Pedro Sanz, 1831.

(75) Tolosa, Imp. Viuda de la Lama, 1832.

(76) *SCRIPTA NOVA. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales Universidad de Barcelona*, vol. VII, núm. 154, 1 de diciembre de 2003.

(77) Joaquín JAUMAR Y CARRERA, *Practica forense arreglada a las leyes y decretos vigentes y al estilo de los tribunales de ambos emisferios (sic)*, Barcelona, Imp. de J. Boet, 1840.

(78) En el ejemplar consultado (biblioteca del ICAM signatura 352.347.995, incluido en tomo de papeles varios, f338 m83) consta anotación manuscrita que reza «*Juez de 1.ª instancia de Alarcón de San Juan, suspenso por la Junta de Ciudad Real*». Posiblemente proceda del bibliotecario del ICAM de la época o, en su caso, del donante del libro a la biblioteca, dado que sus primeros fondos, siendo Decano D. Manuel Cortina (1847 a 1878), procedían de donaciones de los colegiados.

(79) Imp. Compañía General de Impresores y Libreros, Madrid, 1840.

D. Pedro Sainz de Andino, Consejero Real y Senador del Reino(80), calificado modernamente como «*polifacético y camaleónico jurista que pasó con habilidad de ser afrancesado a hombre de situación*» (81), escribió el libro titulado *Elementos de Elocuencia Forense*, publicado en 1847.

Esenciales para el estudio del Derecho del siglo XIX son, también, **D. Pedro Gómez de la Serna** y **D. Juan Manuel Montalbán**, coautores de tratados de Derecho Civil, Penal y Romano. Eran Doctores en Derecho y «*Catedráticos de Leyes*» de la Universidad de Madrid(82). Gómez de la Serna fue Diputado en varias legislaturas, Senador electivo y vitalicio, Sub-secretario, Ministro de la Gobernación (1843) y Ministro de Gracia y Justicia (1854) (83), además de académico de la Matritense de Jurisprudencia y Legislación, de la Real de Ciencias Políticas y Morales, y de la de Historia(84). Sus obras tuvieron en el siglo XIX un *éxito extraordinario* (85), llegando a publicarse hasta la 11.^a edición de sus «*Elementos de Derecho Civil y Penal*». Hoy resultan también muy claros y bien sistematizados.

Posterior a ellos, **D. José María Manresa y Navarro**, Magistrado del Tribunal Supremo, y vocal de la sección 1.^a de la Comisión General de Codificación, quien comentó el Código Civil, entonces recién promulgado(86), en cinco tomos publicados, en su primera edición, en 1895.

(80) Pedro SAINZ DE ANDINO, *Elementos de Elocuencia Forense*, Madrid, Imp. de la Sociedad de Operarios de la Imprenta, 1847.

(81) Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Lo sumario y lo plenario en los procesos civiles y mercantiles españoles. Pasado y Presente*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006. p. 527.

(82) Según se indica en la portada de su obra GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos...*, *op. cit.*

(83) *Enciclopedia de Historia de España (Diccionario biográfico)*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, vol. IV, p. 910.

(84) José María CASTÁN VÁZQUEZ, *El académico D. Pedro Gómez de la Serna. Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 39, año 2009, Madrid, Dykinson, 2009, p. 600. También se menciona que fue amigo del General Espartero.

(85) F. LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología...*, *op. cit.*, p. 242.

(86) José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Imp. Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1895.

A lo largo de la investigación realizada, se han analizado también diversos *manuales de libelos*, como así se llamaban, entonces, los formularios publicados a mediados del siglo XIX. De carácter menos científico, aunque eminentemente práctico, destacan por su claridad y sistematización, los de **D. Vicente Hernández de la Rúa**, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y Senador por la provincia de Guadalajara, quien reconocía el carácter secundario de su obra, «*pues conocido el espíritu de la ley, fácil es a cualquiera que se dedique a la carrera del foro, redactar las pretensiones que deduzca en juicio*» (87).

Igualmente se ha revisado la obra compendio de formularios del abogado de principios del XIX, **D. Fermín Verlanga** (88).

4. AUTORES EXILIADOS

Hubo españoles que publicaron sus obras en Londres o París por motivos de exilio político, dadas sus ideas constitucionalistas y liberales. Son textos interesantes, ilustrativos de las apasionadas posturas políticas existentes entonces en España.

Ejemplos de los utilizados en esta investigación, son los de:

D. Juan Eugenio de Ochoa, quien publicó en París en 1827 su *Manual del Abogado Americano* (89).

D. Agustín Argüelles, «*Reforma Constitucional que hicieron las Cortes Generales y Extraordinarias desde que se instalaron en la Isla de León el 24 de Setiembre de 1810 hasta que cerraron en Cádiz sus sesiones el 14 de septiembre de 1813*» (90), impresa en Londres, año 1835.

(87) Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Formularios de Procedimientos Civiles*, Madrid, Imp. del Boletín de Jurisprudencia, 1857, p. 2.

(88) Fermín VERLANGA HUERTA, *Jurisprudencia popular*, 2.^a ed., Madrid, Imp. J. D. Ríos, 1838.

(89) Juan Eugenio de OCHOA, *Manual del Abogado Americano*, Paris, Imp. Jules Renouard, 1827. p. 145.

(90) Agustín ARGÜELLES, *Reforma Constitucional que hicieron las Cortes Generales y Extraordinarias desde que se instalaron en la Isla de León el 24 de Setiembre de 1810*

El **Marqués de Miraflores** (D. Manuel Pando Fernández de Pineda) «*Apuntes histórico críticos para escribir la historia de la revolución de España, desde el año 1820 hasta 1823*», también impresa en Londres, año 1834(91).

D. Francisco Espoz y Mina, quien publicó el «*Breve extracto de la vida del General Mina, escrita por el mismo*». Su temática es de índole político, ilustrativa del contexto de la época y, por ello, empleada en esta investigación. Escrita en castellano e inglés, fue impresa, también, en Londres, año 1825(92).

5. TRADUCCIONES DE OBRAS EXTRANJERAS REALIZADAS EN EL SIGLO XIX

Aunque escasas, existían traducciones de obras clásicas publicadas en otros idiomas, textos que serían revisados y seguramente «adecuados» al «derecho patrio», quizá interesadamente.

Destacan y han sido utilizados, entre otros, en esta investigación las traducciones de:

Mr. Adam Smith, «*Investigación de la Naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*», realizada por **D. Josef Alonso Ortiz** en 1794(93).

Mr. Charles Ganilh, «*Diccionario analítico de economía política*», traducida por el Presbítero **D. Juan Díaz de Baeza**(94).

hasta que cerraron en Cádiz sus sesiones el 14 de septiembre de 1813, Londres, Imp. Carlos Wood, 1835.

(91) Manuel PANDO FERNÁNDEZ DE PINEDA (Marqués de Miraflores), *Apuntes histórico críticos para escribir la historia de la revolución de España, desde el año 1820 hasta 1823*», Londres, Imp. Richard Taylor, 1834.

(92) Francisco ESPOZ Y MINA, *Breve extracto de la vida del General Mina, escrita por el mismo*. 2.^a ed., Londres, Imp. Taylor y Hessey, 1825.

(93) Adam SMITH, *Investigación de la Naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*, traducción de Josef ALONSO ORTIZ, Valladolid, Imp. de la Viuda e Hijos de Santander, 1794.

(94) Charles GANILH, *Diccionario analítico de economía política / escrita en francés por Mr. Ganilh; y traducido al castellano por Juan Díaz de Baeza*, Madrid, Imp. de Francisco Pascual, 1834.

J. G. Heineccio, era traducido libremente por **D. Antonio María Cisneros y Lanuza**, Auditor de Guerra y Juez de Primera Instancia de Sevilla(95), en 1829(96) bajo el título de «*Recitaciones del Derecho Civil Romano*». La misma obra era también traducida(97) en 1841 por el jurista y Diputado(98) (1841-1854) **D. Luis Collantes y Bustamante**.

El editor español afincado en París **D. Vicente Salvá** también revisaba y corregía, en 1837, traducciones anteriores del mismo autor y obra(99).

Ms. Ortolán, estudioso del Derecho Romano y profesor en la Facultad de Derecho de París, era traducido por el magistrado de la Audiencia de Pamplona(100), **D. Melquiades Pérez Rivas**, en 1869, realizando diversas ediciones de distintas obras de dicho profesor(101).

Lord Mackencie, magistrado(102) de la *Court of Session* en Escocia(103), fue traducido por **D. Gumersindo de Azcárate**, pro-

(95) Según señala FRANCISCO AGUILAR PIÑAL, *Temas Sevillanos*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2002. p. 306.

(96) Johann Gottlieb HEINECCIO, *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, traducidas al castellano por Antonio María CISNEROS Y LANUZA, Sevilla, Imp. de M. Dávila, Llera y Compañía, 1829.

(97) Johann Gottlieb HEINECCIO, *Recitaciones del Derecho Civil traducidas al castellano* por Luis COLLANTES BUSTAMANTE, Madrid, Imp. de Pedro Sanz y Sanz, 1841.

(98) Servicios Documentales del Congreso de los Diputados. Histórico de Diputados 1810 - 1977. www.congreso.es.

(99) Johann Gottlieb HEINECCIO, *Recitaciones del Derecho Civil: Según el orden de la Instituta*, traducción de Luis Collantes, corregida y revisada por Vicente Salvá, París, Imp. Salvá e hijos, 1837.

(100) Según consta en la portada de la traducción de la obra de la 4.^a ed. de la obra de Joseph Louis Elzéar ORTOLÁN, *Historia de la Legislación romana desde su origen hasta la legislación moderna, seguida de una generalización del derecho romano y de una explicación histórica de las instituciones de Justiniano*, Madrid, Imp. Leocadio López, 1869.

(101) Joseph Louis Elzéar ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, traducción de Francisco PÉREZ ANAYA y Melquiades PÉREZ RIVAS, Madrid, Imp. de Leocadio López, 1884.

(102) Según aparece en la portada de su obra. Thomas MACKENCIE, *Studies in Roman Law with corporative views of the laws of France, England and Scotland*, 2.^a ed., Edimburgo, William Blackwood and Sons, 1865.

(103) Creado en 1532 y con sede en Edimburgo es el tribunal supremo de Escocia en la jurisdicción civil. En la actualidad se compone de treinta y cuatro magistrados. <http://www.scotcourts.gov.uk>.

fesor de legislación comparada de la Universidad de Madrid, quien publicó, en 1876, la traducción de los estudios de derecho romano comparado con el francés, inglés y escocés (104).

Rubén de Couder era estudiado por **D. Álvaro Lope de Orriols**, Abogado de Barcelona y fiscal de su Audiencia, quien traducía, anotaba y concordaba, en 1883, las «*diferencias entre la legislación y jurisprudencia española, la romana y la francesa*», del manual de Derecho Romano del autor francés (105)

En el mismo sentido, son destacables las traducciones de la obra de **Moreau De Jonnés** «*Estadística de España*», traducida y adicionada por **Pascual Madoz** en Barcelona (106), y la de **Robert Joseph Pothier**, «*Tratado del Derecho de Dominio de la Propiedad*», traducido, anotado y concordado «*con la legislación vigente en España, Francia, República Argentina, México y Uruguay*» por **D. Manuel Deó** y **D. Antonio Elías de Molins**, en 1882. Ambos traductores eran Notarios.

Ya casi en el siglo xx, **Von Ihering** era traducido por el profesor de la Universidad de Oviedo, **D. Adolfo Posada** (107).

Todas ellas son fuentes de información bibliográfica necesarias para entender la legislación, doctrina y práctica forense durante el siglo xix.

(104) Gumersindo AZCÁRATE MENÉNDEZ-MORÁN, *Estudios de Derecho Romano comparado en algunos puntos con el derecho escocés, inglés y francés original de Lord MacKenzie*, Madrid, Imp. Francisco Góngora, 1876.

(105) Joseph RUBÉN DE COUDER, *Compendio De Lecciones Escritas De Derecho Romano. Vertido al español de la 5.ª edición francesa y adicionado con notas referentes á las concordancias y diferencias entre la legislación y jurisprudencia española, la romana y la francesa por D. Álvaro LOPE ORRIOLS, precedido de un epítome por D. Enrique de LARRATEA*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1883.

(106) Alexandre MOREAU DE JONNÉS, *Estadística de España*, traducida y adicionada por Pascual Madoz e Ibáñez, Barcelona, Imprenta de Rivadeneyra, 1835.

(107) Rudolf VON IHERING, *La voluntad de la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, traducción de Adolfo Posada, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1896.

«¿INTERPRETACIÓN JURÍDICA O COMPRENSIÓN
JURÍDICA?; AL MENOS: COMPRENDER
PARA INTERPRETAR»

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA (*)

SUMARIO: 1. LA DETERMINANTE APORTACIÓN DE LA HERMENÉUTICA A LA TAREA DE LA COMPRENSIÓN/INTERPRETACIÓN JURÍDICA.—2. UNA PROPUESTA QUE CAMBIA EL PARADIGMA, Y PARCIALMENTE SITUADA EN EL ÁMBITO DE LA PROPIA HERMENÉUTICA: REFLEXIONES AL EFECTO DESARROLLADAS POR LA TEORÍA ESTRUCTURANTE DEL DERECHO.—2.1. *El matizado engarce de la Teoría estructurante del Derecho con la Hermenéutica de la facticidad.*—2.2. *La definitiva superación del positivismo metódico por la construcción normativa estructurante.*—2.2.1. El inaceptable monismo dogmático-jurídico de corte positivista.—2.2.2. La definitiva posición superadora de las tesis positivistas aportada por la Teoría estructurante del Derecho.

(*) Licenciado en Derecho. Máster en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria.

RESUMEN

La moderna hermenéutica de la facticidad ha supuesto un aporte teórico (y práctico) de singular importancia en orden a la comprensión del fenómeno jurídico; dicho de otro modo, acerca de la comprensión de las normas jurídicas. La verdadera experiencia hermenéutica modifica nuestra percepción inicial de las cosas, y también lo hace para el aplicador del Derecho. Así, teniendo en cuenta la función desarrollada por el círculo de la comprensión, el proceder hermenéutico es también en la Ciencia jurídica el que nos permite la comprensión y la concretización. En realidad, tal como demuestra la Hermenéutica, se comprende para interpretar, porque partiendo y pensando la tradición histórica no solo se reconstruye ésta sino que se continúa progresivamente la misma.

De igual modo, en sentido divergente a lo propuesto por el positivismo metódico y desde la aceptación matizada de las premisas hermenéuticas, asimismo para la *Teoría estructurante del Derecho* la interpretación y la aplicación carecen de autonomía propiamente dicha; esto es, en modo alguno se autonomizan en el proceso de producción normativa. Porque, la resolución de cada caso requiere siempre una nueva producción hasta lograr configurarse la concreta Norma de decisión y, por lo tanto, la Norma jurídica se entiende como «producto», como resultado de un proceso estructurante.

Palabras clave: Hermenéutica de la facticidad, Teoría estructurante del derecho, Norma de decisión

ABSTRACT

The modern hermeneutics of facticity has represented a theoretical-and also practical-contribution of singular importance in order to comprehend the juridical phenomenon, in other words, the understanding of the juridical norms. The veritable hermeneutic experience modifies our initial perception of matters and in the same way it alters the perception of the Law practitioner. Thus, taking into account the function carried out by the circle of understanding, the hermeneutic process is the same that allows us to comprehend both the realization and the understanding

in the Juridical Science. In fact, as hermeneutics proves, we understand to interpret, because by analysing and thinking on the historical tradition, not only is the historical tradition rebuilt, but also it progressively continues itself.

Likewise, in a different sense from what is propounded by the methodical positivism and from the qualified acceptance of the hermeneutic principles, the Structuring Theory of Law considers that both interpretation and application, strictly speaking, lack autonomy. In other words, this means that they become somehow autonomous during the process of production of the norms, for the resolution of each case always requires a new production until the particular decision Norm is duly established and accordingly the Juridical Norm is understood as a «product», resulting from a structuring process.

Keywords: Hermeneutics of facticity, Structuring Theory of Law, Decision Norm.

1. LA DETERMINANTE APORTACIÓN DE LA HERMENÉUTICA A LA TAREA DE LA COMPRENSIÓN/INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La Hermenéutica, atendido sea su carácter de pertinente procedimiento para el adecuado acceso científico a la comprensión, se desarrolla «en la cultura europea ante todo y principalmente en relación con el problema de la lectura e interpretación de la Sagrada Escritura, como es fácil de ver con sólo recorrer las teorías de la interpretación» (1). Evidentemente, sin detenernos a analizar las similitudes y diferencias entre Teología y Ciencia, problemática en la cual no procede en este momento ahondar y que por demás escaparía de nuestras posibilidades, sí estimamos conveniente recordar que, para la primera, existe la Revelación como punto de partida desde el cual se enuncian verdades de Fe, erigiéndose adicionalmente aquella por su origen en fuente superior a cualquier otra de naturaleza humana. En todo caso, el contenido de esas verdades reveladas es susceptible de ser objeto constitutivo de una constante/continuada comprensión, con independencia de que la averiguación del contenido histórico-efectual de dichas verdades siempre revista de intrínseca complejidad (2).

(1) Véase desde su consideración de la Hermenéutica como la *koiné* o *lingua franca* del actual pensamiento problemático, Gianni VATTIMO, *Después de la cristiandad*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 82.

(2) Cuestiones para las que se remite, por su amena lectura y profundidad de análisis, así como para comprender el significado y forma de actuación de la Hermenéutica, a Michael HELLER, *The New Physics and a New Theology*, Ciudad-estado Vaticano, Vatican Observatory Foundation S., 1996.

Pues bien, definida la hermenéutica moderna en su última esencia como el intento revitalizador de «*aus einem Text herauszukriegen, was drin nicht steht*» en tanto «teoría universal de la experiencia real que es el pensar» (3), observamos que, en específico, opera cual modelo de comprensión de lo jurídico, ofreciendo la alternativa de abrir una posibilidad crítica de conocimiento frente al *modus operandi* del moderno cientificismo (4). Lo cual lleva aparejado un aporte teórico-práctico de importante calado en orden a la comprensión de la disciplina jurídica, en la medida en la que toda mediación hermenéutica encaminada a la comprensión, es obvio, viene referida al «conjunto de la experiencia humana del mundo y de la praxis vital»; de idéntico modo a cómo la hermenéutica teológica operara por relación con el mensaje divino conforme hemos reseñado sumariamente líneas más arriba. Así, a juicio de *H. G. Gadamer*, «cuando el juez se sabe legitimado para realizar la complementación del derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión», operación intelectual entendida como el «significado paradigmático de la hermenéutica jurídica» (5).

Sin perjuicio de lo apuntado con anterioridad, se ha de ser plenamente conciente acerca de la verdadera dimensión de la Hermenéutica en tanto «aspecto universal de la filosofía» y «base metodológica de las llamadas ciencias del espíritu» (6). De esta suerte, al predisponerse el sujeto a la comprensión a partir del fondo de «incomprensibilidad» de partida, como quiera que la ingente cantidad de información repentinamente emergente ante su conciencia termina por desbordarle (*M. Heidegger*), corresponde al círculo hermenéutico la

(3) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método. Fundamentos de hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 19; monumental y genial obra que persigue como uno de sus objetivos fundamentales el logro de la universalización de la teórica hermenéutica desde el postulado de su identificación con toda forma de comprensión, logro que al menos se alcanza por lo referido a las ciencias humanas, y todo ello desde el respeto a las peculiaridades de las respectivas áreas científicas.

(4) Entre otros momentos, Paul RICOEUR, «Herméneutique et critique des idéologies», en *Démystification et Idéologie*, ed. de Enrico CASTELLI, Paris, Aubier-Montaigne, 1973, pp. 25 y ss.

(5) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 396.

(6) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 568.

tarea de albergar y canalizar «una positiva posibilidad de conocer en la forma más original» (7), lo que aleja al círculo de la comprensión de la idea de constituirse en un ámbito «en el que se mueve una forma de conocimiento arbitraria», habida cuenta «que él es la expresión de la pre-estructura existencial del propio estar-ahí» (8). Se evita con ello tanto el atropello definitivo por los consabidos malentendidos iniciales, así como la libre caída en un proceso regido por el principio de discrecionalidad del intérprete. No obstante, a modo de matiz, sí queremos únicamente apuntar que, ante el parcial fracaso y posterior abandono de la fundamentación ontológica de las ciencias históricas contenida en las postreras propuestas heideggerianas, se ha afanado *P. Ricoeur* en el intento de poner de relieve estas insuficiencias, y asimismo en la tarea más enriquecedora de formular nuevas propuestas hermenéuticas desde la por él mismo «denominada teoría del texto» (9). Con ello se retoma la problemática de la distinción entre comprender y explicar que ya se halla en la obra y pretensión de *W. Dilthey* de incorporar la Historia al mismo ser del hombre, a propósito de su rechazo de las pretensiones neokantianas de aplicar la construcción del conocimiento de la naturaleza al conocimiento histórico (10), pero con la finalidad ahora de proponer la reconciliación de ambos momentos.

Del anterior reconocimiento fácilmente estamos en condiciones de deducir que la anticipación de sentido —cuya «experiencia de», adquiere siempre la condición de *Unvollendbar*— es el objetivo reivindicado por la hermenéutica de carácter filosófico, una vez rompe ésta con la cuestión del método (11). E, igualmente, no es menos

(7) Como bien aclara Hans-Georg GADAMER, el círculo hermenéutico no tiene naturaleza meramente formal, ni tampoco debe considerarse de carácter subjetivo u objetivo, sirve para describir la comprensión en cuanto entrelazamiento del movimiento de la tradición y del propio movimiento del intérprete, y describe un momento estructural-ontológico de la comprensión, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, *passim*.

(8) Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*; 19.^a ed., Tübingen, Max Niemeyer, 2006, p. 153.

(9) Paul RICOEUR, «De l'interprétation», en *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique* II, Paris, Du Seuil, 1986.

(10) Así, Sylvie MESSURE, *Dilthey et la fondation des sciences historiques*, Paris, PUF, 1990, pp. 141 y ss.

(11) Ernildo STEIN, «Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade», en presentación a *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, 2.^a de Rio de Janeiro, Forenso, 2003, p. XIV.

cierto que el genuino conocimiento hermenéutico modifica nuestro primigenio saber acerca de las cosas y de las «circunstancias»; o, para decirlo con *L. J. J. Wittgenstein*, carecerá de lugar tanto la fundamentación como las pretensiones de avance del conocimiento a partir del postulado de «dejarlo todo tal como está» (12). Lo cual nos revela, según hemos apuntado muy brevemente, que también en el marco de la Ciencia jurídica la función desarrollada por el círculo hermenéutico permite, desde la situación de «incomprensibilidad» de partida, abrir el horizonte a la comprensión, con el fin de evitar la arbitrariedad en la atribución de «sentido» —*Sinngebung*— en el instante de la *applicatio*. Partiendo de lo que hay, y no de lo que lo que debiera ser o de lo que quisiera ser, señalará *H. G. Gadamer*, «se comprende para» (13). Y a esa comprensión solo es posible acceder una vez rompemos con lo conocido, con lo que nos es familiar, algo

(12) Para su encuadre en el pensamiento hermenéutico en sentido lato, por todos Gianni VATTIMO, *Más allá de la interpretación*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1995, p. 37.

(13) La insuficiente toma de conciencia acerca de esta insoslayable realidad atenaza aún a parte de la doctrina española del Derecho público, a modo de ejemplo, en uno de los artículos, podemos decir más documentados y actualizados sobre la problemática, se sigue aún del lado de «la maraña de la jerarquía», repitiendo la idea de: «no creo que sea exagerado decir que si el núcleo de la teoría constitucional de nuestros días es la interpretación de la Constitución», cuando en realidad es forzoso la alteración y conjunción de los términos: comprensión e interpretación, Miguel REVENGA SÁNCHEZ, «Notas sobre la Justicia Constitucional e interpretación de la Constitución (o en defensa de la interpretación como diálogo)», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 16, 2005, p. 157. Y en cuanto a su referencia a Hans Kelsen, la postura de este autor respecto de eliminar las diferencias entre creación y aplicación normativa tiene, a nuestro juicio, otro fundamento, porque en la concepción kelseniana la aplicación lo es siempre meramente de otra norma superior, y toda la actividad desarrollada dentro del sistema piramidal normativo, sin olvidar que para el autor es preciso distinguir normas jurídicas, que son las que exclusivamente integran el Derecho, y reglas de derecho empleadas por los juristas al objeto de describir y comprender al propio Derecho, al efecto Stanley PAULSON, «Zum "Formalismus"-Vorwurf im Weimarer verfassungsrechtlichen Richtungsstreit», en *Argumentation im Verfassungsrecht*, ed. de Jan SIECKMANN, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 30 y ss. Esto es algo radicalmente distinto del entendimiento de la aplicación jurídica como un momento de la comprensión, o de la acción del comprender como un inclusivo siempre del aplicar, tal como se entiende desde la Hermenéutica. En efecto, reconocerá Hans KELSEN: «El fundamento de validez de una norma (...) reside en la norma superior que se supone objetivamente válida y que justifica la norma inferior, dando a la significación subjetiva del acto creador de esta norma una significación objetiva que la legitima», «Justicia y Derecho Natural», en *Crítica del Derecho Natural*, ed. de Hans KELSEN y Norberto BOBBIO, Madrid, Taurus, 1966, p. 60.

anticipadamente intuido por *W. Dilthey* en su *Entwürfe zur Kritik der historischen Vernunft*. Si bien, el propuesto cambio de paradigma que hay en esta postura presupone la indisociabilidad entre los conceptos de comprensión e interpretación —en realidad de los tres, al incluirse la aplicación—, puesto que la comprensión se incardina inexorablemente en el contexto historiográfico, constitutivo por su misma esencia del ámbito que permite el despliegue de las posibilidades contenidas en el entender, aclarará por todos *H. G. Gadamer*, y siempre con ocasión de actos de aplicación. De lo cual se sigue, conforme nos aclara el autor precitado, que la aplicación no se articula inconsecuentemente en el momento postrero del proceso de comprensión, porque en realidad determina a éste integralmente «desde el principio y en su conjunto» (14), y es tan esencial como aquella. Verdaderamente, como asimismo refleja, los errores fundamentales de la metodología de las Ciencias del espíritu manejada durante el siglo XIX, estriban en la utilización de los conceptos de «ciencia» y de «método» propios de las ciencias naturales, elaborados evidentemente al margen de interpretaciones históricas y desde la insensible e incomprensible pretensión de hallar cánones metodológicos seguros para las ciencias sociales. Frente a ello, a modo de uno de sus postulados esenciales y autoconsiderados como tal sin discrepancia, se reconocerá por la Hermenéutica la pertenencia del «intérprete» al ámbito mismo que intenta comprender, ante lo cual, resulta imposible e impertinente para el conocimiento todo intento de romper el propio sentido del intérprete por medio de una cuidada aplicación del método histórico-crítico (15). Incardinación que le hace inexcusable parte integrante del *interpretandum* y, en consecuencia, le obligará a tratar de colocarse desde el comienzo en la adecuada situación histórico-concreta, para desde ahí esforzarse por comprender hasta remontarse a las «causas primeras», pero no a fin de entender la acción originaria del pensamiento sino al objeto de comprender las acciones históricas interpelantes que constituyen la tradición, a la que se persigue dar continuidad mediante el proceso de actualización de esos contenidos integrantes al final del proceso

(14) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 396.

(15) Pensar históricamente en perspectiva hermenéutica es otra cosa, aclarará Hans-Georg GADAMER, puesto que significa «realizar la transformación que les acontece a los conceptos del pasado cuando intentamos pensar en ellos».

en un real acontecer. Por tanto, no se trata de situarse en el lugar de los otros a fin de comprender, tal como a veces se malinterpreta, puesto que se descarta ya *a priori* el ideal de la *autárkeia* o autosuficiencia de los sabios al modo socrático, para quedarse como mejor solución con la *aletheia* desocultadora propuesta por *M. Heidegger*. Salta a la vista, observará *G. Vattimo*, que el punto de máxima inflexión del pensamiento hermenéutico se coloca de este modo en «la pertenencia de observante y observado a un horizonte común, y en la verdad como evento que en el diálogo entre los dos interlocutores pone en obra y modifica a la vez tal horizonte» (16). Porque la «verdad» únicamente se hace «fuerte haciéndose valer frente a la verdad contraria y respondiendo a la verdad contraria» (17).

Probablemente, aunque tan sólo fuera por la apuntada aceptación, el saber hermenéutico obliga al jurista a considerar la objetividad de modo diferente a las pretensiones perseguidas tanto por las diversas variantes del positivismo como por las distintas perspectivas antipositivistas ensayadas, las cuales tampoco logran abandonar el trasfondo teórico básico acerca de la normatividad sustentado por las primeras, ante lo que no pasan de ser «teorías mediadoras» (18). Y asimismo deberá incorporar en su quehacer intelectual elementos valorativos y razonamientos individuales superadores de los vetustos e inservibles conceptualismos constructivistas (19). Herederos testamentarios éstos últimos, a la postre, del anhelado e infalible «sistema científico comteano», pretendidamente inclusivo de una clasificación total de las ciencias, en tanto la pretensión de *R. Descartes* se resumirá en su frase «*totae scientiae in animi cognitione consistunt*» (20).

(16) Gianni VATTIMO, *Ética de la interpretación*, Barcelona, Paidós, 1991, p. 62.

(17) Miguel HERRERA CORDUENTE, «El enigma trágico y la filosofía. La dialéctica y el diálogo trágico», en *Anales del Seminario de Metafísica*, núm. 29, 1985, p. 193.

(18) Incluida la variante de la Escuela del Derecho libre, que conlleva asimismo la creación a partir del derecho destilado —pretendidamente— de los textos de las normas, tal como señala Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik: Grundlagen Öffentliches Recht*, Bd. I, 9.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 23.

(19) Francesco VIOLA, «Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali Della scienza giuridica», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 66, 1989.

(20) No obstante, la contradicción está ya patente desde el inicio en Auguste COMTE: «*pour chaque doctrine scientifique la méthode doit varier, même dans ses caractères*»,

En este sentido, admitida sea la naturaleza socio-cultural del Derecho, resulta imposible su consideración a modo de fenómeno extraño a la realidad. Por ello, es preciso prevenir frente a los esfuerzos de muchos juristas tenazmente encaminados a salvaguardar el carácter científico de su tarea bien aproximándola a la del matemático o bien a la del naturalista(21). En efecto, ya nos encontramos desarrollada en *G. Galilei* y *R. Descartes* la concepción de las ciencias naturales cual construcciones mentales lógico-sistemáticas y, por imitación, el iusnaturalismo racionalista se encargaría de reducir mecánicamente a su *ratio* la realidad jurídica; en tanto la reducción de la realidad política a estricto mecanismo de mando se va a llevar a cabo, como bien se sabe, por *Th. Hobbes* (22). De este modo, resumiendo al efecto, respecto del punto de arranque del positivismo jurídico de finales del siglo XIX y como reproche del indebido trasvase del método positivo propio de las ciencias explicativas al objeto del estudio de las ciencias normativas, denunciará *P. de Vega* «la antidialéctica creencia de la consideración de los fenómenos históricos, sociales y políticos como fenómenos naturales»; para agregar de inmediato que tal toma de posición le condujo inevitablemente al convencimiento «de que de igual manera que en la ciencia natural cabe dar leyes universales y generales, válidas para todos los tiempos y lugares, también en el ámbito del Derecho, de la Política, y del Estado era posible vertebrar un sistema de validez universal» (23). De este modo, al discurrir por la vía deductivo-idealista desde el ámbito de la Ciencia jurídica, se cae sin remisión ante la consabida red entretejida por el conceptualismo deductivo-constructivista acerca del saber «sobre el Derecho» (24). Se entenderá por metodología jurídica una teoría de

«Cours de Philosophie positive (1830-1842)», en *Les grands textes de la philosophie*, ed. de Georges Pascal, Paris, Bordas, 1986.

(21) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar» en *Postpositivismo*, ed. de Friedrich MÜLLER y Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, Santander, TDG, 2008, pp. 19-20.

(22) Por todos en este sentido Carl SCHMITT, *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Granada, Comares, 2003.

(23) Pedro DE VEGA GARCÍA, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo judicial», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 1, 1998, p. 66.

(24) Producto, como señalara Luis RECASÉNS SICHES, de la «frenética manía de un deductivismo ilimitado en el campo de la jurisprudencia», y significativamente prosigue aludiendo a algo que merece ser recordado: «Tal cosa constituyó el efecto de haber supuesto gratuitamente que las normas de Derecho positivo son enunciados ideales y de que el método propio de tratarlas es el de la lógica tradicional. Entonces comenzó el delirio de la

los métodos lógicos y racionales vinculada a una especie de imperativo categórico del Estado de derecho, con lo cual, la naturaleza propia del Derecho se pierde «de vista en la medida que se trasponía acríticamente a las prescripciones jurídicas el ideal metódico de una ciencia de la Naturaleza», que «aún no se había hecho problemática», sostendrá *F. Müller* (25). Por ejemplo, una obra importante y merecedora lectura, como es la *Lógica del concepto jurídico* debida a *E. García Maynez*, evoca aún un apego nocivo a esta pretensión metodológica, al defender la formación de conceptos abstractos en el ámbito de la Ciencia jurídica siguiendo a tal objeto una metodología semejante a la propuesta con idéntica finalidad por las ciencias naturales, pues en ambos casos se sigue un procedimiento de ordenación de carácter sistemático-generalizador (26).

Ante esta panorámica, por el contrario, la hermenéutica de la facticidad persigue como principal afán el evitar los errores en los que se incurre mediante los intentos de establecer la legitimación filosófica de la naturaleza científica y de la propia validez de las ciencias del espíritu, tal como es apreciable en la concepción del «método» propia del historicismo de corte psicologista de un *W. Dilthey* y sus continuadores, a la postre, dirección relegadora al olvido de lo más obvio, esto es, la cuestión de la «historicidad de las ciencias del espíritu» (27). En tal sentido, argumentando a efectos superadores, utilizará la Hermenéutica la noción humanista de formación (28),

inferencia, la exaltación del silogismo. Esto trajo consigo un gran disparate», *Introducción al estudio del Derecho*, 8.^a ed., México, Porrúa, p. 198.

(25) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 221.

(26) Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del concepto jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1959. El libro, de más que notable interés en muchos aspectos, así como ampliamente difundido entre nosotros, transpira este tipo de planteamientos; a modo de ejemplo, puede verse acerca del problema de la primacía de la teoría sobre la práctica y viceversa. Pero claro, es irresoluble tal pretendido problema, porque parte de una ficción irredimible, esto es, la dicotomía teoría-práctica, la cual, por su propia esencia, es imposible en una Ciencia normativa práctica aplicada.

(27) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 302.

(28) Véase Johann-Gottfried HERDER, *Vom Erkennen und Empfinden der menschlichen Seele*, en *Werke in zehn Bände*, Frankfurt am Main, Deutscher Klassiker Verlag, 1989-2000, Vol. 4, donde el concepto de *Bildung* adquiere el significado de concepto estructural de la historia, pero conservando aún el sentido originario de la teodicea, si bien, asumiendo las distintas dimensiones que había ido adquiriendo a lo largo del tiempo; línea que no sería

y es mediante tal recurso como hallará una vía compatible con la noción de comprensión, esto es, a través del empleo del señalado concepto de formación en un sentido dinámico de apertura a perspectivas más universales (29). Todo ello respondiendo al loable objetivo, por así decirlo, de «ganar horizontes», para desde esa toma de postura y con apoyo en la tríada conceptual de entendimiento, razón y fuerza imaginativa, terminar sustituyendo a la noción de «ciencia» en la fundamentación filosófica de las ciencias del espíritu (30).

Desde el punto de vista global aludido y de aceptación asimismo de la previa premisa reseñada, cada singular ensayo de conocimiento remite a unos horizontes de comprensión llamados a fundirse entre sí, trascendiendo el mero análisis semántico de textos lingüísticos; fusión de horizontes del presente con el pasado, reconoce *H. G. Gadamer*, que constituye «la tarea de las ciencias del espíritu». Esto es, semejante modo de proceder nos envía inevitablemente al conocimiento de una cultura evolucionada históricamente; desde luego, asumida desde la «mediación» y considerada en perspectiva crítica. A partir de ahí, el trabajo jurídico aparece forzosamente vinculado a fondos existenciales de conocimientos y de experiencias vitales, lo cual, para nada implica aceptar planteamientos de tipo conservador, porque ha de tenerse en cuenta el actuante histórico. Dicho de otro modo, también el jurista está obligado inexorablemente a considerar la dimensión histórica del comprender en su estima de algo completamente distinto del saber histórico en cuanto «saber de algo objetivamente dado» (31). No obstante, el hecho inevitable de vincular el entendimiento a una «precomprensión», lejos de toda tentación de apuntarse a las corrientes ahistoricistas, discurre hacia la orientación del quehacer intelectual del trabajador del derecho —*Rechtsarbeiter*— al encuentro con una configuración de las diversas relaciones

seguida por los filósofos del Idealismo en su identificación con cultura, si bien, en Wilhelm VON HUMBOLDT se apreciará la distinción entre *Bildung* y *Kultur*, como bien ha puesto de relieve Hans-Georg GADAMER.

(29) En este sentido Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, 2010, p. 14.

(30) *Ibidem*, p. 14.

(31) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, p. 15.

enmarcadas en la tradición, abriendo la acción del comprender a nuevas experiencias y comprobaciones que se enmarcarán asimismo en el ámbito de la historia efectual. Al emerger la hermenéutica de la facticidad con la pretensión de superar los planteamientos postontológicos (32), es evidente que el caso concreto objeto de análisis cobra auténtica —la máxima— relevancia, pero también la vinculación a la historicidad de la «concretización» jurídica va a adquirir singular importancia, dada la aludida dimensión histórica inherente a todo fenómeno de comprensión. Se trasciende de este modo la mera autoconciencia —vale decir, el actuante sin «conciencia» ni pretensión de tal— propia de la «ficción prácticamente insostenible» aceptada por el positivismo legal en su defensa cerrada del «método jurídico»; en cambio, planteamiento petrificador defendido en términos decididamente apoloéticos por los planteamientos provenientes del historicismo que ni tan siquiera se sienten preocupados por la contractibilidad intersubjetiva.

2. UNA PROPUESTA QUE IMPLICA EL CAMBIO DE PARADIGMA,
Y PARCIALMENTE SITUADA EN EL ÁMBITO DE LA PROPIA
HERMENÉUTICA: REFLEXIONES AL EFECTO DESARROLLADAS
POR LA TEORÍA ESTRUCTURANTE DEL DERECHO

2.1. *El matizado engarce de la Teoría estructurante del Derecho
con la Hermenéutica de la facticidad*

Conforme hemos brevemente recordado más arriba, la tarea hermenéutica propiamente dicha actúa a modo de permanente cuestionamiento objetivo de los fondos de conocimiento existentes. De forma más concreta, el proceso de descontextualización y recontextualización en el que se desarrolla la comprensión, implica que cada acto interpretativo suponga un «sentido» del conjunto ya analizado. Entendido sea por «sentido» para la Hermenéutica, con *M. Heidegger*, el «armazón existencial formal del “estado abierto” inherente

(32) Así se deduce de lo expresado por Bernd JEAND' HEUR, *Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

al comprender»; esto es, «aquello en lo que se apoya la comprensibilidad de algo» (33). Ahora bien, como resalta el propio *M. Heidegger*, toda interpretación que deba proporcionar comprensión, ha de haber comprendido aquello que debe interpretar. Y, por consiguiente, resulta cierto, ninguno de los sentidos previos es susceptible de ser calificado como justo o injusto, verdadero o falso, sino que han de ser siempre comprendidos más allá de la verdad y del error, por lo que no podrá quedar fijado nunca un sentido determinado ni siquiera para una misma pregunta que se repita.

Así las cosas, a diferencia de lo considerado por el historicismo y el psicologismo, la hermenéutica de la facticidad rechazará toda actividad de interpretación jurídica en su consideración de hecho o de verdad atemporal. Pero la ausencia de una verdad de carácter absoluto no significa para tal perspectiva hermenéutica la inexistencia de toda verdad, aunque no tenga por qué ser ésta de naturaleza inmutable. Error de comprensión acerca del proceder hermenéutico — a modo de negación de toda verdad— en el que no se puede caer, tal como ha venido insistiendo *J. Grondin* (34). La autonomía de los textos puede aceptarse, cierto. Sin embargo, a partir de semejante aceptación, si lo que buscamos es el sentido original de aquellos (35), y puesto que la tesis de la igualdad de la razón ya fue suficientemente puesta en tela de juicio por *J. G. Fichte*, semejante camino nos conduce también — aunque ahora desde otra perspectiva— al rancio y vetusto subjetivismo, así como a la práctica de una trasnochada e inservible interpretación de matiz inequívocamente psicologista; esfuerzos vanos, por así decirlo.

La presencia de un ámbito contextual de la naturaleza del descrito, se acepta expresamente por ejemplo en la conocida y genuina reflexión de *J. Esser*, quien plantea la problemática de la concretización/interpretación jurídica desde las ideas de la experiencia ac-

(33) Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit...*, op. cit., pp. 75 y ss.

(34) Jean GRONDIN, *Introducción a Gadamer*, Barcelona, Herder, 2003.

(35) Esta parece ser la pretensión de Emilio Betti, según consideramos mayoritariamente se ha comprendido su obra, para lo que puede consultarse Giuseppe ZACCARIA, *Ermenéutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 73 y ss.

tualizada y de la finitud de toda comprensión, a partir de un concepto de «situación» estructuralmente abierto (36). Por consiguiente, trascendiendo y prácticamente ignorando el logicismo, entiende necesario realizar un movimiento apelativo integrado por el conjunto de preguntas y respuestas orientadoras de nuestra manera de actuar, constitutivas de toda una serie de argumentaciones encaminadas al conocimiento y, más aún, a la comprensión. Porque, todo proceso de comprensión jurídica así como su correspondiente justificación racional, en vez de estructurarse a partir de un conocimiento jurídico tipificador deducido desde el denominado y pretendido «sistema» regido por las notas de autonomía e inalterabilidad y al servicio tanto del orden como de la clasificación, viene obligado por el contrario a orientarse por la experiencia práctica. En consecuencia, el conocimiento «de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados, sino un proceso unitario» (37), en el transcurso del cual se realiza la concretización y en el que va a desaparecer la vieja dicotomía de corte positivista entre ser y deber ser.

A lo anterior se añade que el entendimiento previo, la interpretación y la decisión, están estrechamente vinculados, pues conforme ha aclarado e insistido la Hermenéutica, tal como apuntamos, constituye un hecho evidente que el entender arranca siempre a partir de una selectiva concepción previa sobre aquello que pretende ser comprendido. Y una vez escuchada la propia tradición —de cuya comprensión reflexiva a través del eje temporal pasado, presente y futuro, no nos es dado prescindir—, deberá la misma hacerse oír en su sentido propio y diferente, estimará *H. G. Gadamer*. Por consiguiente, desde la precomprensión también legítima e inevitable del jurista en su función de elemento comunicable del proceso de concretización, si bien circunscrita no ya al universo hermenéutico sino al más delimitado de la cultura jurídica propia de la estructura material y formal del Estado de derecho democrático (*F. Müller*), los textos legales verdaderamente interesan a modo de enunciados y modelos referenciales, en orden a las preguntas que en atención a su compromiso con la búsqueda de la verdad deberá realizar el operador jurídico para la resolución del supuesto concreto respecto

(36) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, pp. 26-27.

(37) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 381.

del que está llamado a decidir(38). En todo caso, a partir de la situación pragmática de partida, dada su condición de «ser en», o más propiamente de «ser abierto» —*Erschlossenheit*—, vendrá obligado el trabajador del derecho al diálogo continuado y abierto con otros y con «lo otro»(39). Y ello, si verdaderamente pretende alcanzar esa mediación entre el pasado —los pasados— y el presente —los presentes— que persigue de esta suerte, y a través de la posibilidad de con-encontrarse —*Mitbefindlichkeit*— a través de esa disposición franca al diálogo.

Podríamos así afirmar, a nuestro modo de ver, que la *Teoría estructurante del Derecho* se mostrará más cercana en este punto a la perspectiva heideggeriana acerca de la cuestión, desde la cual se sostuvo que la comprensión no busca tanto el comprender al otro sino más bien alcanzar la proyección de las posibilidades que nos son más peculiares. Sin descartar, eso sí, la ocasión de entablar un diálogo productivo que, según estima, no se practica a modo de ejercicio erístico. Situado en esta óptica, considerará matizadamente convenientes *F. Müller* las reflexiones de un *E. Husserl* evolucionado, y lo mismo que éste, sin caer en tentaciones psicologistas, tendrá en cuenta la relevancia del «mundo de la vida». A su vez, la actividad del comprender se desarrolla respecto de áreas culturales o expectativas en las que el mismo jurista se inserta, en consecuencia, incorporándose en sentido propio al horizonte hermenéutico portador de la precomprensión, esto es, del estar-ahí como ser en el mundo —*In der Welt Sein*—. Por consiguiente, descartada cualquier actividad de reconstrucción «objetiva» de carácter puramente cognitivo o de adicción constructiva en su quehacer, se orienta la tarea del jurista hacia el logro del consenso general a obtener relacionamente a través de una decisión razonable, trascendiendo las estrictas repeti-

(38) Por todos Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 458.

(39) Piero CALAMANDREI, resumiendo el pensamiento de G. Chiovenda y en línea con ideas por nosotros expuestas —al menos aparentemente—, nos recordará gráficamente cómo todo pensamiento ha de «madurarse en la mediación de la historia y del pensamiento ajeno», puesto que de no procederse de semejante modo «se corre el riesgo de llegar a una cima que parecía inexplorada, y advertir con sonrojo que a la misma cima conducía, desde la otra pendiente del monte, una amplia carretera por la cual han pasado ya tantos antes que nosotros», citado por Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, Docencia e Investigación jurídicas*, 6.^a ed., México, Porrúa, 1997, p. 41.

ciones dogmáticas y mecánicas que no conllevan algo distinto de la «comprensión inauténtica» (40).

El *Vorverständnis*, por su parte, aparecerá siempre condicionado por la comprensión del mundo en un determinado ámbito, así como por el lenguaje, atendida sea la condición de éste en cuanto «medio universal en el que se realiza la comprensión» (41). Con ello, obviamente, la concretización/aplicación jurídica conlleva necesariamente una precomprensión del trabajador del derecho encargado de llevar a término la tarea de «aplicar», como acabamos de decir, pero su actuación se desarrolla desde una perspectiva superadora del subjetivismo. Expresado de otro modo, la concretización jurídica ha de seguir las normas razonables y objetivas propias de un orden justo, operando sin embargo con ciertas infraestructuras situadas más allá del «Derecho». En efecto, de acuerdo con lo que venimos apuntando, una vez arrumbado el primado de la lógica, la tarea de concretización jurídica parte de un entendimiento previo encargado de introducir «en el trabajar los contenidos que ofrece tanto la teoría del Estado como la de Constitución» —de una teoría concreta de la Constitución (*sachbezogene Verfassungstheorie*)—, así como por supuesto la Teoría de la Norma. Algo similar a lo que nos parece reconocer en *G. Zagrebelsky*, aunque el autor no haya superado aún el cambio de paradigma de la normatividad, cuando advierte acerca de que, en las circunstancias sociales actuales, el Derecho se ha hecho «más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho» (42). En fin, los principios de los que se sirve el trabajador del Derecho para realizar su labor, según sostiene la *Teoría estructurante*, son esencialmente principios «controlables» y estructurados, de justicia, de trabajo y de capacidad de crítica (43).

(40) En este sentido Giuseppe ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990.

(41) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método*..., *op. cit.*, p. 467.

(42) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7.^a ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 65.

(43) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo*..., *op. cit.*, p. 253.

En todo caso, si se examina más específicamente la cuestión desde la perspectiva seguida por la *Teoría estructurante del Derecho* debida a *F. Müller*, se ha observado una propuesta similar a la ejemplificada por el aludido *J. Esser* en el inicio de la construcción (44). De esta suerte, la «búsqueda» de conocimientos en el círculo hermenéutico se orienta desde una teoría de la «concretización» jurídica en estrecha conexión con la práctica, fundamentada esencial y ejemplificativamente desde el ámbito del Derecho constitucional. De cualquier forma, sostiene *F. Müller* que su metódica estructurante puede servir para cualquier ámbito del conocimiento jurídico, porque, tal como admite, toda vez que se persigue mediante la misma garantizar el control racional del proceso de concretización práctica, asimismo es válida para el Derecho infraconstitucional. En efecto, habida cuenta que, prestando atención a la especificidad de su estructura normativa, la propugnada y desenvuelta en un Derecho de carácter fundamental encargado de legitimar y limitar el orden jurídico de la colectividad como es el Derecho Constitucional, va a desarrollarse en el ámbito más difícil para llevar a cabo la concretización, la realizada en el mismo adquirirá «valor ejemplar». E igualmente considera que puede perfectamente emplearse con toda licitud para la extracción a través de un proceso estructurante del Derecho no escrito cuando ello sea menester (45).

2.2. *La definitiva superación del positivismo metódico por la construcción normativa estructurante*

2.2.1. El inaceptable monismo jurídico-positivista

Si nos seguimos centrando en el Derecho constitucional, la finalidad de servir de fundamento al orden jurídico en su totalidad, unido a la «apertura» estructural que le es de esencia, dicho de otro modo, tanto por su estructura normativa como debido a la estructura de los problemas a resolver por la rama jurídica del Derecho

(44) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, pp. 31-32.

(45) Friedrich MÜLLER, *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 111 y ss.

constitucional, tal como se dijo hace unas líneas, permiten la fácil comprensión de las dificultades específicas surgidas en la actividad concretizadora (46) cuando ha de ser desarrollada en relación con el mismo (47). Con todo, a pesar de la aludida dificultad inmanente, en sentido propio, es el Derecho constitucional el ámbito jurídico privilegiado para llevar a cabo la reconciliación entre «Derecho» y «Realidad», lo que conduce más tarde a adoptar distintos planteamientos ante la tesitura de poner necesariamente de relieve esta estrecha correlación existente, si bien, únicamente aludiremos a la cuestión por medio de unas breves consideraciones. De una parte, es lógico, no consideramos conveniente abordar la problemática desde una posición exclusivamente racionalista, puesto que a partir de la misma la supraconformación que aparece en la *Norma normarum* nos conduce irremediable de modo a la inclinación frecuente, por demás, de procurar el aumento de la distancia entre Derecho constitucional y Realidad socio-política (48). Por el contrario, observada la problemática desde la Realidad en sus contextos significativos, aparece ante nosotros el Derecho constitucional como el área jurídica más en conexión e inmediatez con la primera, lo que pone de relieve la necesidad de que el problema propio de la teoría de la normatividad, de la relación entre derecho y realidad en el interior de la normatividad de las prescripciones establecidas, únicamente pueda ser correctamente tratado por medio de una teoría de la práctica del Derecho constitucional, tal como propondrá *F. Müller*. Entre nosotros, *M. Á. García Herrera* lo ha expuesto con tanta contundencia como plasticidad, al reconocer que en el marco en el cual se desenvuelve la comprensión de la Constitución «laten con energía la fuerza normativa y la vocación histórica, la configuración y la evolución», y que por ello «no es

(46) El autor que, según nuestros conocimientos, emplea por primera vez más asiduamente el término *Konkretisierung*, es Karl ENGISCH, en el intento comprender con el mismo la inclusión de la reconstrucción de los hechos junto a la interpretación de las normas, en el proceso global de interpretación. Y posteriormente es empleado por los autores críticos con el positivismo a fin de explicar que la comprensión-interpretación es bastante más que la concreción de sentidos contenidos en un texto lingüístico.

(47) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo...*, *op. cit.*, p. 257. En similares términos acerca de estas dificultades, Juan-José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 69, 1990, pp. 180 y ss.

(48) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, pp. 34-35.

posible renunciar al carácter vinculante, pero es imposible vivir de espaldas a una realidad cambiante que presiona con decisión» (49).

Sin embargo, considerada la contradicción latente entre ambos puntos de vista brevemente referidos, los neokantianos de la *Marburger Schule*, con *H. Cohen* a la cabeza en su derroche de energía intelectual tendente a transformar la filosofía trascendental kantiana en conclusiones lógicas, y a los que se unirá *H. Kelsen*, invocaron y aceptaron la presencia de una razón general que prosigue adquiriendo para sus continuadores el carácter de legisladora absoluta (50). De este modo, en su pretensión de llevar a cabo la reducción de la razón práctica a razón pura, de conformidad con lo propuesto por el positivismo legalista extremo «del tratamiento de normas» (*F. Müller*), la Norma jurídica será exclusivamente considerada expresión de una categoría lógico-trascendental insita en la estructura mental del sujeto cognoscente; un ser ideal tan puro e intemporal como irreal, dirá *R. Christensen* (51). Pero, paradójicamente, en su cuasi-obsesiva pretensión científica de delimitación estricta del objeto de conocimiento, el planteamiento de la escuela de Viena negará al mismo tiempo la posibilidad de deducir normatividad alguna de los datos psicológicos o psíquicos. Es éste aspecto, por demás, uno de los puntos de más seria fricción de *H. Kelsen* con la línea metodológica de *G. Jellinek* — uno de sus maestros —, pues veía científicamente incorrecto la mezcla admitida por el segundo de elementos normativos, psicológicos y psíquicos, aspecto que se dibuja en la interpretación psíquica o psicológica de la voluntad propuesta por la construcción jurídica del segundo.

(49) Miguel-Ángel GARCÍA HERRERA, «“Prólogo” al Manual de Derecho Constitucional (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde)», en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 5, 2000, p. 382.

(50) Un buen resumen acerca de esta influencia se halla en Geert EDEL, «Zum Problem der Rechtsgeltung. Kelsens Lehre von der Grundnorm und das Hypotesis-Theorem Cohens», en *Grenzen der kritischen Vernunft. Helmut Holzhey zum 60. Geburtstag*, ed. de Peter A. SCHMID y Simone ZURBUCHEN, Basel, Schwabe AG, 1997, pp. 178 y ss.

(51) Ralph CHRISTENSEN, «Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzpositivistischen Textmodells», en *Untersuchungen zur Rechtslinguistik interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, ed. de Friedrich MÜLLER, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, p. 71.

Partiendo de las aludidas premisas, para el positivismo metódico —positivismo de la validez del Derecho—, recuerda *F. Müller*, Derecho y realidad, Norma y segmento de realidad normada coexisten en sí mismos, se yuxtaponen sin anudar una relación mutua, y globalmente opuestos en línea de principio, sólo llegan a encontrarse en virtud de la puesta en práctica de un silogismo subsuntivo. Prosiguiendo esta línea de pensamiento, el paradigma de la plena absorción de la Realidad por la Norma se desarrolla desde la también neokantiana y aludida *Wiener Schule* (52), integrada por herederos testamentarios del constructivismo lógico y positivista de *P. Laband* (53). Modo de proceder que se observa en la formulación debida a la construcción realizada por el «formalismo gradualista kelsesiano» (54), de acuerdo con la cual, la rigorista visión neokantiana sobre la que se halla sustentada se vuelve racionalista al extremo y, en lógica consecuencia, termina proclamándose por nuestro autor la soberanía de la razón e implícitamente la del orden jurídico (55). De ahí la conclusión esta-

(52) La influencia de la Escuela de Viena por la de Escuela Baden ha sido quizá menos tenida en cuenta cuando se trata de rastrear sus orígenes en filosofía neokantiana de la que la primera trae causa. Sin embargo, también esta influencia es innegable y, en particular, sobre el jefe de la escuela. Además, tal influencia es temprana, pues ya en *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado* incorpora Hans Kelsen la distinción debida a Wilhelm WINDELBAND entre la perspectiva explicativa y la normativa, a fin de resaltar la particularidad de lo jurídico, si bien, posteriormente, es la doctrina de los dos mundos debida a Heinrich RICKERT la que fundamentalmente tiene en cuenta Hans Kelsen, para justificar la insalvable distancia entre el reino de los valores teóricos y el de la realidad empírica, aunque no sigue al autor en el intento de conciliación entre ambos. Es por ello que Francisco-Elías DE TEJADA Y SPÍNOLA estimará que el izamiento de la bandera «de la “pureza del método”» por Hans Kelsen, y su idea «del “valor jurídico”, ajeno y superior a las concreciones sociológicas o políticas, es la repercusión en la filosofía del derecho y del Estado del gran movimiento iniciado por Windelband y Rickert», *Derecho Político*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 113.

(53) Posición metodológica que reenvía a las de Carl Friedrich von Gerber y Rudolf von Ihering, y desde los planteamientos de éstos hasta la *Begriffsjurisprudenz* de Friedrich Karl von Savigny, como bien expresa Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*..., *op. cit.*, p. 32.

(54) Pedro DE VEGA GARCÍA, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo judicial», en *op. cit.*, p. 78.

(55) Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 165. De otra parte, estima Stanley PAULSON que es al inicio de los años sesenta del pasado siglo cuando se produce el aún no consensuado abandono del neokantismo por Hans Kelsen, «Toward a periodization of the Pure Theory of Law», *Hans Kelsen Legal Theory*, ed. de Letizia GIANFORMAGGIO, Torino, Giappichelli, 1990, y «Konstitutive und methodologische Formen. Zur Kantischen und neukantischen Folie der Rechtslehre Hans Kelsens», en

blecida, cual modo de salir del paso, acerca de que la Norma fundamental hipotética reposa en el seno de la pura razón por una especie de reflejo intelectual del «yo trascendental», esto es, descansa en una pura hipótesis de pensamiento. Es el punto de partida del proceso de creación de normas positivas, pero no es una norma puesta —*gesetzte Norm*— sino una norma presupuesta —*vorangesetzte Norm*—, siendo por tanto meramente «pensada», no querida. Norma «válida» y «suprema» que constituye el «punto de partida de toda construcción jurídica» (56). Por ello, carente de fuerza de obligar, pero a la que se remite el fundamento de validez de cualquier norma jurídica, con lo que paradójicamente traicionaba el fundamento último de su antecedente filosófico más preclaro, pues en *I. Kant* la norma básica deviene derecho natural. Ley natural que halla en la razón práctica y que parece remontarse en su razonamiento probablemente a *Platón*, en quien el pensamiento se constituye propiamente a partir de una base inventada. E incluso, trascendiendo, también «traiciona» en último extremo el principio fundamental regitativo del idealismo kantiano: «Todo conocimiento de las cosas que provenga meramente del Entendimiento puro y la Razón no es más que una simple ilusión, y sólo hay verdad en la experiencia» (57). En consecuencia, no deja de ser curioso, la validez normativa de todo el sistema, así como su unidad, como terminamos de decir, se derivan de una «norma» situada a modo de mera hipótesis básica fuera del orden jurídico, de una norma «supuesta» o «presupuesta» denominada después Constitución en sentido «lógico-jurídico», que desarrolla una función sustancialmente cognoscitiva y no justificativa (58). Se admite así por «el buda del positivismo jurídico» la existencia de normas extra-jurídicas que

Kant im Neukantianismus. Fortschritt oder Rückschritt?, ed. de Marion HEINZ y Christian KRIJNEN, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2007, pp. 149 y ss.

(56) Cuestión que aborda por primera vez Hans Kelsen de forma decidida en su artículo «Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung», aparecido en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 32, 1914, pp. 216 y ss. No obstante, como reconoce el propio autor, «sin llegar a desarrollar todavía la distinción, más tarde establecida, entre la norma fundamental considerada como Constitución en sentido lógico-jurídico y la Constitución en sentido jurídico-positivo», *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado*, Porrúa, México, 1987, p. XLVIII.

(57) Luis RECASÉNS SICHES, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo xx*, México, Porrúa, 1963, p. 140.

(58) Alfonso CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Napoli, Esi, 1983, p. 7; asimismo un buen análisis al efecto en las consid-

no son derecho positivo y constituyen, en términos de A. Verdros, «un punto de partida indemostrado e indemostrable» (59), constitutivo del «presupuesto básico» o «fundamento hipotético» (60) de la unidad normativa del ordenamiento positivo.

Sentado el principio de que el fundamento jurídico del ordenamiento es metajurídico y, por tanto, se halla «fuera del conocimiento jurídico», la Constitución positiva —«jurídico-positiva»— se acercará a la realidad al mero objeto de fijar el procedimiento de producción jurídica, porque va a ser la aceptación de los postulados sostenidos por la filosofía neokantiana lo que le conduce a reconocer en favor de la razón no ya solo el poder de legislar libremente acerca de la realidad sino también la «aparente» facultad de «crear» esta última si necesidad alguna de su relación con la realidad a ordenar (61). De esta suerte, concluirá aceptando la radical exclusión del principio de causalidad como criterio ordenador de un Derecho de carácter para él meramente formal situado al margen de los valores y sistemas de valores que, en lógica consecuencia, admite todo posible contenido material, permitiéndole prestar perfectamente sus servicios —al menos formalmente— tocante a la protección y sanción de cualquier orden socio-político (62). De hecho, y como es sabido, terminará Hans Kelsen olvidado la idea de que el Estado es una organización política para pasar en el autor a su identificación con el Derecho (63).

eraciones de Joseph RAZ, «Kelsen's Theory of the Basic Norm», en *The Authority of Law: essays on law and morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 122 y ss.

(59) Alfred VERDROSS, «Zur Konstruktion des Völkerrechts», en *Zeitschrift für Völkerrecht*, Bd. VIII, 1914, pp. 329 y ss.

(60) Términos recogidos, por ejemplo, en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1934.

(61) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», en *op. cit.*, p. 38.

(62) Eric VOEGELIN, «Kelsen's Pure Theory of Law», en *Political Science Quarterly*, vol. 42, 1927, pp. 268 y ss.

(63) Mucho más preciso en la época Ernst BELING: «Der Staat ist nicht die Rechtsordnung, sondern er hat eine Rechtsordnung» (El Estado no es el orden jurídico sino que tiene un orden jurídico), *Revolution und Recht*, Augsburg, B. Filser, 1923, p. 25; lo que ha sido considerado por algunos autores, caso de Werner Krawietz, una respuesta implícita a Hans Kelsen.

2.2.2. La definitiva posición superadora de la tesis positivistas aportada por la Teoría estructurante del Derecho

Tal como ha sostenido A. Calsamiglia, el positivismo para ser adecuadamente comprendido ha de ser examinado a la luz de las posiciones superadoras del mismo (64). Y, en tal sentido, maravillosamente expresada la crítica del logicismo extremo kelseniano, podemos leer en H. Heller: «Puede que la teoría formalista monocrática del Estado no incurra nunca en contradicciones lógicas, pero políticamente será siempre, quizás involuntariamente, el auxiliar más eficaz de la dictadura» (65). En todo caso, conforme ha confirmado la evolución histórica efectual de los acontecimientos jurídicos, la pretensión kelseniana de construir *in thesi* «una sintaxis jurídica cerrada (...) libre de todo contacto con el contexto pragmático», jamás ha podido ser confirmada *in praxis* (66). Observaciones que conducirán a F. Müller a estimar que no le parece factible poder afirmar que la Teoría pura del derecho sea la doctrina jurídica más idónea al objeto de crear el espacio para el desenvolvimiento de las condiciones reales de justicia, y a partir de ahí postular seguidamente como alternativa una *Teoría estructurante del Derecho* «decididamente impura». Incapacidad que igualmente reconoce a una teoría pura del lenguaje y su trasunto de interpretación semántica pretendida por el pensamiento analítico-jurídico (67).

Desde las previas premisas consideradas, el modelo de interpretación propio del positivismo metódico ha sostenido, según hemos aludido, que la correcta aplicación normativa deberá

(64) Albert CALSAMIGLIA, «Postpositivismo», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1998, pp. 209 y ss.

(65) Hermann HELLER, «Europa y el fascismo», ahora en *Escritos Políticos*, Madrid, Alianza editorial, 1985, p. 75. Y no menos contundente, por ejemplo, Franz WIEACKER: «Al positivismo como tal no se le plantea el problema de la posibilidad de una ética material normativa», *El principio general de buena fé*, Madrid, Cívitas, 1981, pp. 34-35.

(66) Theodor VIEHWEG, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 200.

(67) En este sentido Hans-Joachim KOCH y Helmut RÜSMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, Beck, 1982.

realizarse a través de cánones metodológicos desarrollados en el ámbito interno del «sistema». Por consiguiente, según considera, el sistema jurídico deviene capaz de garantizar la aplicación jurídica correcta, coincidente ésta con la reejecución —*Nachvollzug*— de una ideal voluntad normativa previa e inalterada —definitiva—, a esclarecer a través de un proceso cognitivo de conclusión silogística carente de «espíritu» e imaginación. Puede observarse, evidentemente, e incluso manifiestamente se llega a reconocer por el positivismo metódico, que se inclina éste por un canon metodológico estable arrancando para ello de la premisa neokantiana de la abstracta separación entre ser —*Sein*— y deber ser —*Sollen*— (68); separación carente de explicación por cuanto imposible en el mundo social.

De este modo, el positivismo jurídico se atiene exclusivamente a un mundo de normas que son para él su material de hechos (69), y prosigue plácidamente instalado en completa ajeneidad «a la nueva dirección que ha tomado la hermenéutica jurídica». Ahora bien, mediante tal forma de proceder, nunca han sido lógicamente capaces los diversos positivimos de mantener en la práctica el postulado de verificación, ni de demostrar, en su caso, el de falseabilidad. Situados en estos términos, todo jurista, ora ingenuo ora arrogante seguidor del «método jurídico», permanece sin advertir cómo la experiencia histórica evidencia la inexistencia de puras normas, esto es, de previas normas objetivas en sí mismas consideradas y completamente desligadas de la realidad social (70), lo que le conduce a aceptar acríticamente la «creación» autónoma del le-

(68) No obstante, para Hans Kelsen, la distinción entre ser y deber ser ha de considerarse relativa, y como el derecho es para él un valor, un deber ser, sostiene que el problema de su específica existencia «consiste en que el derecho parece que ha de ser simultáneamente un deber ser y un ser, aunque éstas son categorías que lógicamente se excluyen». *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, Berlin, Rudolf Heise, 1928, p. 10.

(69) Theodor Viehweg, *Tópica...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

(70) Ejemplificativo de esa pretendida pureza normativa, por todos, Adolf Merkl, quien rechaza la incorporación de cualquier factor ajeno al Derecho en el ámbito de la Ciencia del derecho, lo que supondría una falsificación y correspondiente «transgresión del postulado del conocimiento puro», *Zum Interpretationsproblem*, publicado en 1916, y recogido ahora en *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, ed. de Hans Kletzky, Rene Marcic y Herbert Schambeck, Wien, Europa Verlag, 1968, p. 1066.

gislador(71). Y, a partir de estas premisas, construyen sintéticamente *a priori*, por medio del tratamiento lógico-formal de textos, una «metajurisprudencia» situada al margen de juicios valorativos, sin espacios para el pensamiento y desligada del contexto mismo. Planteamiento que, interesa remarcar, imposibilita de todo punto al trabajador del Derecho en orden a llevar a cabo cualquier tipo de formación o de transformación material(72); eso sí, ante un «sistema jurídico» de semejante calado, *Sócrates* no hubiera tenido necesidad de morir. En este sentido, se ha opuesto decididamente por ejemplo *M. Aragón* a toda aquella pretensión de interpretación constitucional que pretenda llevarse a término prescindiendo de los valores, e igualmente destaca la verificación acerca de que la puesta en escena de la vertiente axiológica de la Constitución, ha reafirmado y fortalecido el parámetro en el control constitucional en lugar de conducir a la destrucción de su carácter objetivado tal como *a priori* se temiera(73).

Reseñado lo anterior y tal como con facilidad se puede detectar, la *Teoría estructurante del Derecho* a lo largo de su modelo propuesto de ordenación estructurado y objetivado, pone de relieve una distancia nítida respecto del positivismo metódico, apostando con determinación en favor de la reconciliación entre Derecho y Realidad; pero adviértase desde pronto que la síntesis no se opera hegelianamente *a priori*(74), sino en el instante temporal actuante vinculado al caso. Y, sobre todo, apuesta por la síntesis superadora de todo dualismo, que ya nos aparece en posiciones tan admirables, por otro lado, como la de un *J. Ortega y Gasset*: «La mano procura amoldarse al objeto material, a fin de apresararlo bien, pero a la

(71) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, p. 28.

(72) Francesco DENOZZA, «La struttura dell'interpretazione», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 1 y ss.

(73) Manuel ARAGÓN REYES, «La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Interpretación constitucional*, ed. de Eduardo FERRER MAC-GREGAR, México, Porrúa, 2005, pp. 16 y ss.

(74) Para la síntesis apriorística entre «lo real» y «lo ideal» propia de la dialéctica idealista hegeliana, puede verse de notable interés la aportación de Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, *Il fondamento de la Filosofia giuridica de G. G. F. Hegel*, Turin, Gobetti, 1924.

vez, cada objeto material oculta una previa afinidad con una mano determinada» (75).

Básicamente, los criterios metodológicos propuestos guardarán en los primeros estadios un parecido no desdeñable con los esbozados por *J. Esser*, y significativamente se orienta asimismo por éste respecto del concepto de vigencia de lo normativo, o pretensión de normatividad (76). La decidida aproximación al ámbito material de la realidad por parte de la *Teoría estructurante del Derecho* hace de la misma una teoría realista (77), realidad de la que se reconoce forma asimismo parte de la Norma. Y puesto que el criterio postrero del razonamiento jurídico considera que es de carácter ético y no lógico, ello vincula a esta teoría con el modo de razonamiento jurídico retórico-dialéctico que logra alcanzar una solución de justicia material desde la consideración de todos los componentes del problema, situación de partida a partir de la cual se ha destacado por la *Teoría estructurante del Derecho como punto de partida* «la realidad fundamental de la diferencia entre norma y texto de la norma» (78). Los diversos puntos de vista considerados y su posterior comprensión se orientan al problema de modo abierto e imaginativo, con la obligación consignada por *F. Müller* de eliminar siempre los *topoi* ajenos al asunto, al objeto de lograr el equilibrio más adecuado en el contexto circunstancial de la comprensión, tarea que no constituye nunca una actividad subjetiva por relación a un objeto dado —*Dezisionismus*—. No obstante, su visión es más completa, al tener presente todos los ángulos de la situación, de modo que no se inclina, por tanto, ni por sostener una inserción en la Historia que nos es dada al modo gadameriano, ni de enfrentarnos a esa Historia a fin de emancipar

(75) José ORTEGA Y GASSET, en su germinal, densa y coherente obra *Meditaciones del Quijote*, publicada en Madrid (1914), en la que desde su radical perspectiva racional-vitalista, el autor decididamente nos incita ya a la búsqueda de la verdad desde la concreta e intransferible circunstancia de cada uno, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

(76) Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, Athenäum, 1972.

(77) Estamos en presencia de un «realismo postpositivista», expresará Werner KRAWIETZ, «Recensión de *Juristische Methodik und Politische System*», en *Rechtstheorie*, Bd VII, 1976, p. 119.

(78) Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo...*, *op. cit.*, p. 235.

sus contenidos opresores, como se pretende desde la óptica de un *J. Habermas*. Con todo, la retórica —material— no significa la apertura de una puerta de fácil huída para justificar cualquier decisión: «No cualquier decisión es susceptible de una fundamentación convincente», dirá *Th. Viehweg*. Porque considera imposible decidir en contra de la letra «clara» de una prescripción, en cuanto resulta ser el texto el encargado de señalar en cada caso el grado de topicalización posible, actuado como «preforma que obra dentro del programa de la Norma» a modo de impulso y límite último de posibilidades en el contexto del proceso estructurado por el que adviene de forma constante la normatividad. Proceso consistente y desarrollado en el establecimiento de puntos de vista a partir de los cuales la arquitectura de una solución concreta recibe criterio y dirección, nos propondrá *F. Müller*, pudiendo ser así racionalmente concebida pero sin pretensiones de exactitud. Bien coincide por ello el autor con la perspectiva adoptada en este punto de *J. Grondin* acerca de la incapacidad para la comprensión global: «somos lo que intentamos comprender y fracasamos muchas veces en el intento», pues en realidad «vamos tras la comprensión y el sentido porque, por principio, nos faltan».

Dicho de otro modo, para la concepción metodológica estructurante, el texto de la norma tiene por función la de operar como límite extremo de la posible formación de Derecho —*mögliche Rechtsbildung*—, sean textos detallados bien estemos ante textos de amplitud excepcionalmente pronunciada como sucede con las cláusulas generales —*Generalklausel*—. En consecuencia, las decisiones que manifiestamente transgreden la letra de un texto de Norma son jurídicamente irregulares, pues los procesos de concretización en uno y otro caso únicamente difieren en la amplitud del ámbito de posibilidades. De todos modos, si como terminamos de decir, el texto cumple una función de determinación —*Bestimmungsfunktion*— del espacio para la concretización jurídicamente regular o lícita —*zulässig*—, es evidente que su función limitadora y delimitadora no va a poder resultar idéntica sino que distará sensiblemente de la función de concretización que desarrolla el elemento gramatical de la interpretación(79).

(79) Sobre la cuestión, con planteamientos no exactamente coincidentes, de indudable interés Otto DEPENHEUER, *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, Decker & Müller, 1988.

En cualquier caso, al seguir en este aspecto el modelo de directriz, se siente liberada la *Teoría estructurante del Derecho* de la atadura que atenaza a la hermenéutica fenomenológica frente los textos, porque sí admite y postula la plena libertad imaginativa del trabajador del Derecho a lo largo del proceso estructurante en atención a su condición de sujeto plenamente responsable de sus acciones, y en la línea que tiene en *P. Ricoeur* a uno de sus más ardorosos defensores.

De otra parte, en lugar de importar métodos provenientes de otros ámbitos de investigación, reivindica la autonomía de la Ciencia del Derecho como «ciencia de la decisión». Todo ello en clara contraposición al modo de proceder del positivismo metódico, que se ocupa de reducir la función de la Ciencia jurídica a la pura descripción del contenido de normas «previas», sin prestar la más mínima consideración al examen de la validez de posiciones tan atinadas como la de *K. O. Appel* cuando sostiene que «el observador que sólo describe, sin valorar, no puede en modo alguno insertarse cognitivamente en la historia» (80). En virtud de lo dicho, el método es claramente dependiente del objeto concreto de investigación y, precisamente por ello, la Norma no constituye para la *Teoría estructurante del Derecho* el objeto de la concretización sino el resultado de la misma, porque situada nuestra teoría al margen de la cuestión metafísica, dista del propósito de enredarse en momento alguno al hallazgo del *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*. Asimismo, de un lado, rechaza frontalmente la idea de la *lex ante casum*, esto es, la suposición de que la significación objetiva de la Norma jurídica nos viene dada a través de un abstracto acto de voluntad antes del enfrentamiento con el caso a resolver, tal como defiende el positivismo metódico. Voluntad a deducir por éste axiomáticamente vía interpretativa del texto legal a través de un procedimiento de lógica formal y el correspondiente falso relato materialmente determinado por una precomprensión exclusivamente dogmática, fundamento por su parte de una «deducción jurídica certera» (*C. F. von Gerber*). Y, en fin, reprocha al positivismo metódico su desarrollo con plena desatención de las estructuras e implicaciones objetivas de las normas jurídicas.

(80) Karl-Otto APEL, *La transformación de la filosofía I*, Madrid, Taurus, 1985, p. 31.

Van así a resultar inaceptables los planteamientos anteriores para la *Teoría estructurante*, concebida y elaborada desde el rechazo paradigmático del equívoco surgido con motivo de la comprensión «pretérita» del Derecho propia del idealismo especulativo, donde la Norma es entendida como una estructura estática dada de significados inmanentes enunciados por medio de textos lingüísticos a relacionar «*ex post facto* con las relaciones de la realidad histórica» (81). Al rechazar la identidad entre texto normativo y norma jurídica, se sostiene al mismo tiempo cómo el Derecho trasciende con creces el ámbito de los textos de las normas, y existe para esta doctrina la adecuada complementariedad entre principio de primacía del intérprete y autopenetración reflexiva del aplicador del Derecho — en parte, al menos, similar en este aspecto al modo hegeliano — en el «conocimiento de conexiones de hecho y de datos de experiencia» concedores de la existencia y actividad humana. Pero ahora reinterpretados, vale decir — y en el sentido propuesto por *P. Ricoeur* —, concretizados con ocasión de la función mediadora a desarrollar en cada acto concreto de aplicación en el contexto del asunto correspondiente. Así, la fluidez y la coherente trayectoria de su proceso concretizador, favorece en todo momento la apertura de horizontes de significación y nuevos cauces de sentido, porque su perspectiva de trabajo también adquiere carácter relacional como se ha visto. En efecto, se trata sintética y realmente, de «un concretar —referido al caso— cuantos datos proporcionan el programa de la norma, el ámbito de la norma y las particularidades del estado de hechos», a través de un proceso estructurado en el que nada se representa sino que se hacen normas, de manera que resulten visualizables y controlables los elementos y los principales estadios de los procesos de concretización normativa —expresión apropiada para designar el proceso estructurante en su conjunto— hasta la determinación de la norma jurídica que no existía, pues, previamente. La teoría de la Norma jurídica —ámbito fundamental y fundante de la reflexión de la *Teoría estructurante* acerca del hacer del Derecho— y la metodología jurídica se conciben necesariamente vinculadas desde la *concepción estructurante*, porque rechaza toda «ilusión óptica» proveniente de un concepto estático y previo de Norma al modo como es

(81) Luis-Quintín VILLACORTA MANCERO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, p. 31.

considerada ésta por el positivismo metódico. En efecto, únicamente para el positivismo resulta posible concebir la Norma sin referencia a la acción de los juristas, esto es, como una especie de derecho objetivo existente en sí y esclarecido mediante una cadena de deducciones de los textos a través del sistema axiomático-deductivo. El «corazón» de las incomprensiones positivistas, insistirá *F. Müller*, se encuentra en el presupuesto de conformidad con el cual la norma jurídica es idéntica a un texto autónomamente existente, por lo que las dificultades se reducen a la problemática de la ejecución de una instrucción plenamente contenida en tal texto, sin percepción alguna de los problemas factuales de las decisiones jurídicas en su evidente condición de decisiones prácticas. Por el contrario, entiende la Teoría estructurante que el objeto de la teoría normativa es en sentido propio el actuar jurídico y no un sistema jurídico en el que todo está con antelación prevenido, explicación que se alcanza desde la sobria consideración de la relación entre «Norma» y «Realidad»; es más, a partir de la estimación indubitada de que forma parte de la norma la realidad a través del conjunto de datos reales —*Realdaten*— a los que se refiere la prescripción jurídica, esto es, el ámbito material del que el programa extrae el ámbito normativo.

A su vez, según estima, la metódica jurídica debe ser fundamentada por medio de una teoría del Derecho a largo del proceso estructurante encaminado a «hacer Derecho», esto es, por una teoría de la Norma jurídica en los términos de producción dinámica de la misma. Trascendido todo subjetivismo, esta circularidad implica una insoslayable referencia a tres elementos que se van recíprocamente influenciando: las «normas», los «hechos» y el «intérprete». Por esta razón, su modelo de circularidad apunta más allá de la propuesta «gadamerina», de naturaleza asimismo productiva, encuadrada en la experiencia de la tradición y que subyace a toda pregunta histórica, pues atiende a la precitada experiencia en términos más próximos a la propuesta de carácter pragmático como es la heideggeriana que a la ontológica gadameriana. Porque la metódica apuntada desde la *Teoría estructurante del Derecho*, esquivada asimismo la vinculación textual tal como venimos viendo, y atiende en su especificación a las condiciones para el desarrollo de los medios de un trabajo controlable de la decisión, fundamentación y representación de las funciones jurídicas. En consecuencia, rechaza en su actuar el modo de proceder

unilateralmente progresivo por cuanto defiende de modo determinante el alternativo y recíproco, ya que el programa normativo como concepto de trabajo, y por ello de carácter activo e interseccionado siempre de «referencias», opera verdaderamente actuante en todos los supuestos volviéndose al estado de las cosas a la búsqueda irrenunciable de datos objetivos, y éste, a su vez, retornando al primero, emergiendo así mediante tal proceder la normatividad procesual por conjunción entre programa y ámbito normativo hasta configurar la norma de decisión —*Entscheidungsnorm*—.

Como postura suficientemente definida, y una vez rescatado el sujeto de su estado de preterición al que había sido relegado por los planteamientos metodológicos propios del cientifismo, para la *Teoría estructurante del Derecho* es el jurista quien siguiendo un comportamiento activo «extrae el Derecho» en su sentido más radical para cada caso, a partir de la indeterminación de las «estructuras» iniciales susceptibles por sí mismas de diversas formas de utilización, porque al igual que sucede en *M. Heidegger* y *H.G. Gadamer*, tampoco es pensable para *F. Müller* el «contexto cero» (82). Tarea analítico-productiva llevada a cabo a través de una concreción progresiva de la Norma con adaptación al problema concreto a resolver muy en la línea por lo demandado por el nuevo constitucionalismo (83), puesto que, en la dirección seguida por el segundo *L. J. J. Wittgenstein*, no se agota para esta teoría la tarea productiva del jurista —no puede agotarse por la naturaleza de ésta— en la actividad de comunicación y comprensión; esto es, en todo momento es actividad creativa incluido el empleo del lenguaje que es también en sí mismo actividad, y abandona su consideración de una tercera cosa que se interpone entre un sujeto y un objeto para tornarse condición de posibilidad (84). Sin embargo, en modo alguno tiene como pretensión alcanzar la objetividad plena en la línea de la expresado, y mucho menos la «conciencia absoluta» *more kantiano*, a diferencia

(82) Así lo expresa Cristina LAFONT por referencia a los dos hermenéutas germanos citados, *La razón como lenguaje*, Madrid, Visor, 1993, p. 113.

(83) Por ejemplo, para esta exigencia de una teoría de la normatividad y de la comprensión del Derecho, Luis PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *Neoconstitucionalismo*, ed. Miguel CARBONELL, Madrid, Trotta, p. 31.

(84) Lenio-Luiz SRECK, *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*, 5.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 62.

de lo soberbiamente preconizado desde las «viejas utopías mentales de la ciencia o de la técnica» (85).

Tarea racionalizadora y objetividad «inherente a la especificidad de la materia jurídica», entendida como «actividad productiva» normativamente orientada a la búsqueda de una racionalidad susceptible de comprobarse y disciplinarse en ese contexto de «fusión de horizontes» donde cada «obrar» constantemente se actualiza, pero que se ve abocada a renunciar *a priori* a una total realización; esto es, renuncia razonablemente de antemano a una racionalidad plena ausente siempre por su propia naturaleza en una Ciencia normativa aplicada de carácter «decisorio y valorativo» como es el Derecho, pues tampoco la dogmática ofrece la certidumbre una decisión correcta (*F. Müller*). Según estima la *Teoría estructurante del Derecho*, la rectitud —de la decisión— consiste en hacer comprensible la concretización en cada uno de los momentos del proceso estructurante, ofreciendo verosimilitud en el concretar desde la atribución de una racionalidad funcional y sustancial hasta los límites a los que se pueda llegar. Y éstos serán definitivamente muy modestos, porque, como recordara *Th. Viehweg* desde el rechazo deductivo-sistemático, ello siempre ocurre a causa de la permanente vinculación al problema en el trabajar jurídico; en tanto por honestidad metódica se comprende los saberes incontrovertibles. Porque la metodología de las ciencias sociales no persigue dar satisfacción a certidumbres objetivistas, algo que con suma frecuencia se ignora, si bien resulta forzoso admitir que tales ciencias solo pueden alcanzar la objetividad otorgada por nuevas experiencia creadoras, o por medio de la prueba del uso a través de un proceso social-comunicativo (86).

Considerando que la *Teoría estructurante del Derecho* pretende esclarecer ese momento del trabajo jurídico, se sirve para ello como venimos diciendo de un modelo «normativo determinado por el asunto respectivo», que en quien interroga demandando una solución certera se va conformando en el trascurso del proceso estructurante

(85) Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», en *op. cit.*, pp. 33-34.

(86) Hans-Georg GADAMER, *Le problème de la conscience historique*, Louvain, Publications Universitaires, 1963, p. 36.

progresivo la Norma como modelo de ordenación vinculado por la materialidad del caso, teniendo en cuenta el sentido de los principios jurídicos fundamentales —siempre actualizado— a modo de horizonte referencial, y midiéndose en los distintos momentos con arreglo al texto así como acreditándose en relación al mismo. Expresado lo anterior, toda vez que de acuerdo con el contraproyecto moderno y democrático, opuesto por sustancia y forma al modelo jurídico de los «imperativos» (87), no existe sino como mera hipótesis un Derecho puro ni tampoco se reconoce la existencia de hechos puros, en modo alguno se detiene únicamente la teoría que venimos considerando en la mera tarea de aplicación del contenido fijado de textos tanto cuantitativa como cualitativamente que se extrae mediante cánones interpretativos y exégesis filosóficas. De acuerdo, pues, con el modelo progresivo —*Ablaufmodell*— y dinámico de concretización postulado desde la *Teoría estructurante del Derecho*, es evidente que, tan lejos como resulte factible de cualquier pretensión de objetivismo esgrimida por el normativismo lógico positivista, no se persigue sin embargo la sustitución del modelo de ordenamiento de la autónoma ley general, trasunto de un jalonado e «imaginario» ordenamiento completo, por una concreción productiva de la Norma jurídica orientada y plenamente vinculada por el caso. En realidad, la metódica estructurante busca procedimientos «relativamente» estables para el trabajo jurídico, pero siempre abiertos y creativos. Y tal objeto pretende alcanzarse por medio de una reflexión acerca de la génesis de las normas guiada por el sentido proveniente de un análisis «de la estructura de la Norma jurídica concebida como Norma de decisión». Según mantiene, descartada la posibilidad de obtener certidumbres objetivas deducidas de los textos a través de operaciones intelectuales de carácter lógico-formal, la «concretización» no es «aplicación», no consiste en la reconstrucción objetiva de una legalidad inmanente como pretenden tanto positivistas como las por demás loables corrientes calificadas o autocalificadas con el epíteto de antipositivistas, sino que significa un decisivo enriquecimiento por los hechos y guiado por ciertas expectativas, con la finalidad última de, desde la propia persuasión a la que esforzadamente ha

(87) Roland DUBICHAR, *Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1974, p. 62.

llegado del trabajador del derecho, esforzarse de nuevo por persuadir a su vez a los demás, a fin de de sustentar una decisión razonable capaz de convencer, porque únicamente cuando comprendemos la posición de los demás podemos adquirir relativa seguridad acerca de nuestra propia comprensión (88).

Lejos de toda autoconciencia lógico-sistemática de naturaleza apriorística y abstracta, de lo que se trata para la metódica jurídica estructurante —supraconcepto que utiliza la *Teoría estructurante del Derecho* a fin de englobar a hermenéutica, interpretación, métodos de interpretación y metodología— es de racionalizar la praxis a través de una especie de *logos gegrammenos*. Expresado de otro modo, implica el ir a las cosas mismas —en el sentido de los casos, claro está— propuesto por *E. Husserl*, y tomado realmente en serio por *M. Heidegger*; esto es, procurar el acceso al conocimiento de las causas en la transformación gadameriana y dentro de un ámbito de racionalidad demarcado por la praxis. En efecto, la resonancia en el planteamiento de la fuente *phrónesis* aristotélica parece evidente, como por ejemplo expresará paladinamente *H. G. Gadamer* al ocuparse de la filosofía práctica (89). Por esta vía individualizadora, una vez creada, como norma de decisión realmente producida que va a regir el caso concreto, la Norma jurídica será producto así de un descubrimiento real una vez transido el camino a cuyo final nos espera la *aletheia*, aunque reciba la consideración de relativa. Ya no estamos, pues, ante la «determinación», o frente a la explicación, como operaciones intelectuales derivadas del «hacer posible» kantiano; se trata de algo completamente diferente desde el punto de vista de la normatividad: de una creación real llevada a cabo por el trabajador del Derecho. En tal sentido, objetivamente considerada a modo de «*teoría de la producción del derecho*», desde la *Teoría estructurante* asimismo se va a sostener que la razón de los significados jurídicos reside en el uso práctico (90). Por ello, la labor de

(88) Thomas M. ALEXANDRE, «Eros and understanding: Gadamer's aesthetic ontology of the community», en *The Philosophy of Hans-Georg Gadamer*, ed. de Lewis Edwin HAHN, Illinois, The Library of Living Philosophers, 1997, p. 328.

(89) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, pp. 317-318.

(90) No en una Norma —«que debe ser»— desligada de la realidad, por todos esta aclaración en Bernd JEAND' HEUR siguiendo al maestro bávaro, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

práctica social propia los juristas se entiende creativa, y consiste por ello en bastante más que en la mera reducción de su quehacer a una «determinación» normativa por la vía de la subsunción. En sentido propio, la diferencia entre Norma y aplicación normativa se abandona, esto es, desdeña abiertamente la distinción entre «interpretación» y «aplicación» de la Norma, pues ésta habla cada vez de modo diverso pero «como ella misma» en el correspondiente supuesto concreto, que resultará ser el encargado de forzar al trabajador del Derecho a pensar. En virtud de lo dicho, volviendo sobre *H. G. Gadamer*, cabe asimismo afirmar que cuando comprendemos en cada circunstancia, comprendemos en realidad «de un modo diferente», dada su negativa a admitir la posibilidad de comprender cualquier texto normativo al margen de un acto de aplicación, porque siempre nos veremos obligados a relacionar reflexivamente «el texto con la situación del presente, si es que se quiere entender algo del texto» (91). De este modo, la mítica frase del *R. Smend* instalado en la precomprensión de la filosofía de la cultura de *Th. Litt* y referida a que si dos constituciones dicen lo mismo no es lo mismo, debe completarse con la de si un texto constitucional dice lo mismo en dos momentos temporales, el «sentido» no es el mismo.

(91) Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, *op. cit.*, p. 396.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
III
Informes y Dictámenes

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
IV
Derecho Comparado

HUNGRÍA: NUEVA CONSTITUCIÓN (*)

MARIANO DARANAS PELÁEZ (**)

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. ESTRUCTURA DEL NUEVO TEXTO.—III. RESUMEN DE LAS INNOVACIONES PRINCIPALES.—A) *En las definiciones fundamentales.*—1) Inspiración religiosa.—2) Negación de toda continuidad histórica respecto a los regímenes totalitarios del pasado.—3) Nacionalismo magiar.—B) *En los principios programáticos.*—C) *Derechos y libertades fundamentales.*—D) *En la parte orgánica.*

(*) Título original: *Magyarország Alaptörvénye*. Sustituye, declarándola «no válida» en el Preámbulo, a la de 20 de agosto de 1949 (Ley XX del año 1949) que, por lo demás, había sido reformada en varias ocasiones, especialmente en 1989 (ver su último texto en el Anexo en CD al tomo «27 de la Unión Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea», coordinado por la Letrada de las Cortes Generales doña María Rosa RIPOLLÉS, Madrid, Congreso de los Diputados, 2010, con traducción y comentarios del Letrado de las Cortes Generales don Ignacio CARBAJAL).

Traducción, a partir de las versiones oficiosas en inglés y alemán, del Letrado de las Cortes Generales Mariano DARANAS.

(**) Letrado de las Cortes Generales.

I. ANTECEDENTES

Como es bien sabido, HUNGRÍA vivió desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente desde 1947-1948 hasta fines de 1989, bajo un régimen comunista férreamente centralizado (si bien es de justicia señalar que ya desde principios de los años setenta se puso en marcha, lento pero sostenido, un notable proceso de liberalización, sobre todo en materia religiosa y también en la política económica). Sin embargo, al desaparecer el comunismo, no se dictó en rigor una nueva Constitución de signo democrático, sino que por la Ley XXXI de 1989, se prefirió conservar, al menos formalmente, el texto fundamental de la era socialista, a saber la Ley XX de 1949, sin perjuicio de introducir numerosas modificaciones que lo transformaban virtualmente en una Constitución de signo occidental y parlamentarista. HUNGRÍA pasó de este modo a ser el único país del bloque soviético que no elaboró una Constitución de nueva planta a la caída del telón de acero. En las dos últimas décadas se han sucedido retoques, enmiendas y adiciones, hasta mediados de primera década de este siglo XXI, pero sin que se alterase la estructura, bastante distinta por lo demás, del patrón convencional de las Constituciones occidentales, con el resultado de que el texto, a fuerza de alargarse con nuevos artículos, empezaba a parecer desordenado y a hacer difícil la localización de determinadas materias. Dicho sea incidentalmente, los propios autores de la reforma citada de noviembre de 1989 reconocían en su Preámbulo que el texto constitucional en su conjunto no era más que una regulación provisional, pues decían «... el Parlamento de la República de HUNGRÍA establece en los siguientes términos la

Constitución de Hungría, *hasta que sea aprobada la nueva Constitución del país*».

Pero en abril del pasado año 2010 el país ha conocido un notable giro político al ganar las elecciones generales por amplio margen la coalición católica y conservadora formada por el Partido Cívico de HUNGRÍA (*Fidesz*) y los cristianodemócratas, que sucede a una Cámara mayoritariamente socialista. Pronto el nuevo Gobierno, presidido por el líder del *Fidesz* Viktor Orban, anunció y puso en práctica su propósito (ya presentido y prefigurado, como hemos visto, en 1989) de elaborar un texto de nuevo cuño y sustituir así una ley fundamental que, a pesar de sus reformas de signo demoliberal, no dejaba de recordar, siquiera formal y simbólicamente, los cuarenta años de dictadura de un partido único y que, por otra parte, contenía, especialmente en cuanto a derechos fundamentales, ciertos elementos difícilmente compatibles con los principios y el programa de las dos formaciones triunfantes. Enseguida se nombró una comisión parlamentaria en la que figuraban diputados de los cinco partidos representados en la Asamblea Nacional (en lo sucesivo el Parlamento) encargada de redactar un primer borrador o anteproyecto, y poco más tarde se designó — iniciativa novedosa desde la óptica del Derecho comparado — una especie de comisión extraparlamentaria compuesta de personalidades del mundo político, académico y financiero y encargada de lo que en nuestra terminología jurídico-administrativa podríamos llamar «información pública», concretamente de enviar sendos cuestionarios a todos los ciudadanos censados como electores. Se recibieron 117.000 (ciento diecisiete mil) contestaciones, es decir sólo el 11 por 100 (once por ciento) del censo, pero con ellas pudo la comisión parlamentaria deducir cierto indicio de mayoría sobre algunas cuestiones fundamentales, especialmente en materia de derechos humanos, y traducir esas posiciones en el texto del proyecto final. No se logró consenso, sin embargo, en el seno de la propia comisión, al abandonarla los representantes del partido Socialista y del nuevo partido *La Política Puede Ser Diferente*.

Finalmente el texto de la comisión se aprobó el 18 de abril de 2011 por una amplia mayoría, 262 (doscientos sesenta y dos) votos a favor por 44 (cuarenta y cuatro) en contra y una abstención, con lo que se superaba holgadamente el mínimo de dos tercios de la

Cámara (que cuenta 386 —trescientos ochenta y seis— diputados) necesario para toda reforma constitucional (art. 19, aptdo. 3, subapdo. *a*, de la Ley XX de 1949). Votaron a favor los representantes de la coalición gobernante y en contra los del partido *Jobbik*, una nueva formación de signo autoritario y ultranacionalista, mientras que no tomaron parte siquiera los citados partidos Socialista y *La Política Puede Ser Diferente*. En consecuencia, la Constitución del presente año, en rigor la primera de la HUNGRÍA democrática, se ha aprobado, a diferencia de las reformas anteriores, sin el consenso del conjunto de las fuerzas parlamentarias; más aun, determinados líderes de la oposición socialista han anunciado su intención de reformarla en profundidad cuando vuelvan al poder.

Hasta aquí los antecedentes de hecho. Pasemos ahora a la exposición resumida de las características del nuevo texto fundamental, empezando por el aspecto formal, es decir su estructura, y terminando por su contenido, mejor dicho sus puntos salientes, para no alargar en demasía la presente nota.

II. ESTRUCTURA DEL NUEVO TEXTO

Señalemos ante todo que es a primera vista más breve que el de 1949 con sus numerosas adiciones de los últimos veinte años: 106 (ciento seis) artículos, en efecto, frente a 123 (ciento veintitrés), pero es una apariencia engañosa, ya que uno y otro cuerpo legal son casi iguales en longitud total. Esto se debe principalmente a que determinadas partes de la nueva «ley Fundamental», por ejemplo la extensa Proclamación Nacional (compuesta de numerosas, aunque breves frases) que le sirve de Preámbulo, y algunas secciones de la convencionalmente conocida como parte orgánica, donde se prevé la creación de nuevos organismos o se establece una regulación pormenorizada de figuras ya existentes (concretamente los «estados especiales»: crisis nacional, de excepción, defensa preventiva, ataque armado, etc.), compensan la inferioridad del número de preceptos. Ha resultado pues, ahora como antes, un texto de extensión mediana, dicho con más precisión entre mediana y breve, desde una óptica de derecho comparado, máxime considerando la tendencia de las leyes fundamentales en las últimas déca-

das tanto al aumento del número de cláusulas como al incremento en la variedad de materias reguladas.

Antes de pasar a una sucinta enumeración de los capítulos y secciones de la Constitución, apuntemos otra de las características formales que la distinguen de la anterior, a saber el modo de numeración. El texto tantas veces enmendado de 1949 recurría sistemáticamente, con ocasión de cada enmienda que llevase aparejada la incorporación de un nuevo precepto por imposibilidad de acomodarlo en un artículo existente, a la técnica, por lo demás frecuente en el derecho comparado, de insertar un artículo detrás del más afín *ratione materiae*, repitiendo su número y añadiendo una letra A, y si más tarde se aprobaba una nueva enmienda sobre la misma materia, se volvía a intercalar el nuevo precepto inmediatamente detrás, también con el mismo número, seguido esta vez por la letra B), y así sucesivamente (así, por ejemplo, los estados especiales o de excepción se regulaban en seis artículos, el 19 y los 19 A, B, C, D y E). Bien es verdad que esta técnica obedecía a una opción política, el consenso de los diversos partidos en no romper la continuidad con el texto de 1949, a pesar de haberse aprobado en condiciones no democráticas, quizá porque se trataba, al fin y al cabo, siquiera formalmente, de la única Constitución en la historia del país desde su independencia total en 1918 con la caída del Imperio austro-húngaro. Por el contrario, el código fundamental de nueva planta de 2011, concebido como una ruptura con el anterior, sigue una técnica distinta, no exenta de originalidad, consistente en numerar con letras mayúsculas, de la A a la T, es decir 20 en total), las Disposiciones Fundamentales con que se inicia la parte propiamente dispositiva; a continuación con números romanos (también en mayúscula) la parte dogmática, o sea, los derechos y libertades (31 — treinta y un — artículos), bajo el epígrafe «Derecho y Libertad», y en números arábigos la parte orgánica, que es, con mucho, la más extensa (arts. 1 al 54 — cincuenta y cuatro —). Cierran el texto cuatro brevísimas Disposiciones Finales (una más que las del texto precedente).

Resumamos ya los títulos o epígrafes, de la parte orgánica («**Del Estado**»): Parlamento (arts. 1-7.º), Referendos nacionales (art. 8.º), en rigor una simple prolongación de lo relativo al Parlamento; Presidente de la República (arts. 9.º-14), Gobierno (arts. 15 al 22), Organismos

reguladores autónomos (art. 23), Tribunal Constitucional (art. 24), Tribunales en general (arts. 25-29), Comisionado para los Derechos Humanos (art. 30), Entidades locales (arts. 31-35), Hacienda Pública (arts. 36-44), Fuerzas Húngaras de Defensa (art. 45), Servicios de Policía y Seguridad Nacional (art. 46), Decisiones sobre participación en operaciones militares (art. 47), Regímenes especiales (arts. 48-54) subdividido en Reglas comunes para los estados de crisis nacional y de excepción (art. 48), Estado de crisis nacional (art. 49), Estado de excepción (art. 50), Estado de defensa preventiva (art. 51), Ataques imprevistos (art. 52), Estado de extremo peligro (art. 53) y Normas comunes a los estados especiales (54) y, por último, como queda dicho, las cuatro Disposiciones Finales. En total, pues, 14 epígrafes en sentido estricto (es decir, prescindiendo de los que consideramos simples divisiones o prolongaciones) más las Disposiciones Finales.

III. RESUMEN DE LAS INNOVACIONES PRINCIPALES

A) *En las definiciones fundamentales*

1) Inspiración religiosa

En primer término, y a diferencia de la concepción estrictamente laicista del texto heredado de la época comunista, la nueva Ley Fundamental proclama su inspiración confesional al empezar diciendo «Que Dios bendiga a los húngaros», y recuerda a continuación que el fundador del «Estado húngaro» fue San ESTEBAN, haciendo así «de nuestro país una parte de la Europa cristiana hace mil años». Más adelante se rinde homenaje a la «Corona Santa» es decir al símbolo heráldico de HUNGRÍA (conocido precisamente como Corona de San ESTEBAN). «la cual encarna la continuidad constitucional del Estado húngaro y la unidad de la Nación». Ya en la parte dispositiva (art. J de las Disposiciones Fundamentales) se proclama el 20 de agosto como una de las tres fiestas nacionales y como fiesta oficial del Estado «en memoria de la fundación del Estado y del Rey San ESTEBAN su fundador».

Indiquemos finalmente que el artículo VII, tras declarar (aptdo. 2) categóricamente la separación entre el Estado y las iglesias, añade

«El Estado *cooperará* con las iglesias para fines comunitarios» (el texto antiguo se limitaba a establecer el principio de separación en su art. 60, aptdo. 3).

2) *Negación de toda continuidad histórica respecto a los regímenes totalitarios del pasado*

No sólo se niega en la Declaración Nacional (cuyo nombre es en sí mismo un anuncio del contenido) toda validez a la «suspensión de nuestra constitución histórica debida a ocupaciones extranjeras», sino que se deniega a renglón seguido «la prescripción de los crímenes inhumanos cometidos contra la nación húngara y sus ciudadanos bajo las dictaduras nacional-socialista y comunista». Más aun, el párrafo siguiente declara: «No reconocemos la Constitución comunista de 1949, pues fue la base de un régimen tiránico, y la proclamamos por ende inválida». Estamos aquí ante una forma peculiar de derogación de un texto fundamental, ya que no se dispone ésta expresamente en la parte propiamente normativa, sino en una Proclamación Nacional que, pese a su solemnidad, no es en rigor sino un Preámbulo.

Se remata y corona a continuación este planteamiento rupturista fijando la fecha del restablecimiento de la autodeterminación del país, «perdida el 19 de marzo de 1944» (fecha de la ocupación de HUNGRÍA por los ejércitos alemanes en la Segunda Guerra Mundial), en el 2 de mayo de 1990, día en que se constituyó el primer Parlamento libremente elegido por el pueblo. En otras palabras, se deniega toda existencia institucional, a un lapso de casi medio siglo.

3) *Nacionalismo magiar*

Toda la Proclamación inicial, con su recordatorio de las realizaciones y luchas del pueblo húngaro a lo largo de la historia, es un canto a la nación húngara como ente histórico y cultural, equilibrado, justo es reconocerlo, por el reconocimiento expreso de «las nacionalidades que viven con nosotros» (eslovacos, rumanos, gitanos, etc.) como «parte de la comunidad política húngara y parte integrante del Esta-

do» (algo esto último que ya afirmaba el texto enmendado de 1989), y moderado igualmente, desde el punto de vista jurídico-político, por la aceptación, en determinados casos, del carácter vinculante para HUNGRIA del ordenamiento positivo de la Unión Europea (Disposiciones Fundamentales, art. E). No se trata únicamente de una declaración retórica, sino de un principio programático que se refleja en la parte dispositiva. En efecto, el artíc. *K* de las Disposiciones Fundamentales dispone categóricamente que la moneda oficial es el *forint* (punto que no mencionaba siquiera el texto precedente), de donde resulta que la eventual adopción de otra moneda (p. ej., el Euro) supondría una modificación del texto fundamental y requeriría, por lo tanto, el voto favorable de dos tercios de los miembros del Parlamento. Por su parte, el art. *D* compromete al Estado húngaro, en términos más extensos y categóricos que la Constitución anterior (art. 6.º, apto. 3), a la defensa y promoción de los intereses de los húngaros que vivan fuera del territorio nacional, disponiendo en particular que el Estado les ayude «a la afirmación de sus derechos individuales y colectivos» y al «establecimiento de sus comunidades autónomas» (el art. citado del texto de 1949-1989 se limitaba a decir: «La República de Hungría se siente responsable de los húngaros que viven fuera de sus fronteras y promoverá las relaciones de éstos con Hungría»). Finalmente, el artículo *G*, apto. 1, declara ciudadano húngaro a todo el que nazca en HUNGRIA, alineándose así con los ordenamientos nacionales que siguen estrechamente apegados al *ius soli*.

B) En los principios programáticos

Se enuncian en las veinte Disposiciones Fundamentales (A-T) a que nos hemos referido, y abarcan la totalidad de las relaciones sociales y de los ámbitos de la actividad política, si bien sólo consideramos necesario citar dos de aquéllas como novedosas:

1) definición del matrimonio (art. L) como «unión de un hombre y una mujer» con lo que se excluye implícitamente la posibilidad de calificar como matrimonio el status jurídico de parejas estables del mismo sexo, y

2) compromiso con el «principio de gestión presupuestaria equilibrada, transparente y sostenible» (art. N), de cuya aplicación

se hace directamente responsables al Gobierno y al Parlamento, así como a las corporaciones locales y demás organismos públicos, e indirectamente al Tribunal Constitucional y al conjunto del Poder Judicial. Los corolarios de este principio se encuentran en diversos preceptos de la parte orgánica, especialmente el artículo 37, que prohíbe (aptdo. 2) el endeudamiento del Estado por encima del 50 (cincuenta) por 100 del Producto Interior Bruto.

C) Derechos y libertades fundamentales

Se enuncian y garantizan básicamente los mismos derechos y libertades que en el texto de 1989, pero con algunas diferencias de varia significación:

1) derecho a la vida: se extiende expresamente al embrión y al feto;

2) derecho a la integridad física (art. III): prohibición de las prácticas de eugenesia y de la clonación (aptdo. 3), además de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (aptdo. 1) y de los experimentos médicos y científicos sin consentimiento del sujeto (aptdo. 2), que ya figuraban en el texto anterior (a nuestro juicio, la primera de las tres prohibiciones habría debido figurar en el art. II, relativo al derecho a la vida);

3) derecho a la autodefensa: «Toda persona tiene derecho a repeler cualquier ataque ilícito o amenaza directa contra ella misma o sus bienes» (art. V), norma totalmente nueva;

4) en materia de libertad artística y científica (art. X), obligación de «defender la libertad la libertad científica y artística de la Academia Húngara de Ciencias y de la Academia Húngara de las Artes» (aptdo. 3, primer inciso). El texto anterior no citaba organismo ni institución alguna en particular;

5) en materia penal, prohibición de expulsión o extradición a territorios donde exista posibilidad de sentencia de muerte, tortura o tratos o castigos inhumanos (art.XIV, aptdo. 2), prohibición ausente en el texto de 1989;

6) también en materia penal, «limitación de la cadena perpetua a los delitos deliberados y violentos» (art. IV, aptdo. 2, segundo inciso), reserva inexistente en la Constitución precedente;

7) en materia laboral (art. XVII), por el contrario, no se menciona el derecho de huelga (a diferencia del texto anterior en su art. 70/C, aptdos. 2 y 3);

8) asimismo en materia laboral, prohibición (salvo excepción prevista por ley) del trabajo de menores de edad (art. XVIII) punto del cual no se ocupaba el texto precedente;

9) regulación más detallada en materia de medio ambiente (arts. XX y XXI), con **dos prohibiciones** concretas: primera, la de utilizar organismos modificados genéticamente (OMGs) en la agricultura, y segunda, la de introducir en el territorio nacional aguas contaminadas con fines de vertido, y

10) finalmente, en materia de asociaciones (art. VIII, aptdos. 2 y 3), desaparición de la prohibición expresa de organizaciones armadas al servicio de fines políticos (ver por el contrario art. 63, apto. 2, de la Constitución precedente), si bien es cierto que esto puede justificarse por la escasa probabilidad de que se constituyan organizaciones de esta índole en países democráticos, aparte de que se las puede prohibir sin dificultad con apoyo en otros preceptos de la Constitución recién aprobada.

D) En la parte orgánica

Por orden del articulado, seleccionemos los cambios siguientes:

a) respecto al Parlamento (que sigue siendo unicameral y elegido cada cuatro años, salvo disolución anticipada):

1) supresión de la facultad de «determinar la política social y económica del país» (cfr. en efecto lista del nuevo art. 1.º, aptdo. 2, con el 19.3.c, del texto precedente). Se trata de una competencia que queda reservada en lo sucesivo al Gobierno;

2) remisión a una ley orgánica del número y duración de los períodos ordinarios de sesiones (art. 5.º, apdo. 8); El texto anterior preveía dos, uno desde el 1 de febrero hasta el 15 (quince) de julio y el segundo del 1 de septiembre al 15 (quince) de diciembre (art. 22.1);

3) en materia de disolución, sin perjuicio de que se mantenga la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara en caso de que no haya aprobado en un plazo de cuarenta días la pro-

puesta de Primer Ministro formulada por el propio Jefe del Estado, se suprime la facultad de disolución en el supuesto de que la Cámara haya retirado su confianza al Gobierno cuatro veces como mínimo en un lapso de doce meses durante una legislatura (art. 28, 3 a, del texto anterior), y se añade en cambio la posibilidad de disolución por el Presidente de la República en caso de que la Cámara no haya aprobado los Presupuestos Generales del Estado a 31 de marzo:

4) en punto a referendos (materia que se sigue regulando en los artículos relativos a la Cámara), elevación del 25 por 100 al 50 (cincuenta) por 100 de los votantes que hayan dado la misma respuesta a una pregunta como porcentaje necesario para que el referendun, además de válido (se sigue exigiendo para esto que haya votado más de la mitad de los electores censados), sea vinculante para el Parlamento (art. 8.4).

b) Respecto al Presidente de la República

Sigue siendo elegido para cinco años por el Parlamento entre ciudadanos con derecho de voto mayores de 35 (treinta y cinco años) y reelegible una sola vez. Los cambios son los siguientes:

1) (Misión (art. 9.º1) de salvaguardar «el funcionamiento democrático de la organización del Estado», además de la de «encarnar la unidad nacional», y

2) necesidad de que el candidato sea propuesto por una quinta parte, como mínimo, de los diputados (art. 11.2), es decir, 78 (setenta y ocho). Antes bastaban 50.

c) respecto al Gobierno (Primer Ministro y los ministros):

Único cambio digno de nota: sustitución de la extensa lista de competencias y facultades contenida en el texto antiguo (art. 35.1) por la atribución genérica de las no expresamente delegadas por la Constitución y otras disposiciones legislativas a... otro órgano (art. 15.1).

En lo demás (composición, funcionamiento, mociones de censura y de confianza, etc.) se mantiene inalterado el esquema del texto anterior.

d) Organismos reguladores autónomos

Son una novedad (art. 23). Los crea el Parlamento para que desempeñen determinadas competencias del Ejecutivo. Sus jefes y directores son nombrados por el Primer Ministro o por el Presidente de la República a propuesta de aquél para el período que se establezca por ley orgánica. Todos ellos deben elevar al Parlamento una memoria anual de actividades. Estos organismos pueden dictar normas y ordenanzas en virtud de autorización de ley.

e) Respecto al Tribunal Constitucional

1) pasa a tener 15 (quince) miembros (art. 24.4) en vez de sólo once;

2) límite de 12 (doce) años al mandato de sus miembros (art. 24.4). Antes no se especificaba ninguno;

3) supresión (al menos implícita, pues no se la menciona) de la Comisión de Candidaturas de la Cámara como órgano de propuesta de nuevos miembros;

4) ampliación de sus competencias mediante una lista más extensa (art. 24.2), por ejemplo la de revisar la constitucionalidad de una ley a instancias de un tribunal; la de revisar, a instancia de parte, las sentencias judiciales por presunta inconstitucionalidad. y la muy novedosa (art. 37.4) de examinar la constitucionalidad de las leyes presupuestarias y de las relativas a impuestos del Estado y a pensiones, bien es verdad que sólo en ciertos casos (mientras el endeudamiento del Estado supere la mitad del Producto Interior Bruto) y nunca por motivos financieros o económicos sino por presunta violación de determinados derechos fundamentales.

f) respecto al Poder Judicial («Tribunales») en general:

1) desaparición de la lista jerárquica de órganos judiciales del texto antiguo (art. 45.1). Ahora (art. 25.1) sólo se citan el Tribunal Supremo (la «Curia») y los tribunales en general;

2) fijación de un umbral de 35 (treinta y cinco) años de edad para ser nombrado juez y prohibición, salvo para el Presidente del Tribunal Supremo, de que los jueces permanezcan en activo más allá de la edad general de jubilación, y

3) obligación de los tribunales (art. 28) de interpretar «básicamente» los textos legislativos de conformidad con sus fines y con la Constitución» (precepto a nuestro juicio no necesario en un Estado de derecho).

g) Ministerio Fiscal

1) Se elimina como misión de la Fiscalía (art. 29.1) la defensa de los derechos de los ciudadanos, una de las funciones que le encomendaba el texto anterior (art. 51.1). Ahora el cometido del Ministerio Fiscal se reduce básicamente a la persecución de los delitos, a la prevención de actos ilícitos (función que no mencionaba el antiguo art. 51) y al control de la aplicación de las penas;

2) fijación de un límite de nueve años al mandato del Fiscal General (antes no se fijaba ninguno);

3) prohibición expresa de que los fiscales se afilien a partido alguno y de que realicen actividades políticas (antes no se decía nada sobre este punto);

4) prohibición, como para los jueces, de que los fiscales (excepto el Fiscal General) puedan estar en activo más allá de la edad general de jubilación (art. 29.3), y

5) obligación del Fiscal General de elevar memoria anual de actividades al Parlamento (antes sólo se decía que era responsable ante la Cámara, frase que ha desaparecido).

h) Comisionado para los derechos fundamentales

Figuranueva (art. 30) que tiene por misión proteger los derechos fundamentales «a instancias de cualquier persona» y que refunde en cierto modo las dos anteriores del Defensor del Pueblo para los Derechos de los Ciudadanos y del Defensor del Pueblo para los Derechos de las Minorías Nacionales y Étnicas. Tanto sus adjuntos (cuyo número ni se limita ni se especifica) como él mismo son elegidos para seis años con el voto favorable de dos tercios de los diputados. Ni él ni sus adjuntos pueden afiliarse a partidos políticos ni realizar actividad política alguna. Finalmente el Comisionado debe someter al Parlamento una memoria anual de actividades.

i) Entidades locales

Aquí se registran cambios numerosos y trascendentes, concretamente:

1) fijación de un período concreto de mandato de cinco años (antes sólo se decía que las elecciones, salvo las parciales, tendrían lugar en octubre del cuarto año siguiente al de las últimas elecciones generales);

2) obligación de las corporaciones de enviar sus ordenanzas, inmediatamente después de su publicación, al Gobierno central o a la respectiva delegación territorial y facultad de la autoridad gubernamental de pedir su anulación o revisión a los tribunales si las juzgan contrarias a la ley (art. 32.4). Nada de esto se decía en el texto fundamental precedente;

3) facultad del Gobierno central o de la delegación territorial competente para pedir a los tribunales una declaración oficial de omisión o abandono por una corporación local de obligaciones legales y, de persistir esta conducta, facultad del tribunal, a instancias del Gobierno o de la delegación territorial, de ordenar a la autoridad gubernativa que dicte la ordenanza local necesaria para subsanar la omisión o abandono (art. 32.5), y

4) facultad del Parlamento (art. 35.5) de disolver toda corporación que infrinja la Constitución, previa propuesta del Gobierno formulada tras consultar al Tribunal Constitucional.

j) Hacienda Pública

Es uno de los capítulos donde más profundos han sido los cambios, a saber:

1) inclusión en un capítulo único más bien amplio (arts. 36-44) desde unas normas generales sobre Presupuestos y Deuda Pública y de las referentes al Tribunal de Cuentas y al Banco Nacional de HUNGRÍA, que en el texto anterior eran objeto de capítulo aparte, sin referencia alguna a la Hacienda en general;

2) imposición (*vide supra* II.B.2) del equilibrio presupuestario obligatorio (art. 36.4), y prohibición en principio de todo endeudamiento estatal que exceda del Producto Interior Bruto;

3) normas restrictivas en materia tanto de gasto como de deuda pública para el supuesto de que el endeudamiento supere por cualquier circunstancia el límite mencionado (art. 37.3);

4) otorgamiento al Tribunal Constitucional (art. 37.4) de la facultad de revisar y, en su caso, anular, la Ley de Presupuestos Generales del Estado y las que se dicten para su ejecución, así como algunas leyes tributarias; las de pensiones y cotizaciones al Seguro de sanidad, las de aranceles aduaneros y las leyes-marco sobre impuestos locales, por infracción de la Constitución, bien es verdad que sólo por violación del derecho a la vida y a la dignidad humana, del derecho a la protección de datos personales, de la libertad de pensamiento, conciencia y religión y de los derechos relativos a la nacionalidad húngara. El Tribunal queda facultado, sin restricción alguna, para anular sin restricción alguna las leyes relacionadas con las anteriores en cuya tramitación se hayan infringido los requisitos de procedimiento establecidos por la Constitución;

5) establecimiento preceptivo por ley orgánica (art. 40) de las reglas básicas sobre tributos en general y sistema de pensiones, ley en la que se prestará atención especial a los ancianos;

6) fijación de un período de doce años para el mandato del Presidente del Tribunal de Cuentas (el texto precedente no fijaba límite alguno superior ni inferior), y, por último,

7) creación de un Consejo Presupuestario (art. 44) encargado de apoyar las actividades legislativas del Parlamento y de examinar la viabilidad de los Presupuestos Generales del Estado», así como de aportar «una contribución legal a la preparación» de éstos (en otras palabras, interviene preceptivamente en la fase preparatoria). Es más, se establece que el Consejo Presupuestario compruebe si la Ley de Presupuestos excede o no en materia de endeudamiento del Estado el límite del 50 por 100 del Producto Interior Bruto. El organismo consta entre otros miembros, de un Presidente nombrado por seis años, del Gobernador del Banco Nacional de HUNGRÍA y del Presidente del Tribunal de Cuentas.

k) Fuerzas Húngaras de Defensa. Policía

Nada especial que reseñar.

l) Estados especiales

1) regulación mucho más detallada (arts. 48-54, los últimos del nuevo texto) que en la Ley Fundamental anterior, que sólo aludía incidentalmente a una «situación de peligro» por catástrofes naturales (art. 35.1, *i*), a otra de «estado de excepción preventiva de defensa» en términos no menos superficiales (mismo artículo y apartado, letra m) y, de modo algo más detallado, al «estado de excepción» (art.40/B). Ahora, sin perjuicio de establecerse unas normas comunes a todos los estados especiales (en un largo art. 48), se enumeran sucesivamente tres estados en sentido estrictamente jurídico, los de «crisis nacional» (art. 49), «excepción» (art. 50), y «defensa preventiva» (art. 51) y dos situaciones fácticas, la de «ataques imprevistos» (art. 52), y la de «peligro extremo». En los dos primeros casos es el Parlamento por mayoría de dos tercios de sus componentes o, en caso de impedimento de la Cámara, el Presidente de la República, quien hace la declaración correspondiente, bien para la defensa del territorio en el estado de crisis nacional (guerra efectiva o inminente), y en este caso se constituye el Consejo de Defensa Nacional, bien para el restablecimiento de la paz y el orden interior en el estado de excepción (actos de sedición armada o actos violentos de masas cometidos con armas o «de modo armado»). De no estar reunida la Cámara por impedimento, será convocada, en el estado de crisis nacional, por el Consejo de Defensa Nacional y en el de excepción, por el Presidente de la República, en ambos casos en cuanto lo permitan las circunstancias, y su primer acto consistirá en decidir (siempre por mayoría de dos tercios) si estaba justificada la declaración de estado especial; si estuviere reunida, no podrá quedar disuelta por extinción de la legislatura ni tampoco disolverse voluntariamente.

El Consejo de Defensa Nacional estará compuesto por el Presidente de la República, que lo presidirá; por el de la Cámara, por los jefes de los grupos parlamentarios, por el Primer Ministro y los ministros y por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, este último voz pero sin voto. Ejercerá las facultades que le delegue el Parlamento, el Jefe del Estado o el Gobierno, y tendrá en estado de crisis nacional una amplia capacidad decisoria, incluso autorizar el despliegue y estacionamiento de fuerzas nacionales en el extranjero para misiones de mantenimiento de la paz o labores humanitarias y a la inversa el

despliegue o permanencia de fuerzas armadas extranjeras en el territorio nacional. Podrá asimismo suspender la aplicación de determinadas leyes, incluso adoptar medidas que vayan en contra de alguna disposición vigente.

En el estado de emergencia es la Cámara en Pleno o, en su defecto por razón de impedimento, su Comisión de Defensa quien, reunida en sesión continua, adopta las medidas extraordinarias que la situación requiera o revisa los decretos-leyes de urgencia que haya podido dictar el Presidente de la República. Estos últimos tendrán su vigencia limitada a treinta días, a menos que sean prorrogados por la Cámara en Pleno o, en su caso, por la Comisión de Defensa. Todo decreto-ley del Presidente de la República queda, por lo demás, automáticamente derogado con el fin del estado de excepción.

El Parlamento declarará por mayoría de dos tercios el estado de defensa preventiva en el supuesto de peligro de ataque armado exterior o con el fin de dar cumplimiento a obligaciones derivadas de alianzas militares, autorizando simultáneamente al Gobierno a adoptar las medidas extraordinarias previamente especificadas por ley orgánica. Puede por su parte el Gobierno tomar la iniciativa de proponer al Parlamento esta declaración y adoptar mientras tanto las medidas necesarias, de las que informará permanentemente al Presidente de la República y a las comisiones competentes de la Cámara, y que permanecerán en vigor hasta que el Parlamento decida si procede o no declarar el estado de defensa preventiva, pero en ningún caso más de sesenta días. Todo decreto-ley dictado por el Gobierno al amparo de esta autorización queda derogado con el fin del estado de defensa preventiva.

Se prevén finalmente, como queda dicho, dos situaciones especiales, la de «ataque inesperado» y la de «peligro extremo». Cuando se dé la primera, el Gobierno «deberá» adoptar inmediatamente las medidas necesarias para repeler la agresión, de acuerdo, si fuere menester, «con un plan de defensa armada aprobado por el Presidente de la República», en espera de tomar una decisión sobre si procede declarar el estado de excepción o el de crisis nacional. Podrá, igual que en los casos ya descritos, asimismo dictar decretos-leyes, suspender la aplicación de algunas leyes y tomar medidas que se opongan a determinadas disposiciones

legales y adoptar las demás medidas extraordinarias previstas por ley orgánica. Los decretos-leyes caducarán, como en las figuras expuestas, al terminar el ataque del exterior. Cuando se dé la segunda situación, a saber catástrofe natural o accidente industrial de extraordinaria gravedad, el Gobierno «podrá» (ya no se dice «deberá») formular la correspondiente declaración y tomar el mismo tipo de medidas que en el primer supuesto, es decir, el fin de la situación de extremo peligro.

* * *

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE HUNGRÍA,
de 25 de abril de 2011

¡DIOS bendiga a los húngaros!

PROCLAMACION NACIONAL

NOS, LOS MIEMBROS DE LA NACIÓN HÚNGARA, PROCLAMAMOS por la presente declaración, al comienzo del nuevo milenio y conscientes de nuestra responsabilidad ante todos los húngaros, LO SIGUIENTE:

— **SENTIRNOS ORGULLOSOS** de que nuestro Rey SAN ESTEBAN edificara el Estado húngaro sobre cimientos sólidos e hiciera de nuestro país una parte de la EUROPA cristiana hace mil años;

— **SENTIR ORGULLO** por nuestros antepasados que lucharon por la supervivencia, la libertad y la independencia de nuestro país;

— **ESTAR ORGULLOSOS** de las notables realizaciones intelectuales del pueblo húngaro;

— **EL ORGULLO** de que nuestro pueblo haya defendido a EUROPA a lo largo de siglos de lucha y enriquecido con su talento y diligencia los valores comunes de EUROPA.

RECONOCEMOS el papel del cristianismo en la preservación de nuestra identidad nacional y valoramos la diversidad de tradiciones religiosas de nuestro país.

PROMETEMOS preservar la unidad intelectual y espiritual de nuestra nación desgarrada por las tempestades del siglo pasado. Las nacionalidades que viven en nuestro seno forman parte de la comunidad política húngara y son parte integrante del Estado.

NOS COMPROMETEMOS a acrecentar y salvaguardar nuestro legado, nuestro idioma único, la cultura húngara, los idiomas y culturas de las nacionalidades que viven en HUNGRÍA, así como toda la riqueza natural o hecha por la mano del hombre en la cuenca de los Cárpatos. Asumimos la responsabilidad de proteger las condiciones de vida de las generaciones venideras haciendo un uso prudente de nuestros recursos materiales, intelectuales y naturales.

CREEMOS que nuestra cultura nacional constituye una valiosa contribución a la diversidad de la unidad europea.

RESPETAMOS la libertad y la cultura de otras naciones y nos esforzaremos en cooperar con todas las naciones del mundo.

AFIRMAMOS QUE LA EXISTENCIA HUMANA se basa en la dignidad del hombre.

AFIRMAMOS QUE LA LIBERTAD INDIVIDUAL sólo puede ser completa en cooperación con los demás.

AFIRMAMOS QUE LA FAMILIA Y LA NACIÓN constituyen el marco principal de nuestra convivencia y que los valores fundamentales de nuestra cohesión son la fidelidad, la fe y el amor.

AFIRMAMOS QUE LA FUERZA DE LA COMUNIDAD y el honor de toda persona se basan en el trabajo como una realización de la mente humana.

RECONOCEMOS que tenemos un deber general de ayuda a los débiles y a los pobres.

AFIRMAMOS QUE EL FIN COMUN de los ciudadanos y del Estado es alcanzar el mayor grado posible de bienestar, seguridad, orden, justicia y libertad.

AFIRMAMOS QUE LA DEMOCRACIA sólo es posible allí donde el Estado sirva a sus ciudadanos y administre sus asuntos con equidad, sin prejuicios y sin abusos.

RENDIMOS HOMENAJE a lo conseguido por nuestra constitución histórica y a la Corona Sagrada, que encarna la continuidad constitucional del Estado húngaro y la unidad de la Nación.

NO RECONOCEMOS LA SUSPENSION de nuestra constitución histórica causada por ocupaciones extranjeras y no admitimos prescripción alguna de los crímenes inhumanos cometidos contra la Nación húngara y sus ciudadanos bajo las dictaduras nacionalsocialista y comunista.

NO RECONOCEMOS LA CONSTITUCION COMUNISTA DE 1949 porque sirvió de base para el gobierno de la tiranía, y declaramos por lo tanto su invalidez.

NOS DECLARAMOS DE ACUERDO con los miembros del primer Parlamento libre, que proclamó como primera decisión que nuestra libertad actual tuvo su origen en nuestra Revolución de 1956.

SEÑALAMOS EL MOMENTO del restablecimiento de la autodeterminación de nuestro país, perdida el 19 de marzo de 1944, en la fecha de 2 de mayo de 1990, en la que se constituyó el primer órgano de representación del pueblo libremente elegido, y consideramos esta fecha como la de comienzo de la nueva democracia y el nuevo orden constitucional de nuestro país.

AFIRMAMOS QUE TRAS LAS DECADAS DEL SIGLO XX que abocaron a un estado de postración moral tenemos una necesidad permanente de renovación espiritual e intelectual.

SENTIMOS CONFIANZA EN UN FUTURO forjado en común y en el compromiso de las generaciones jóvenes, y creemos que

nuestros hijos y nietos volverán a hacer grande a HUNGRÍA con su talento, su tenacidad y su fortaleza de espíritu.

NUESTRA LEY FUNDAMENTAL SERA LA BASE de nuestro ordenamiento jurídico, y constituirá un acuerdo entre los húngaros del pasado, del presente y del porvenir y un marco vivo que exprese la voluntad de la Nación y el modo en que queremos vivir.

NOS, LOS CIUDADANOS DE HUNGRÍA, estamos dispuestos a fundar el orden de nuestro país en los esfuerzos conjuntos de la Nación.

DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

Artículo A

El nombre de NUESTRO PAIS es HUNGRÍA.

Artículo B

1. HUNGRÍA es un Estado independiente y democrático sometido al imperio de la ley (1).
2. La forma de gobierno de HUNGRÍA es la República.
3. La fuente de todo poder público es el pueblo (2).
4. El pueblo ejerce su poder mediante sus representantes electivos o excepcionalmente de modo directo.

Artículo C

1. El funcionamiento del Estado húngaro estará basado en el principio de separación de poderes.
2. Nadie puede actuar con vistas a la consecución, ejercicio o posesión exclusiva del poder por la fuerza. Todos tendrán el derecho

(1) *Nota del Traductor* (en lo sucesivo *N. del Tr.*—). El artículo 2.º del texto (modificado) de 1949 decía: «... un Estado independiente, democrático y *constitucional*». Se ha sustituido, pues, el último adjetivo por la expresión «*imperio de la ley*».

(2) *N. del Tr.*—Expresión casi idéntica a la de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (art. 20, aptdo. 2): «Todo el poder del Estado (*Alle Staatsgewalt*) emana del pueblo».

y el deber de actuar conforme a la ley contra cualquier tentativa de esta naturaleza.

Artículo D(3)

Como quiera que existe una sola Nación húngara unida por vínculos de solidaridad, HUNGRÍA asumirá plena responsabilidad por el destino de los húngaros que residan fuera de sus fronteras y fomentará la supervivencia y el desarrollo de sus comunidades, apoyará sus esfuerzos por preservar su identidad húngara, la afirmación de sus derechos individuales y colectivos, el establecimiento de sus propios órganos de autogobierno y su prosperidad en su tierra natal, e impulsará la cooperación entre ellas y con HUNGRÍA.

Artículo E(4)

1. Con el fin de aumentar la libertad, prosperidad y seguridad de las naciones europeas, HUNGRÍA contribuirá a la creación de la unidad europea.

2. Para participar en la Unión Europea en su calidad de Estado miembro HUNGRÍA podrá, de modo conjunto con otros Estados miembros y en virtud de tratado internacional, ejercer por conducto de las instituciones de la UNION EUROPEA algunas de las competencias derivadas de su propia Ley Fundamental, en la medida necesaria para el ejercicio de los derechos y obligaciones dimanantes de los Tratados Fundacionales.

3. El ordenamiento jurídico de la UNION EUROPEA podrá establecer normas de conducta vinculantes con sujeción a las condiciones que dispone el apartado 2.

4. La autorización para reconocer el carácter vinculante de los tratados internacionales a que se refiere el apartado 2 requerirá mayoría de dos tercios de votos de los diputados.

(3) *N. del Tr.*—Precepto en gran parte nuevo, que sólo tiene precedentes directos en el texto antiguo en lo relativo a la protección por el Estado de los húngaros residentes en el extranjero (art. 6.º, aptdo. 3).

(4) *N. del Tr.* Precepto igualmente nuevo.

Artículo F(5)

1. La capital de HUNGRÍA es BUDAPEST.
2. El territorio de HUNGRÍA estará compuesto de condados, villas, ciudades y localidades. Las villas y ciudades podrán ser divididas en distritos.

Artículo G(6)

1. Los hijos de ciudadanos húngaros se consideran ciudadanos húngaros natos. Se definirán por ley orgánica los demás casos de origen o adquisición de la nacionalidad húngara.
2. HUNGRÍA defenderá a sus nacionales.
3. Nadie puede ser privado de la nacionalidad húngara conferida por razón de nacimiento o adquirida de modo legal.
4. Se establecerán por ley orgánica las normas de detalle en materia de nacionalidad.

Artículo H

1. El húngaro es la lengua oficial en HUNGRÍA.
2. HUNGRÍA protegerá el idioma húngaro.
3. HUNGRÍA protegerá el lenguaje húngaro por señales como parte de la cultura húngara.

Artículo I(7)

1. Las Armas de HUNGRÍA son un escudo dividido verticalmente con una base en punta, con un campo izquierdo que contiene ocho barras **horizontales** rojas y plateadas, y uno derecho que representa en fondo rojo una base de tres columnas verdes, con una corona dorada encima de la del centro y una cruz patriarcal plateada

(5) *N. del Tr.*—Misma observación que en las notas 4 y 5.

(6) Misma observación que en las notas 4, 5 y 6.

(7) *N. del Tr.*—Recoge el antiguo artículo 76, salvo su tercer y último apartado, según el cual la aprobación de la ley sobre el escudo y la bandera, así como el uso de uno y otra, requería el voto favorable de dos tercios de los diputados.

saliendo de en medio de la corona. Sobre el escudo campea la Corona Sagrada.

2. La bandera de HUNGRÍA se compone de tres franjas horizontales de la misma anchura y de color rojo la superior, blanco la del centro y verde la inferior como símbolos de fuerza, fidelidad y esperanza respectivamente.

3. El himno de HUNGRÍA es el poema *Himnusz* de Ferenc Kólcsey, con partitura de Ferenc Erkel.

4. El escudo y la bandera se podrán usar asimismo en otras formas de origen histórico. Se especificarán por ley orgánica las normas de aplicación para el uso del escudo y las de la bandera, así como de las condecoraciones estatales.

Artículo J(8)

1. Las fiestas nacionales de HUNGRÍA son:

a) el 15 de marzo, en memoria de la Revolución de 1848-49 y de la Guerra de Independencia;

b) el 20 de agosto en memoria de la fundación del Estado y de su Fundador el rey San ESTEBAN;

c) el 23 de octubre, en memoria de la Revolución de 1956 y de la Guerra de Independencia;

2. La fiesta oficial del Estado será el 20 de agosto.

Artículo K(9)

La moneda oficial de HUNGRÍA es el *forint*.

Artículo L(10)

1. HUNGRÍA protegerá la institución del matrimonio como unión de un hombre y una mujer establecida por decisión voluntaria, y a la familia como base de supervivencia de la Nación.

(8) *N. del Tr.* Misma observación que en la nota precedente.

(9) *N. del Tr.—Id. id. id. id. id. id.*

(10) *N. del Tr.*—Recoge, si bien ampliándolo, el breve artículo 15 de la Constitución anterior, que se limitaba a decir: «La República de Hungría protegerá la institución del matrimonio y la familia».

2. HUNGRÍA estimulará el compromiso de tener descendencia.
3. Se regulará por ley orgánica la protección de las familias.

Artículo M(11)

1. La economía húngara se basa en el trabajo como fuente de valor y en la libertad de empresa.
2. HUNGRÍA asegurará las condiciones de una competencia económica leal, actuará contra todo abuso de posición dominante y defenderá los derechos de los consumidores.

Artículo N(12)

1. HUNGRÍA aplicará el principio de gestión presupuestaria equilibrada, transparente y sostenible.
2. El Parlamento y el Gobierno asumirán la responsabilidad principal para la aplicación del principio establecido en el apartado (1).
3. El Tribunal Constitucional, los tribunales, las corporaciones locales y demás organismos públicos están obligados en el desempeño de sus funciones a respetar el principio establecido en dicho apartado (1).

Artículo Ñ(13)

Cada uno es responsable de sí mismo y debe al mismo tiempo contribuir a las tareas del Estado y de la sociedad con toda su capacidad y habilidad.

(11) *N. del Tr.*—Este artículo M recoge, si bien con más amplitud, el antiguo 9.º, añadiendo sendas referencias a los abusos de posición de dominante y a la defensa del consumidor.

(12) *N. del Tr.*—Precepto nuevo. El texto anterior no hacía referencia alguna en su parte dogmática al principio de equilibrio presupuestario.

(13) *N. del Tr.*—Precepto igualmente nuevo. De aquí en adelante, la letra de cada artículo pasa a ser la inmediatamente anterior en la versión española.

Artículo O(14)

Todos los recursos naturales, especialmente las tierras cultivables, los bosques y el agua dulce, la flora y la fauna —en especial las plantas y especies animales autóctonas—, así como los bienes culturales, forman parte del patrimonio nacional, que el Estado y todos están obligados a proteger, mantener y preservar para las generaciones futuras.

Artículo P(15)

1. Con el fin de instaurar y mantener la paz y la seguridad y de alcanzar un grado sostenible en el desarrollo de la humanidad, HUNGRÍA se esforzará en cooperar con todas las naciones y países del mundo.

2. HUNGRÍA asegurará la armonía entre el derecho internacional y el derecho húngaro en orden al cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional.

3. HUNGRÍA acepta las normas generalmente reconocidas del derecho internacional. Las demás fuentes del derecho internacional pasarán a formar parte del derecho internacional por vía legislativa.

Artículo Q

1. La Constitución es la base y fundamento del ordenamiento jurídico de HUNGRÍA.

2. La Constitución y las leyes obligan a todos.

3. Los preceptos de la Constitución se interpretarán conforme a su respectiva finalidad, a la Proclamación Nacional y a las realizaciones de nuestra constitución histórica.

Artículo R

1. El Presidente de la República, el Gobierno, toda comisión parlamentaria y todo diputado pueden someter propuestas para la aprobación de una nueva Constitución o la modificación de la presente.

(14) *N. del Tr.*—Letra *P* en el original. Precepto nuevo.

(15) *N. del Tr.*—Originariamente Letra *Q*. Corresponde *grosso modo* este precepto al antiguo artículo 6.º, con dos diferencias significativas: primera, se suprime el compromiso (apdo. 1 del referido art. 6.º) de renuncia a la guerra, y segunda, se introduce expresamente la obligación de convertir el derecho internacional en derecho interno por vía legislativa.

2. La aprobación de una nueva Constitución o la modificación de la presente requiere el voto favorable de dos tercios de los diputados.

3. El Presidente del Parlamento firmará la Constitución o su texto modificado y la remitirá al Presidente de la República, quien la firmará y ordenará su publicación en el *Boletín Oficial* dentro de los cinco días después de haberlo recibido.

4. La especificación de las modificaciones de la Constitución que se haga durante su publicación comprenderá el título, el número de serie de la modificación y su fecha de publicación.

Artículo S

1. Toda norma de conducta vinculante para todos debe establecerse mediante texto normativo aprobado por un órgano dotado de competencia legislativa en el sentido de la presente Constitución y publicado en el *Boletín Oficial*. Se podrán establecer por ley orgánica reglas distintas para las publicaciones de ordenanzas locales y la de otros textos legales aprobados durante la vigencia de decretos especiales.

2. Son actos legislativos las leyes aprobadas por el Parlamento, los decretos del Gobierno, las órdenes del Gobernador del Banco Nacional de HUNGRÍA, las órdenes del Primer Ministro, las órdenes ministeriales, las ordenanzas de organismos reguladores autónomos y las ordenanzas locales. Son asimismo actos legislativos las órdenes dictadas por el Consejo de Defensa Nacional y el Presidente de la República durante el estado de crisis nacional o el de excepción.

3. Ningún acto legislativo podrá estar en discordancia con la Constitución.

4. Las leyes orgánicas son leyes del Parlamento, cuya aprobación o modificación requerirá mayoría favorable de dos tercios de los miembros presentes del Parlamento.

DE LA LIBERTAD Y LA RESPONSABILIDAD

Artículo I(16)

1. El Estado respetará y salvaguardará como una de sus obligaciones primordiales los derechos fundamentales inviolables e inalienables del ser humano.

(16) *N. del Tr.*—Este precepto tampoco tiene equivalente en el texto antiguo.

2. HUNGRÍA reconocerá los derechos fundamentales individuales y colectivos.

3. Se establecerán por leyes especiales las normas sobre derechos y obligaciones fundamentales. Los derechos fundamentales sólo podrán restringirse con el fin hacer posible el ejercicio de otros derechos fundamentales o defender un valor de la Constitución. La restricción se hará en la medida estrictamente necesaria, en proporción a la finalidad deseada y con el debido respeto al contenido esencial del derecho fundamental afectado.

4. Las personas jurídicas establecidas por la ley tienen los derechos y obligaciones fundamentales que por su naturaleza no sean únicamente aplicables a las personas naturales.

Artículo II(17)

La dignidad humana es inviolable. Toda persona tiene derecho a la vida y a la dignidad humana. La vida del embrión y la del feto gozarán de protección desde el momento de la concepción.

Artículo III(18)

1. Nadie puede ser sometido a torturas ni a tratos o castigos inhumanos o degradantes ni reducido a esclavitud. Queda prohibido el tráfico de seres humanos.

2. Se prohíbe todo experimento médico o científico con seres humanos sin su libre e informado.

3. Se prohíben cualesquiera prácticas de finalidad eugenésica, así como la utilización del cuerpo humano o alguna de sus partes con fines de lucro y la clonación de seres humanos.

(17) *N. del Tr.*—El primer inciso reproduce en gran parte el primero del artículo 54 originario. Es, en cambio, totalmente nuevo el segundo.

(18) *N. del Tr.*—Reproduce el segundo el primitivo artículo 54, añadiendo una referencia al tráfico de seres humanos., añadiendo la prohibición de prácticas de eugenesia y de clonación.

Artículo IV(19)

1. Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad salvo por motivos legales o como resultado de un procedimiento judicial. La pena de prisión perpetua sin libertad condicional sólo podrá imponerse por delitos cometidos deliberadamente con violencia.
3. Toda persona sospechosa de haber cometido un delito y detenida por este motivo será puesta en libertad o a disposición judicial tan pronto como fuere posible. El tribunal le dará audiencia y dictará inmediatamente resolución motivada y por escrito de absolución o de condena.
4. Tendrán derecho a indemnización las personas privadas de libertad sin razón justificada o de modo ilegal.

Artículo V(20)

Toda persona tiene derecho a repeler cualquier ataque ilícito o amenaza directa contra ella misma o sus bienes.

Artículo VI

1. Todos tienen derecho a la salvaguardia de su vida privada y familiar, de su vivienda, de sus relaciones personales y de su buena reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales y al acceso a los datos de interés públicos, así como a divulgarlos.
3. Se supervisarán por un órgano independiente el ejercicio del derecho a la protección de los datos personales y el acceso a los de interés público.

Artículo VII

1. Todos tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de elegir religión o

(19) *N. del Tr.*—Equivale al antiguo artículo 55, si bien con una importante novedad, a saber que se limita la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional los casos de delitos violentos.

(20) *N. del Tr.*—Precepto nuevo.

creencia o de cambiar de ella, así como la libertad de toda persona, en el ámbito público o en su vida privada, de proclamar y profesar su religión o creencias mediante la práctica de actos o ceremonias o de otro modo o de abstenerse de hacerlo, bien individualmente, bien junto con otros.

2. El Estado y las iglesias estarán separados. Las iglesias gozarán de autonomía. El Estado cooperará con las iglesias para fines comunitarios.

3. Se regularán por ley orgánica las normas de desarrollo relativas a las iglesias.

Artículo VIII

1. Todos tienen derecho a reunirse pacíficamente.

2. Todos tienen derecho a establecer organizaciones y afiliarse a ellas.

3. La libertad de asociación comprende el derecho la libertad de creación y funcionamiento de partidos políticos, los cuales participarán en la formación y proclamación de la voluntad popular. Ningún partido político podrá ejercer el poder de modo directo.

4. Se establecerán por ley orgánica las normas de detalle para el funcionamiento y la gestión económica de los partidos políticos.

5. La libertad de asociación comprende la de creación y funcionamiento de sindicatos y otras organizaciones representativas.

Artículo IX

1. Todos tienen derecho a expresar su opinión.

2. HUNGRÍA reconoce y defiende la libertad y la diversidad de la prensa y asegurará las condiciones de libre divulgación de la información necesarias para la formación de una opinión pública democrática.

3. Se requerirá una ley orgánica para establecer las reglas de detalle de la libertad de prensa y las del órgano al que se encomiende la supervisión de los servicios prestados por los medios de comunicación social, del contenido de la prensa y del mercado de comunicaciones informáticas.

Artículo X

1. HUNGRÍA garantiza la libertad de investigación científica y de creación artística, la libertad de aprendizaje para la adquisición

del nivel de conocimientos más alto posible y la libertad de enseñanza dentro del marco establecido por la ley.

2. No podrá el Estado decidir en cuestiones de verdad científica y los científicos tendrán el derecho exclusivo de evaluación de toda investigación científica.

3. HUNGRÍA defenderá la libertad científica y artística de la Academia Húngara de Ciencias y de la Academia Húngara de las Artes. Todas las instituciones de enseñanza superior serán autónomas en sus contenidos y métodos de investigación y de docencia. Se regularán por ley especial su organización y gestión económica.

Artículo XI

1. Todos los ciudadanos húngaros tienen derecho a la educación.

2. HUNGRÍA asegurará este derecho ampliando y generalizando la enseñanza pública, ofreciendo enseñanza primaria gratuita y obligatoria, una enseñanza secundaria libre y accesible a todos y una enseñanza superior accesible a toda persona según sus capacidades, y proporcionando ayuda económica a los beneficiarios de la enseñanza.

Artículo XII

1. Todos tienen derecho a elegir libremente trabajo, profesión y actividades empresariales y todos deben contribuir al enriquecimiento de la comunidad con su trabajo y en toda la medida de su capacidad y de su potencial.

2. HUNGRÍA se esforzará por crear las condiciones que garanticen la posibilidad de trabajo a toda persona capaz y deseosa de trabajar.

Artículo XIII (21)

1. Todos tienen derecho a la propiedad y a la herencia. La propiedad lleva aparejada una responsabilidad social.

(21) *N. del Tr.*—Reproduce y refunde los artículos 13 (derecho de propiedad) y 14 (derecho a heredar) del texto originario.

2. No se podrá privar a nadie de su propiedad sino en casos excepcionales de interés público, en los supuestos y del modo definidos por la ley y mediante indemnización completa, incondicional e inmediata.

Artículo XIV (22)

1. Ningún ciudadano húngaro podrá ser expulsado del territorio de HUNGRÍA y todo ciudadano húngaro puede regresar de extranjero siempre que lo desee. Los extranjeros residentes en el territorio húngaro sólo pueden ser expulsados por decisión legal. Quedan prohibidas las expulsiones colectivas.

2. Nadie podrá ser expulsado ni extraditado a un Estado donde esté expuesto al peligro de sentencia capital, de torturas o de cualquier otro tipo de trato o castigo inhumano (23).

3. HUNGRÍA otorgará asilo a todos los ciudadanos no húngaros que lo soliciten si fueren objeto de persecución o tienen temor fundado de serlo en su país natal o en su país de residencia habitual por razón de identidad religiosa o nacional, pertenencia a un grupo social determinado o ideas religiosas o políticas, a menos que reciban protección de su país de origen o de cualquier otro (24).

Artículo XV

1. Todos son iguales ante la ley. Todos los seres humanos tendrán capacidad jurídica.

2. HUNGRÍA garantiza igualdad de derechos a todas las personas sin discriminación alguna por raza, color, sexo, discapacidad, idioma, religión, ideas políticas o de otra clase, origen nacional o social ni circunstancias económicas, de nacimiento u otras.

3. Hombres y mujeres tienen los mismos derechos.

(22) N. del Tr.—Reproduce con ligeras modificaciones el art. 58 originario, excepto su último apartado, según el cual toda legislación en materia de circulación y residencia exigía el voto favorable de dos tercios de los diputados presentes.

(23) *N. del Tr.*—Precepto nuevo. El texto originario no preveía este tipo de garantías con motivo de expulsión o extradición.

(24) *N. del Tr.*—Observación parecida a la de la nota anterior. Se recoge otro precepto de la Constitución precedente, pero con modificaciones, en este caso dos: primera, se añade al final la salvedad de que el interesado reciba protección de su país o de otro cualquiera, y segunda, se suprime el requisito de que la ley de asilo sea aprobada por mayoría de dos tercios de los diputados presentes.

4. HUNGRÍA adoptará medidas para promover la aplicación de la igualdad ante la ley.

5. HUNGRÍA tomará medidas especiales para proteger a los niños, a las mujeres, a los ancianos y a los impedidos.

Artículo XVI

1. Todo niño tiene derecho a la protección y al cuidado necesarios para su buen desarrollo físico, mental y moral.

2. Los padres tienen derecho a elegir la clase de educación que juzguen adecuada para sus hijos.

3. Los padres deben cuidar de sus hijos, deber que incluye su escolarización.

4. Los hijos adultos están obligados a cuidar a sus padres cuando éstos lo necesiten (25)

Artículo XVII

1. Trabajadores y patronos cooperarán para asegurar los puestos de trabajo, hacer sostenible la economía nacional y alcanzar otros objetivos de la comunidad.

2. Los trabajadores, los patronos y sus órganos representativos tienen el derecho, que la ley reconocerá, de negociar y concertar convenios colectivos y de emprender cualesquiera acciones comunes o realizar huelgas en defensa de sus intereses.

3. Todo trabajador tiene derecho a condiciones de trabajo que salvaguarden su salud, su seguridad y su dignidad.

4. Todo trabajador tiene derecho a horas y días de descanso y a vacaciones anuales retribuidas.

Artículo XVIII

1. Queda prohibido el trabajo de menores, salvo en los casos que se especifiquen por una ley y que no impliquen riesgo para el desarrollo físico, mental, o moral del menor.

(25) *N. del Tr.*—Precepto excepcional en derecho comparado. En efecto, no se establece en casi ningún texto fundamental la obligación de los hijos mayores de edad de asistir o atender a sus progenitores cuando éstos se hallen en situación de estrechez o no puedan valerse por sí mismos.

2. HUNGRÍA adoptará medidas especiales para proteger a los jóvenes y a sus padres.

Artículo XIX

1. HUNGRÍA se esforzará en dar seguridad social a todos sus ciudadanos. Todo ciudadano húngaro tendrá derecho a subsidio legal por maternidad, enfermedad, discapacidad, viudedad, orfandad y desempleo no imputables a sus propios actos.

2. HUNGRÍA pondrá en práctica la seguridad social para las personas citadas en el apartado 1 y para personas en estado de necesidad mediante un sistema de instituciones y medidas sociales.

3. Se podrán determinar por la ley la naturaleza y la amplitud de las medidas sociales en función de la utilidad que la actividad del beneficiario aporte a la comunidad.

4. HUNGRÍA mejorará las condiciones de vida de los ancianos mediante un sistema general de pensiones estatales basado en la solidaridad social y autorizando el funcionamiento de instituciones sociales libremente establecidas. El derecho a percibir pensión del Estado podrá estar sometido a criterios legales en consideración a la necesidad de una protección especial para la mujer.

Artículo XX

1. Todos tienen derecho a la salud física y mental.

2. HUNGRÍA fomentará el ejercicio del derecho especificado en el apartado (1) asegurando que su agricultura permanezca libre de todo organismo genéticamente modificado (26), facultando el acceso a unos alimentos sanos y al agua potable, proporcionando seguridad y salubridad en la industria, estimulando el deporte y el ejercicio físico y garantizando la protección del medio ambiente.

Artículo XXI

1. HUNGRÍA reconoce y hará efectivo el derecho de todos a un medio ambiente salubre.

(26) *N. del Tr.*—Es excepcional que en un texto constitucional se cite siquiera el uso de organismos genéticamente modificados (OGMs).

2. Quien causare daño al medio ambiente estará obligado a repararlo o a sufragar todos los gastos de reparación en los términos que disponga la ley.

3. No se podrán introducir aguas contaminantes en HUNGRÍA con fines de vertido (27).

Artículo XXII

HUNGRÍA procurará proporcionar a todos una vivienda digna y el acceso a los servicios públicos.

Artículo XXIII

1. Todo ciudadano húngaro adulto tiene derecho a votar, así como a presentar su candidatura, en las elecciones a diputados del Parlamento.

2. Todo ciudadano adulto de otro Estado miembro de la UNIÓN EUROPEA que resida en HUNGRÍA tendrá derecho de voto, así como el de presentarse candidato, en las elecciones a concejales y alcaldes y en las elecciones a diputados del Parlamento Europeo.

3. Todo adulto que goce de reconocimiento como refugiado, inmigrante o residente en HUNGRÍA tendrá derecho de voto en las elecciones de concejales y alcaldes.

4. Se podrá supeditar por ley orgánica el ejercicio o la plenitud del sufragio activo al requisito de residencia en HUNGRÍA y el sufragio pasivo a otros criterios.

5. Todo elector puede participar en la elección de alcaldes en la localidad de su residencia o de su domicilio oficial. y todo elector podrá ejercitar su derecho de voto en su localidad de residencia o de domicilio oficialmente censado.

6. No podrán votar las personas privadas judicialmente del derecho de sufragio por haber cometido un delito o por incapacidad mental. Ningún ciudadano de otro Estado miembro de la UNIÓN EUROPEA que resida en HUNGRÍA tendrá derecho de sufragio pasivo si se le hubiere privado de su nacionalidad en su país de origen en virtud de ley, sentencia judicial o decisión de la autoridad.

(27) *N. del Tr.*—Misma observación *mutatis mutandis* que en la nota anterior. Los textos constitucionales no se ocupan de la materia.

7. Toda persona que tenga derecho a votar en elecciones a diputados tiene igualmente derecho de voto en los referendos nacionales, y toda persona con derecho de voto en elecciones de concejales y alcaldes puede asimismo tomar parte en los referendos locales.

8. Todo ciudadano húngaro tiene derecho a ocupar cargos públicos en la medida de sus aptitudes, cualificaciones y conocimientos especiales. Se especificarán por ley orgánica los cargos públicos que no puedan ser desempeñados por afiliados o funcionarios de partidos políticos.

Artículo XXIV

1. Toda persona tiene derecho a que las autoridades gestionen sus asuntos de modo justo e imparcial y en un lapso razonable. Este derecho incluye autoridades a motivar sus decisiones del modo que disponga la ley.

2. Todos tienen derecho a una indemnización del Estado, legalmente fijada, por daños ilícitos que le hayan causado las autoridades en el desempeño de sus funciones.

Artículo XXV

Toda persona tiene derecho a someter solicitudes, quejas o propuestas por escrito, bien individual o bien colectivamente, a cualquier órgano que ejerza funciones públicas.

Artículo XXVI

El Estado procurará utilizar las últimas soluciones y adelantos científicos para mayor eficiencia en su funcionamiento y para mejorar la calidad de los servicios públicos, aumentar la transparencia de los negocios públicos y promover la igualdad de oportunidades.

Artículo XXVII

1. Toda persona que se encuentre legalmente en HUNGRÍA tiene derecho a libertad de circulación y a elegir libremente su domicilio.

2. Todo ciudadano húngaro tendrá derecho a protección del Estado húngaro mientras se encuentre en el extranjero.

Artículo XXVIII

1. Toda persona tiene derecho a que la acusación formulada contra ella, así como cualquier derecho u obligación en litigio, sean sustanciados por un tribunal independiente y legalmente establecido tras un juicio justo y en un lapso razonable de tiempo.

2. Nadie será considerado culpable a menos que se haya declarado su responsabilidad criminal por sentencia firme de un tribunal.

3. Toda persona objeto de enjuiciamiento criminal tiene derecho a defenderse judicialmente en todas las fases del proceso. Ningún abogado incurrirá en responsabilidad por las opiniones expresadas en su defensa del acusado.

4. Nadie será declarado culpable ni reo de castigo por actos que en el momento de cometerse, no constituyan delito en el ordenamiento húngaro ni de ningún otro Estado en virtud de acuerdo internacional o de acto legislativo de la UNION EUROPEA.

5. No será óbice lo dispuesto en el apartado (4) al enjuiciamiento o condena de persona alguna por actos que, en el momento de ser cometidos, constituían delito según las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional.

6. Salvo casos extraordinarios de procedimiento judicial especificados por la ley, nadie será enjuiciado ni condenado por delito alguno por el cual haya sido absuelto o ya haya sido condenado en sentencia firme, bien en HUNGRÍA bien ante cualquier otra jurisdicción en los términos establecidos por tratado internacional o por acto legislativo de la UNION EUROPEA.

7. Todos tienen derecho a recurrir contra cualquier sentencia judicial o decisión administrativa o de otra clase que haya violado sus derechos o sus intereses legítimos.

Artículo XXIX

1. Las nacionalidades que viven en HUNGRÍA constituyen parte integrante del Estado. Todo ciudadano húngaro perteneciente a cualquiera de ellas tiene derecho a expresar libremente y preservar su identidad. Las nacionalidades que viven en HUNGRÍA tienen derecho a usar su respectivo idioma vernáculo y al uso individual y colectivo de los nombres en su idioma respectivo, a fomentar su cultura propia y a recibir enseñanza en su lengua nativa.

2. Las nacionalidades que viven en HUNGRÍA tienen derecho a establecer sus propios gobiernos autónomos locales y nacionales.

3. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo de los derechos de las nacionalidades que viven en HUNGRÍA, así como las normas para la elección de sus gobiernos autónomos locales y nacionales.

Artículo XXX

1. Todos contribuirán al sostenimiento de las cargas públicas en la medida de su capacidad y en proporción a su participación en la economía nacional.

2. Para las personas que tengan hijos a su cargo, el importe de su contribución a las cargas públicas se fijará en consideración al coste de la educación de aquéllos.

Artículo XXXI

1. Todo ciudadano húngaro está obligado a defender a su patria.

2. HUNGRÍA mantendrá una fuerza voluntaria de reserva para la defensa nacional.

3. Durante los estados de crisis nacional o, por acuerdo del Parlamento durante un estado de defensa preventiva, todo ciudadano húngaro varón y adulto que viva en HUNGRÍA deberá prestar servicio militar. Si el servicio de armas fuere incompatible con las convicciones de la persona obligada al servicio militar, se prestará un servicio sin armas. Se establecerán por ley orgánica el modo y las normas de desarrollo del servicio militar.

4. Todo ciudadano húngaro adulto que viva en HUNGRÍA puede ser obligado a realizar trabajos para la defensa nacional, en los términos que disponga la ley.

5. Todo ciudadano húngaro adulto que viva en HUNGRÍA podrá ser obligado a prestar servicio de protección civil, en los términos que la ley disponga, para la defensa nacional y para la lucha contra catástrofes.

6. Todos pueden ser obligados a prestar servicios económicos y financieros, del modo dispuesto por la ley, para fines de defensa nacional y de lucha contra catástrofes.

DEL ESTADO

Del Parlamento

Artículo 1.º

1. El Parlamento es el órgano supremo de representación popular en HUNGRÍA.
2. El Parlamento:
 - a) aprueba y modifica la Constitución de HUNGRÍA;
 - b) aprueba las leyes;
 - c) aprueba los Presupuestos Generales del Estado y su ejecución;
 - d) autoriza, en el marco de sus responsabilidades y competencias, el reconocimiento de la fuerza de obligar de los acuerdos internacionales;
 - e) elige al Presidente de la República, a los miembros y al Presidente del Tribunal Constitucional, al Presidente del Tribunal Supremo (*Curia*), al Fiscal General, al Comisionado para los Derechos Humanos y a su adjunto o adjuntos, y al Presidente del Tribunal de Cuentas;
 - f) elige al Primer Ministro y resuelve cualesquiera cuestiones de confianza relacionadas con el Gobierno;
 - g) disuelve todo órgano representativo que actúe violando la Constitución;
 - h) acuerda declarar la guerra o concertar la paz;
 - i) adopta acuerdos sobre decretos-leyes y sobre participación en operaciones militares;
 - j) otorga indultos y
 - k) ejerce las demás facultades y competencias previstas en la Constitución y en otras leyes.

Artículo 2.º

1. Los diputados ejercen mediante votación directa y secreta su derecho de sufragio universal e igualitario para elegir a los diputados del Parlamento, en elecciones que permitan la libre expresión de la voluntad de los votantes del modo que se establezca por ley orgánica.

2. Las nacionalidades que viven en HUNGRÍA contribuirán a los trabajos del Parlamento del modo que se determine por ley orgánica.

3. Las elecciones generales al Parlamento se celebrarán en abril o mayo a los cuatro años de las elecciones al Parlamento precedente, salvo en caso de elecciones debidas a disolución forzosa o voluntaria del Parlamento.

Artículo 3.º

1. El mandato del Parlamento dará comienzo con su sesión inaugural y terminará con la sesión inaugural del Parlamento siguiente. La sesión inaugural será convocada por el Presidente de la República dentro de los treinta días de las elecciones.

2. El Parlamento podrá acordar su disolución.

3. El Presidente de la República podrá disolver el Parlamento y anunciar simultáneamente elecciones generales (28) si:

a) al finalizar el mandato del Gobierno, el Parlamento no elige a la persona propuesta por el Presidente de la República como Primer Ministro dentro de los cuarenta días de presentación de la primera propuesta;

b) el Parlamento no aprueba el 31 de marzo a más tardar los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio anual en curso.

4. Antes de disolver el Parlamento el Presidente de la República celebrará consultas con el Primer Ministro, el Presidente del Parlamento y los jefes de los grupos parlamentarios.

5. El Presidente podrá ejercer la facultad prevista en el subapartado 3.*a)* hasta que el Parlamento elija Primer Ministro y la facultad prevista en el subapartado *b)* hasta que el Parlamento apruebe los Presupuestos Generales del Estado.

6. El nuevo Parlamento será elegido dentro de los noventa días siguientes a la disolución voluntaria o forzada del Parlamento anterior.

(28) *N. del Tr.*—En comparación con el precepto homólogo del texto anterior (art. 28.3) se relaja claramente la regulación. En efecto se suprime la condición de que el Parlamento haya retirado la confianza al Gobierno en cuatro ocasiones en un lapso de doce meses y se añade el supuesto de no aprobación de los Presupuestos Generales del Estado a 31 de marzo del ejercicio en curso.

Artículo 4.º

1. Los diputados tienen los mismos derechos y obligaciones, desempeñan sus funciones en pro del interés general y no quedan vinculados por instrucción alguna.

2. Los diputados percibirán una indemnización y una retribución que asegure su independencia. Una ley orgánica especificará los cargos que no puedan ser ocupados por los diputados y podrá asimismo establecer otros criterios de incompatibilidad.

3. El mandato del diputado finaliza:

- a) al finalizar el del Parlamento;
- b) con su fallecimiento;
- c) cuando se le declare incurso en incompatibilidad;
- d) por dimisión;
- e) si ya no reúne las condiciones de elegibilidad o
- f) no hubiere participado en los trabajos del Parlamento durante un año (29).

4. El Parlamento declarará por mayoría de dos tercios de los diputados presentes que ya no se dan los requisitos de elegibilidad de un diputado, la existencia de incompatibilidad y que se ha probado que un diputado en particular no ha participado durante un año en los trabajos de la Cámara.

5. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo sobre estatuto y retribución de los diputados.

Artículo 5.º

1. Las sesiones del Parlamento serán públicas, si bien la Cámara puede acordar por mayoría de dos tercios del total de los diputados y a instancias del Gobierno o de cualquier diputado, reunirse a puerta cerrada.

2. El Parlamento elegirá entre sus miembros a su Presidente, al Vicepresidentes y a los Secretarios.

(29) *N. del Tr.*—Esta última causa de pérdida del acta de diputado no figuraba en el texto anterior (art. 20/A).

3. El Parlamento establecerá comisiones permanentes compuestas por sus propios miembros.

4. Los diputados podrán constituir grupos parlamentarios para la coordinación de sus actividades en el marco del Reglamento de la Cámara.

5. El *quorum* de presencia de la Cámara en Pleno es la mitad más uno de los diputados.

6. A menos que se disponga otra cosa en la Constitución, el Parlamento adoptará sus acuerdos por mayoría simple de los diputados presentes, si bien podrán determinadas decisiones especiales requerir mayoría cualificada conforme a lo que determine el Reglamento.

7. El Parlamento establecerá sus normas de funcionamiento y la ordenación de los debates en un Reglamento aprobado por mayoría de dos tercios de los diputados presentes.

8. Se establecerán por ley orgánica las normas sobre los períodos ordinarios de sesiones del Parlamento.

Artículo 6.º

1. La iniciativa de las leyes corresponde al Presidente de la República, al Gobierno, a las comisiones parlamentarias y a los diputados.

2. Podrá el Parlamento remitir las leyes ya aprobadas al Tribunal Constitucional para que examine su conformidad con la Constitución, previa moción del proponente del proyecto de ley, del Gobierno o del Presidente de la Cámara presentada antes de la votación final(30). Si se aprobare la moción, el Presidente de la Cámara enviará inmediatamente la ley aprobada al Tribunal Constitucional para que éste examine si se ajusta o no a la Constitución.

3. El Presidente de la Cámara firmará la ley así aprobada y la remitirá al Presidente de la República dentro de los cinco días siguientes. El Presidente de la República firmará la ley al recibirla y ordenará su publicación en un plazo de cinco días. Si el Parlamento la envía al Tribunal Constitucional, al amparo del apartado 2, para examen de su conformidad con la Constitución, el Presidente de la

(30) *N. del Tr.* Posibilidad nueva que, ya que el texto anterior reservaba esta facultad al Presidente de la República (art. 26.2).

Cámara sólo podrá firmarla y remitirla al Presidente de la República si el Tribunal Constitucional no hubiere hallado violación alguna de la Constitución.

4. Si el Presidente de la República juzga que la ley o alguno de sus preceptos infringe la Constitución no habiéndose procedido al examen previsto en el apartado 2, remitirá la Ley al Tribunal Constitucional para que examine su conformidad con aquélla (31).

5. Si el Presidente de la República discrepa de la Ley o de alguno de sus preceptos sustantivos y no ejerce, sin embargo, el derecho que le concede el apartado 4, podrá devolver una vez la ley al Parlamento para nuevo examen con sus comentarios antes de firmarla. El Parlamento celebrará nuevo debate sobre la ley y se pronunciará nuevamente sobre su aprobación. El Presidente de la República puede asimismo ejercer esta facultad cuando el Tribunal Constitucional no haya constatado infracción alguna de la Constitución durante el examen al que haya procedido en virtud de acuerdo del Parlamento (32).

6. El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la moción aprobada al amparo del apartado 2 ó 4 tan pronto como sea posible y en ningún caso más allá de los treinta días desde su recepción, y si el Tribunal constata infracción de la Constitución, el Parlamento celebrará nuevo debate sobre la ley con el fin de subsanar la infracción.

7. Si el Tribunal Constitucional no constata infracción de la Constitución durante el examen al que haya procedido a instancias del Presidente de la República, éste firmará inmediatamente la ley y ordenará su publicación.

8. Se podrá requerir al Tribunal Constitucional a que proceda a nuevo examen de la ley debatida y aprobada por el Parlamento en virtud del apartado 6 para ajustarla a la Constitución en los supuestos de los apartados 2 y 4. El Tribunal Constitucional fallará sobre esta nueva moción tan pronto como sea posible y en ningún caso pasados más de diez días desde su recepción (33).

(31) *N. del Tr.* Este apartado 4 recoge casi literalmente el 2 del citado artículo 26 del texto antiguo.

(32) *N. del Tr.*—Precepto que no tiene equivalencia en el mencionado artículo 26 del texto constitucional anterior.

(33) *N. del Tr.* Disposición asimismo nueva y, por lo demás, insólita en el derecho comparado, pues es excepcional que se obligue a la jurisdicción de control de constitucionalidad a nuevo examen de un texto legal.

9. Si el Parlamento modifica la ley debido a discrepancia con el Presidente de la República, sólo procederá el examen de constitucionalidad al amparo de los apartados 2 y 5 en lo relativo a los preceptos modificados o bien por incumplimiento de los requisitos procesales en la elaboración de la ley. Si el Parlamento aprueba sin cambios la ley devuelta por discrepancia con el Presidente de la República, podrá éste proponer que se examine la cuestión de su conformidad con la Constitución por incumplimiento de los requisitos de procedimiento para su elaboración (34).

Artículo 7.º

1. Los diputados pueden formular preguntas al Comisionado para los Derechos Fundamentales, al Presidente del Tribunal de Cuentas, al Fiscal General y al Gobernador del Banco Nacional de HUNGRÍA sobre cualquier materia de su respectiva competencia.

2. Los diputados pueden formular preguntas e interpelaciones al Gobierno y a todo miembro del Gobierno sobre cuestiones de su ámbito de competencia.

3. Se regularán por ley orgánica las actividades supervisoras de las comisiones parlamentarias y la obligación de comparecer ante ellas.

De los referendos nacionales

Artículo 8.º

1. El Parlamento ordenará la celebración de *referendum* nacional a petición de doscientos mil electores como mínimo, y podrá asimismo disponer que se celebre *referendum* nacional a instancias del Presidente de la República, del Gobierno de cien mil electores. La decisión adoptada en referendum válido y definitivo será vinculante para el Parlamento.

2. Se podrán celebrar referendos nacionales sobre cualquier materia comprendida en el ámbito de las funciones y facultades del Parlamento.

(34) *N. del Tr.*—Precepto igualmente novedoso que confiere al Jefe del Estado facultades casi excepcionales en materia de devolución de textos legislativos al Parlamento.

3. No se podrá proceder a *referendum* nacional (35) sobre:
- a) materia alguna con vistas a modificar la Constitución;
 - b) el contenido de las leyes de Presupuestos Generales del Estado y su ejecución, el régimen de impuestos centrales, las contribuciones a las pensiones de retiro o a la sanidad, los derechos aduaneros o a el régimen esencial de los impuestos locales.
 - c) las leyes de elección de diputados, de concejales y alcaldes de diputados al Parlamento Europeo;
 - d) obligaciones dimanantes de acuerdos internacionales;
 - e) recursos humanos y creación de organismos en el ámbito del Parlamento;
 - f) disolución voluntaria del Parlamento;
 - g) disolución forzosa de órganos representativos;
 - h) declaración del estado de guerra, del estado de crisis nacional o del de emergencia, y declaración o prórroga del estado de defensa preventiva;
 - i) materias relacionadas con la participación en operaciones militares o
 - j) indultos.

4. Será válido un *referendum* nacional si más de la mitad de los electores han emitido un voto válido y tendrá fuerza de obligar si más de la mitad de los votantes que hayan emitido un voto válido han dado la misma respuesta a una pregunta (36).

Del Presidente de la República

Artículo 9.º

1. El Jefe del Estado húngaro es el Presidente de la República, que encarna la unidad nacional y tiene a su cargo la salvaguardia del funcionamiento democrático de la organización estatal.

(35) *N. del Tr.*—La presente lista de asuntos o materias no susceptibles de *referendum* es muy parecida a la del art. 28/C del texto anterior, con la única excepción *stricto sensu* de que aquí ya no se menciona «el programa de gobierno».

(36) *N. del Tr.*—Precepto homólogo al aptdo. 6 (y último) del citado artículo 28/C del texto antiguo, con la diferencia de que entonces bastaba para la fuerza vinculante del *referendum* que más de la cuarta parte de los votantes diesen la misma respuesta.

2. El Presidente de la República es el Comandante en Jefe de las Fuerzas de Defensa de HUNGRÍA.

3. El Presidente de la República(37):

- a) representa a HUNGRÍA;
- b) puede asistir a las sesiones del Parlamento y dirigirse a la Cámara;
- c) puede presentar proposiciones de ley;
- d) puede proponer la celebración de referendos nacionales;
- e) fija fecha para las elecciones generales al Parlamento, las de concejales y alcaldes y las de diputados al Parlamento Europeo, así como para los referendos nacionales;
- f) decide sobre la promulgación de decretos-leyes;
- g) convoca la sesión de apertura del Parlamento;
- h) puede disolver el Parlamento;
- i) puede enviar leyes ya aprobadas al tribunal Constitucional para que examine su conformidad con la Constitución o bien devolverlas al Parlamento para nuevo examen;
- j) propondrá nombres para los cargos de Primer Ministro, Presidente del Tribunal Supremo, Fiscal General y Comisionado para los Derechos Fundamentales;
- k) nombra a los jueces de carrera y al Presidente del Consejo Presupuestario;
- l) confirma el nombramiento de Presidente de la Academia Húngara de Ciencias y
- m) establece la organización de su Secretaría.

4. El Presidente de la República:

- a) declara, con autorización del Parlamento, el carácter vinculante de los acuerdos internacionales;
- b) acredita y recibe a los embajadores y representantes diplomáticos;

(37) *N. del Tr.*—Esta lista de atribuciones del Jefe del Estado difiere en algunos puntos de la del texto (modificado) de 1949, Concretamente se elimina la facultad de «iniciativa» de referendos nacionales, pero se añade la de enviar al tribunal Constitucional las leyes aprobadas por el Parlamento.

- c) nombra a los Ministros, al Gobernador y Vicegobernadores del Banco Nacional DE HUNGRÍA, a los jefes de organismos reguladores autónomos y a los catedráticos de Universidad;
- d) nombra a los rectores de Universidad;
- e) nombra y asciende a los generales;
- f) otorga las condecoraciones, premios y títulos establecidos por la ley, y autoriza el uso de condecoraciones de Estados extranjeros;
- g) ejerce la prerrogativa de indulto individual;
- h) decide sobre cuestiones de administración territorial en el ámbito de sus funciones y competencias;
- i) resuelve en materias relativas a la adquisición o pérdida de la nacionalidad y
- j) resuelve en todas las materias comprendidas en las competencias que le asigne la ley.

5. Toda medida o decisión adoptada por el Presidente de la República al amparo del apartado (4) debe ir refrendada por un miembro del Gobierno. Se podrá, sin embargo, disponer por ley que determinadas decisiones del Presidente de la República en el ámbito de sus competencias legales no requieran refrendo (38).

6. El Presidente de la República se negará a ejercer alguna de las obligaciones enumeradas en los subapartados 4(b) al 4(e) si no se dan las condiciones legales o si tuviere razones fundadas para prever que dicho ejercicio provocaría una perturbación grave del funcionamiento democrático del Estado (39).

7. El Presidente de la República se negará a ejercer la función prevista en el subapartado 4(f) si ello supone violación de los valores incorporados en esta Constitución (40).

(38) *N. del Tr.*—Es novedoso el segundo inciso, según el cual se pueden habilitar ley sobre casos de dispensa de refrendo.

(39) *N. del Tr.*—Es poco frecuente que los textos constitucionales para faculten al Jefe del Estado, ni siquiera a título excepcional, para negarse a realizar determinados nombramientos de altos cargos *civiles* o militares.

(40) *N. del Tr.*—Misma observación *mutatis mutandis* que en la nota anterior. Es excepcional que un texto constitucional autorice a un Jefe del Estado a negarse al otorgamiento de una condecoración o título nacional o al reconocimiento de condecoración o título extranjero.

Artículo 10.º

1. El Presidente de la República es elegido por el Parlamento para un periodo de cinco años.
2. Podrá ser elegido Presidente de la República todo ciudadano húngaro de más de 35 (treinta y cinco) años de edad.
3. El Presidente de la República sólo podrá ser reelegido una vez.

Artículo 11

1. El Presidente de la República será elegido no antes de los sesenta pero no más tarde de los treinta días antes de expirar el mandato del Presidente anterior o, en su caso, dentro de los treinta días siguientes a la terminación prematura de su mandato, en la fecha que fije el Presidente de la Cámara. El Parlamento elige al Presidente en votación secreta.

2. La elección del Presidente de la República irá precedida de propuestas por escrito que para ser válidas deben ir suscritas por una quinta parte como mínimo de los diputados. Las propuestas se someterán al Presidente de la Cámara antes de que se ordene la votación. Todo diputado podrá proponer un candidato. No serán válidas las propuestas de varias candidaturas.

3. Será elegido Presidente de la República el candidato que haya obtenido en primera votación mayoría de dos tercios de los diputados.

4. De no lograrse resultado en la primera votación, se celebrará una segunda entre los dos candidatos que hayan obtenido más votos. En caso de empate para el primer puesto en la primera votación, se votará por uno de los candidatos que hayan obtenido mayor número de votos. En el supuesto de empate únicamente para el segundo puesto en la primera votación, se podrá votar por cualquiera de los candidatos que hayan quedado en primero o segundo lugar. Será elegido Presidente de la República el candidato que obtenga la mayoría de los votos válidos, sea cual fuere el número de votantes. Si tampoco se consiguiera resultado en la segunda votación, se celebrará otra tras una nueva presentación de propuestas (41).

(41) *N. del Tr.*—Hay dos diferencias importantes con el procedimiento previsto en el texto anterior (art. 329/B, aptdos. 3 y 4): primera, que en la segunda votación ya no se exige

5. El proceso de elección debe quedar consumado en dos días consecutivos como máximo (42).

6. El Presidente electo presta juramento ante el Parlamento y tomará posesión al expirar el mandato del Presidente de la República precedente o, en el supuesto de terminación prematura de éste, a los ocho días de la proclamación de los resultados de la elección.

Artículo 12

1. La persona del Presidente de la República es inviolable.

2. El cargo de Presidente de la República es incompatible con cualquier cargo o misión estatal, social, económica o política. No podrá el Presidente de la República desempeñar ocupación alguna retribuida ni recibir honorarios por ninguna otra actividad, salvo las que gocen de protección de la propiedad intelectual.

3. El mandato del Presidente de la República finaliza:

- a) por expiración del período;
- b) por fallecimiento;
- c) por incapacidad para ejercer sus funciones durante más de noventa días;
- d) por haber dejado de existir los requisitos de elegibilidad;
- e) por declaración de incompatibilidad;
- f) por dimisión (43) o
- g) por destitución de su cargo.

4. El Parlamento se pronunciará por mayoría de dos tercios de los diputados presentes sobre si el Presidente de la República se encuentra impedido de seguir desempeñando sus funciones durante más de noventa días, o si no se da alguno de los requisitos para su elección, o bien procede o no declararle incurso en incompatibilidad.

mayoría de dos tercios, sino sólo mayoría simple; segunda: que para una tercera votación se exige ahora una nueva fase de presentación de propuestas.

(42) *N. del Tr.*—Eran tres días en el texto precedente (art. 29/B, aptdo. 5).

(43) *N. del Tr.*—En este punto hay una diferencia importante respecto al texto antiguo (art. 31, aptdo. 2), a saber que ahora ya no se exige que el Parlamento acepte la dimisión del Presidente ni se prevé que la Cámara pueda pedirle que reconsidere su decisión.

5. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo sobre estatuto y retribución del Presidente de la República.

Artículo 13

1. El Presidente de la República sólo podrá ser acusado una vez terminado su mandato.

2. Si el Presidente infringiere deliberadamente la Constitución otra Ley durante su mandato o cometiere deliberadamente un delito, podrá una quinta parte de los diputados proponer su destitución.

3. El procedimiento de destitución (*impeachment*) requiere una mayoría de dos tercios de los diputados en votación secreta.

4. No podrá el Presidente de la República ejercer sus funciones a partir del día en que el Parlamento haya tomado su decisión, hasta que finalice el proceso de destitución.

5. El procedimiento de destitución será sustanciado por el Tribunal Constitucional.

6. Si el Tribunal Constitucional resuelve que el Presidente de la República ha incurrido en responsabilidad según el derecho público, podrá separarlo del cargo.

Artículo 14

1. En caso de incapacidad temporal del Presidente de la República, sus funciones y competencias se ejercerán por el Presidente de la Cámara hasta que finalice la incapacidad o, si expira mientras tanto el mandato del Presidente de la República, hasta que tome posesión el nuevo Presidente.

2. La incapacidad temporal del Presidente de la República se declarará por el Parlamento a propuesta del propio Presidente de la República, del Gobierno o de cualquier diputado.

3. Mientras ejerza las funciones del Presidente de la República, no podrá el Presidente de la Cámara ejercer sus facultades como diputado, ejerciéndose sus funciones de Presidente de la Cámara por el Vicepresidente de ésta designado por el Parlamento.

Del Gobierno

Artículo 15

1. El Gobierno es el órgano general del Poder Ejecutivo. Sus funciones y competencias comprenden cualesquiera materias no delegadas expresamente por la Constitución u otro texto legislativo a las facultades y competencia de otro órgano. El Gobierno responde ante el Parlamento.

2. El Gobierno es el órgano supremo de la Administración Pública y puede como tal establecer órganos de administración pública en el sentido definido por la ley.

3. Podrá el Gobierno, con autorización legal, dictar decretos en el ámbito de su competencia sobre cualquier materia no regulada por una ley.

4. No podrán los decretos del Gobierno oponerse a lo dispuesto en ley alguna.

Artículo 16

1. El Gobierno se compone del Primer Ministro y de los ministros.

2. El Primer Ministro designará por decreto a uno o más ministros en calidad de Viceprimeros Ministros.

3. El Primer Ministro es elegido por el Parlamento a propuesta del Presidente de la República.

4. La elección del Primer Ministro requiere el voto favorable de la mayoría de los diputados. El Primer Ministro tomará posesión del cargo el día mismo de su elección (44).

5. El Presidente de la República hará la propuesta prevista en el apartado (3):

a) en la sesión inaugural del nuevo Parlamento, en caso de que el mandato del Primer Ministro haya finalizado con la constitución del Parlamento recién elegido;

(44) *N. del Tr.*—A diferencia de lo dispuesto en el texto antiguo (art. 33.3, inciso segundo), ya no se obliga al Parlamento a pronunciarse a la vez sobre la elección del Primer Ministro y la aprobación del programa del Gobierno.

b) dentro de los quince días desde la terminación del mandato del Primer Ministro anterior, si éste hubiere finalizado por dimisión, por fallecimiento, por declaración de incompatibilidad, por ausencia de requisitos de elección o por haberle denegado la confianza el Parlamento en una votación de confianza.

6. Si el Parlamento no eligiere al candidato a Primer Ministro según lo previsto en el apartado (5), el Presidente de la República propondrá nuevo candidato en plazo de quince días.

7. Los ministros serán nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Primer Ministro y tomarán posesión de su cargo en la fecha fijada por la cédula de nombramiento o, en su defecto, el día del nombramiento.

8. El Gobierno queda constituido con el nombramiento de los ministros.

9. Los miembros del Gobierno prestarán juramento ante el Parlamento.

Artículo 17

1. Los ministerios serán objeto de enumeración en una ley especial.

2. Los ministros sin cartera serán nombrados para las funciones que defina el Gobierno.

3. Son órganos administrativos territoriales del Gobierno con ámbito de competencia general las Oficinas Metropolitana y Regionales del Gobierno.

4. Se establecerá por ley el régimen jurídico de los cargos gubernamentales.

Artículo 18

1. El Primer Ministro define la política general del Gobierno.

2. Los ministros dirigen con autonomía en su respectivo ámbito de competencia los diversos sectores de la Administración Pública y los organismos subordinados de acuerdo con la política general del Gobierno y desempeñan las funciones especificadas por el Gobierno o por el Primer Ministro.

3. Los miembros del Gobierno dictarán órdenes, en su respectivo ámbito de competencia, en virtud de autorización por ley o por

decreto del Gobierno, bien independientemente bien de acuerdo con otro ministro. No podrán dichas órdenes oponerse a lo dispuesto en las leyes, los decretos del Gobierno u orden alguna del Gobernador del Banco Nacional de HUNGRÍA(45).

4. Los miembros del Gobierno responden de su actividad ante el Parlamento y los ministros responden ante el Primer Ministro. Los miembros del Gobierno pueden asistir a todas las sesiones del Parlamento y hacer uso de la palabra. La Cámara en Pleno y las comisiones parlamentarias podrán obligar a los miembros del Gobierno a comparecer en algunas de sus sesiones.

5. Se establecerán por ley las normas de desarrollo del régimen jurídico y retributivo de los miembros del Gobierno, así como las de sustitución de los ministros.

Artículo 19

El Parlamento podrá recabar del Gobierno información sobre la posición que se proponga adoptar en los procesos de toma de decisiones de los órganos de la UNION EUROPEA en cuyo seno participe el Gobierno, y podrá asimismo expresar su posición sobre los proyectos de orden durante el proceso. El Gobierno tendrá en cuenta la posición del Parlamento del Parlamento en el proceso de elaboración de las decisiones en la UNION EUROPEA(46).

Artículo 20

1. El mandato del Gobierno finaliza al terminar el mandato del Primer Ministro.

2. El mandato del Primer Ministro finaliza:

(45) *N. del Tr.*—Es excepcional que un texto constitucional otorgue a los actos normativos o decisiones del Gobernador del Banco de emisión rango jurídico superior al de las órdenes ministeriales.

(46) *N. del Tr.*—Disposición homóloga del artículo 35/A del texto anterior, pero con tres diferencias: primera, ya no se habla de ley especial sobre control del Gobierno en materias relativas a la UNION EUROPEA; segunda, ya no es automática la obligación del Gobierno de enviar a la Cámara todos los borradores de orden del día de las reuniones normativas de los órganos comunitarios, y tercera, ahora se obliga al Gobierno a «tener en cuenta», al negociar en el seno de la UNION, la posición previamente adoptada por el Parlamento.

- a) al constituirse el Parlamento recién elegido;
- b) al aprobar el Parlamento una moción de censura contra el Primer Ministro y elegir otro Primer Ministro;
- c) el Parlamento una moción de no confianza en el Primer Ministro en votación de confianza a instancias del propio Primer Ministro;
- d) por dimisión;
- e) por fallecimiento;
- f) por incompatibilidad o
- g) si deja de reunir los requisitos de elegibilidad para el cargo.

3. Finaliza el mandato de los ministros:

- a) al finalizar el mandato del Primer Ministro;
- b) por dimisión;
- c) por destitución,
- d) a la muerte del titular.

4. El Parlamento decide por mayoría de votos de los diputados presentes si procede no constatar la falta de los requisitos de elegibilidad del Primer Ministro o declararle incurso en incompatibilidad.

Artículo 21

1. Podrá una quinta parte de los diputados presentar por escrito una moción de censura contra el Primer Ministro, que incluirá la propuesta de otra persona como Primer Ministro. La decisión del Parlamento requerir mayoría simple de los diputados (47).

2. Con la aprobación de una moción de censura el Parlamento expresa su falta de confianza en el Primer Ministro y elige simultáneamente Primer Ministro a la persona propuesta en la moción. Este acuerdo del Parlamento puede adoptarse por mayoría simple de los diputados votantes.

(47) *N. del Tr.*—Hay una diferencia importante con el artículo 67.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana en el que se inspira manifiestamente este artículo 21.2, a saber que el texto alemán exige mayoría absoluta de los diputados del *Bundestag*, como la exige también la Constitución española (art. 113.1) para la moción de censura en el Congreso de los Diputados.

3. El Primer Ministro puede proponer votación de confianza. Se entiende denegada la confianza si el Parlamento, por mayoría absoluta de sus miembros, no apoya al Gobierno en dicha votación.

4. Podrá el Primer Ministro proponer que la votación sobre determinada propuesta gubernamental se considere como votación de confianza. Se entenderá como aprobación de una moción de no confianza en el Primer Ministro la falta de apoyo del Parlamento a la propuesta del Gobierno.

5. El Parlamento se pronunciará sobre la cuestión de confianza no antes de los tres días desde la presentación de la moción de censura o en su caso de la propuesta del Primer Ministro prevista en los apartados (3) y (4), pero no más tarde de los ocho días desde la presentación.

Artículo 22

1. El Gobierno ejercerá su competencia como Gobierno en funciones desde la terminación de su mandato hasta la formación del nuevo Gobierno, pero no podrá obligarse mediante acuerdos internacionales y sólo podrá adoptar decretos-leyes en caso de extrema urgencia y previa autorización por ley.

2. Si el mandato del Primer Ministro termina por dimisión o con la constitución del Parlamento recién elegido, el Primer Ministro ejercerá sus poderes como Primer Ministro en funciones hasta que se elija nuevo Primer Ministro, si bien no podrá proponer el cese de ministro alguno ni nombrar nuevos ministros ni dictar decretos-leyes salvo en casos de urgencia y autorizado por una ley.

3. Si el mandato del Primer Ministro hubiere terminado por fallecimiento, por declaración de incompatibilidad, por ausencia de los requisitos de elegibilidad para el cargo o por haber aprobado el Parlamento una moción de censura al Primer Ministro en una votación de confianza, las facultades del Primer Ministro serán ejercidas por el Viceprimer Ministro o, de existir varios Viceprimeros Ministros, por el Viceprimer Ministro designado como primera opción, hasta que se elija nuevo Primer Ministro, todo ello con las limitaciones establecidas en el apartado (2).

4. Cada Ministro ejerce sus facultades como ministro en funciones desde la terminación del mandato del Primer Ministro hasta que se nombre nuevo ministro o se designe a otro miembro del nue-

vo Gobierno para el desempeño transitorio de las competencias de los ministros. No podrán los ministros en funciones dictar decretos sino en caso de urgencia.

De los organismos reguladores autónomos

Artículo 23

1. Podrá el Parlamento establecer por ley orgánica organismos reguladores autónomos con el fin de que realicen y ejerzan determinadas funciones y competencias del Poder Ejecutivo.

2. Los directores de los organismos reguladores autónomos serán nombrados por el Primer Ministro o por el Presidente de la República a propuesta del Primer Ministro para el período que se fije por ley orgánica. Los directores nombrarán uno o más directores adjuntos.

3. Los directores de los organismos reguladores autónomos elevarán al Parlamento una memoria anual de actividades del organismo respectivo.

4. En su ámbito de competencia definido por ley orgánica, los directores de organismos reguladores autónomos dictarán ordenanzas previa autorización por ley, sin que pueda disponerse en ellas nada que se oponga las leyes, los decretos del Gobierno o los del Primer Ministro, ni a las órdenes del Gobernador del Banco Nacional de HUNGRIA(48).

5. Los directores de organismos reguladores autónomos pueden ser sustituidos por los directores adjuntos designados por vía de ordenanza con el fin de dictar esta clase de normas.

Del Tribunal Constitucional

Artículo 24

1. El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de salvaguardia de la Constitución.

(48) *N. del Tr.*— En cuanto a las órdenes del Gobernador del Banco Nacional de HUNGRIA *vide supra* por analogía nota 49.

2. El Tribunal Constitucional (49):

a) examina la conformidad con la Constitución de las leyes aprobadas pero no publicadas aún;

b) examina, a instancias de un tribunal, todo texto legislativo aplicable en un caso individual desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución;

c) revisa, en virtud de recurso de inconstitucionalidad, los textos legislativos aplicados en un caso particular para comprobar su conformidad con la Constitución;

d) revisa, previo recurso de inconstitucionalidad, las sentencias judiciales para comprobar si se ajustan a la Constitución;

e) examina la conformidad con la Constitución de un texto legislativo en particular a instancias del Gobierno, de una cuarta parte de los diputados o del Comisionado para los Derechos Fundamentales:

f) examina la posibilidad de conflicto de un texto legislativo determinado con los tratados internacionales, y

g) ejerce las demás facultades y competencias previstas en la Constitución y las que se establezcan por ley orgánica.

3. El Tribunal Constitucional:

a) anulará, en el marco de competencia fijado en los subapartados *b)*, *c)* y *e)* del apartado (2) todo texto legislativo o precepto sustantivo de él que se oponga a la Constitución;

b) anulará, en el ámbito de competencia conferido por el subapartado *d)* del apartado (2), toda sentencia judicial que se oponga a la Constitución;

c) podrá, en ejercicio de la competencia que le confiere el subapartado *f)* del apartado (2); anular todo texto legislativo o precepto sustantivo de él que se oponga a un acuerdo internacional y decidir sobre los demás efectos jurídicos previstos en su caso por una ley orgánica.

(49) *N. del Tr.*—Extensa enumeración, mucho más amplia que las del texto antiguo, cuyo artículo 32/A únicamente encomendaba al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes.

4. El Tribunal Constitucional estará compuesto por 15 (quince) miembros(50), elegidos cada uno por el voto favorable de dos tercios de los diputados para un período de doce años. El Parlamento elegirá, por dos tercios de los votos, a uno de los miembros del Tribunal Constitucional como Presidente hasta que expire su mandato de vocal del Tribunal Constitucional. Ningún miembro del Tribunal Constitucional puede estar afiliado a partido político alguno ni realizar actividades políticas.

5. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo sobre competencia, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional.

De los tribunales

Artículo 25

1. Los tribunales administran justicia. El Tribunal Supremo es el más alto órgano judicial.

2. Los tribunales resolverán sobre:

a) las cuestiones penales, los conflictos civiles y demás asuntos definidos por las leyes;

b) la legalidad de las decisiones administrativas;

c) los conflictos entre ordenanzas locales y otros textos legislativos y, en su caso, la anulación de aquéllas;

d) la declaración del descuido por una entidad local de sus obligaciones normativas según la ley.

3. Además de las funciones enumeradas en el apartado (2), el Tribunal Supremo asegurará la uniformidad en la aplicación judicial de las leyes y adoptará sus resoluciones en consecuencia, con efectos vinculantes para los tribunales.

4. El Poder Judicial tendrá una organización jerárquica. Se podrán crear tribunales especiales para ciertas categorías de casos, en particular para los conflictos administrativos y laborales.

5. Los órganos de autogobierno judicial participarán en la administración de los tribunales.

(50) *N. del Tr.*— Sólo once en el texto antiguo.

6. Se podrá autorizar por ley a otros órganos a que actúen en determinados conflictos.

7. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo para la organización y la administración de los tribunales y el régimen estatutario y retributivo de los jueces.

Artículo 26

1. Los jueces son independientes, están sometidos únicamente a la ley y no pueden recibir instrucciones en relación con su actividad judicial. Sólo podrán ser separados del cargo por las razones y del modo que se disponga por ley orgánica. No podrán estar afiliados a ningún partido político ni realizar actividades políticas.

2. Los jueces de carrera serán nombrados por el Presidente de la República en los términos que se definan por una ley orgánica. No se podrá nombrar juez a ninguna persona que no haya cumplido treinta años de edad (51). Con excepción de los magistrados del Tribunal Supremo ningún juez podrá permanecer en activo más allá de la edad general de retiro (52).

3. El Presidente del Tribunal Supremo será elegido entre sus miembros por el Parlamento, a propuesta del Presidente de la República, para un período de doce años. La elección requerirá el voto favorable de dos tercios de los diputados.

Artículo 27

1. A menos que la ley disponga otra cosa, los tribunales administrarán justicia divididos en salas.

2. Participarán asimismo jueces no profesionales en la administración de justicia en los casos y modos que determine la ley.

3. Los titulares de juzgados unipersonales y los presidentes de sala deben ser jueces de carrera (53). No obstante, en los casos que

(51) *N. del Tr.*—El texto antiguo no establecía requisito alguno de edad mínima para los jueces.

(52) *N. del Tr.*—Misma observación *mutatis mutandis* que en la nota anterior. La Constitución precedente no decía nada sobre la edad máxima de servicio en activo.

(53) *N. del Tr.*—El texto anterior no establecía requisito alguno de profesionalidad para el desempeño de determinados puestos judiciales.

se especifiquen por la ley, podrán los secretarios judiciales actuar también en el ámbito de competencia de los juzgados unipersonales, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 26.

Artículo 28(54)

En la aplicación de las leyes los tribunales interpretarán todo texto legislativo de acuerdo en principio con su finalidad y con la Constitución. La interpretación de la Constitución y de las demás leyes adoptará como base el principio de que sirvan un objetivo moral y económico concorde con el sentido común y el interés público.

Artículo 29

Del Ministerio Fiscal

1. El Fiscal General y los servicios del Ministerio Fiscal contribuyen a la administración de justicia haciendo efectiva la misión sancionadora del Estado. El Ministerio Fiscal persigue los delitos, adopta acción contra cualquier otro acto u omisión ilícita y procura la prevención de acciones ilícitas en general.

2. Por definición legal el Fiscal General y el Ministerio Fiscal:

- a) ejercen los derechos relativos a las funciones de investigación;
- b) representan a la acusación pública en las actuaciones judiciales;
- c) supervisa la legalidad en la imposición de sanciones penales y
- d) ejerce las demás funciones y competencias que le asigne la ley.

3. La organización y dirección del Ministerio Fiscal corre a cargo del Fiscal General, quien nombrará a los fiscales. Con excep-

(54) *N. del Tr.*—Disposición nueva. El texto antiguo no contenía normas ni indicaciones generales sobre interpretación judicial de las leyes.

ción del Fiscal General, ningún fiscal puede permanecer en servicio activo más allá de la edad general de retiro (55).

4. El Fiscal General es elegido entre los fiscales por el Parlamento, a propuesta del Presidente de la República, para un mandato de nueve años (56). La elección requiere el voto favorable de dos tercios de los diputados.

5. El Fiscal General elevará al Parlamento una memoria anual de sus actividades.

6. Ningún fiscal podrá estar afiliado a un partido político ni realizar actividades políticas.

7. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo para la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal, así como el régimen estatutario y retributivo del Fiscal General y de los fiscales.

Del Comisionado para los Derechos Fundamentales (57)

Artículo 30

1. El Comisionado para los Derechos Fundamentales tiene la misión de actuar en protección de los derechos fundamentales a instancias de cualquier persona.

2. El Comisionado para los Derechos Fundamentales examinará u ordenará que se examine todo abuso de derechos fundamentales del que tenga conocimiento y propondrá medidas generales o especiales para su reparación.

3. El Comisionado para los Derechos Fundamentales y sus adjuntos son elegidos para seis años por el voto favorable de dos tercios con el voto favorable de los diputados para un mandato de seis años. Defenderán los intereses de las generaciones futuras y los derechos de las nacionalidades que viven en HUNGRÍA. No estarán afiliados a ningún partido político ni realizar actividades políticas.

(55) *N. del Tr.*—Misma observación *mutatis mutandis* que en la nota 56. El texto anterior no preveía límite de edad para los fiscales.

(56) *N. del Tr.* El texto anterior no fijaba límite alguno de tiempo para el mandato del Fiscal General. No especificaba tampoco si éste debía ser nombrado entre miembros del Ministerio Fiscal ni exigía proporción determinada de votos favorables para la elección.

(57) *N. del Tr.*—El texto precedente preveía (art. 32/B) en este punto dos órganos, el Defensor del Pueblo para los Derechos de los Ciudadanos y el Defensor del Pueblo para los Derechos de las Minorías Étnicas y Nacionales.

4. El Comisionado para los Derechos Fundamentales elevarán al Parlamento una memoria anual de sus actividades.

5. Se establecerán por ley las normas de desarrollo sobre el Comisionado para los Derechos Fundamentales y su adjunto o adjuntos.

De las corporaciones locales

Artículo 31

1. Se instituirán en HUNGRÍA corporaciones locales para administrar los asuntos públicos y ejercer la autoridad al nivel local.

2. Se podrán celebrar referendos locales sobre cualquier materia comprendida en el ámbito de funciones y competencias de las entidades locales definido por la ley.

3. Se establecerán por ley orgánica las normas reguladoras de las entidades locales.

Artículo 32

1. En la gestión de los negocios públicos al nivel local y en la medida que permita la ley las entidades locales:

- a) aprueban ordenanzas;
- b) adoptan acuerdos;
- c) ejercen una administración autónoma;
- d) deciden su régimen propio de organización y funcionamiento;
- e) ejercen derechos de titularidad dominical de los bienes públicos locales;
- f) aprueban sus Presupuestos y realizan en consonancia con ellos operaciones de gestión independientes de gestión económica;
- g) realizan actividades empresariales con sus activos y sus ingresos disponibles, sin poner en peligro el cumplimiento de sus funciones preceptivas;
- h) deciden sobre las clases y tipos impositivos de los tributos locales;
- i) aprueban los símbolos de la respectiva entidad local e instituyen condecoraciones locales y títulos honoríficos;

j) solicitan información, proponen resoluciones y expresan su opinión ante los órganos competentes;

k) pueden asociarse libremente con otras entidades locales, concertar alianzas, en el ámbito de su competencia, alianzas con entidades locales de otros países; asociarse asimismo libremente con organizaciones internacionales de corporaciones locales, y

l) ejercen otras funciones y competencias establecidas por la ley.

2. Las entidades locales aprueban ordenanzas en el ámbito de sus competencias para regular sus relaciones sociales al nivel local no reguladas o por una Ley o al amparo de una Ley.

3. No pueden las ordenanzas locales oponerse a lo dispuesto en otros textos legislativos.

4. Las entidades locales enviarán sus ordenanzas, inmediatamente después de su publicación, a la Delegación Metropolitana o a la Provincial respectiva del Gobierno. Si la Delegación estima ilegal la ordenanza o alguno de sus preceptos sustantivos, podrá impugnarla ante los tribunales para su revisión.

5. La Delegación Metropolitana o la Delegación Provincial correspondiente del Gobierno podrá acudir ante los tribunales para que declaren la omisión por una entidad local de sus obligaciones normativas impuestas por la ley. Si la entidad local continúa haciendo dejación de estas obligaciones en la fecha que haya señalado el tribunal al declarar la omisión, el tribunal, a instancias de la Delegación Metropolitana o Provincial, ordenará al órgano rector de la entidad local que apruebe en nombre de la entidad la ordenanza local necesaria para reparar la omisión.

6. Los bienes de las entidades locales tienen la consideración de bienes públicos destinados al cumplimiento de sus funciones.

Artículo 33

1. Las funciones y competencias de las entidades locales serán ejercidas por sus órganos representativos.

2. Los órganos representativos locales estarán presididos por los alcaldes. Los órganos representativos provinciales elegirán a uno de sus miembros como presidente por la duración de su mandato.

3. Los órganos representativos locales pueden elegir y crear oficinas en los términos que se dispongan por ley orgánica.

Artículo 34

1. Las entidades locales y los órganos del Estado cooperarán en la consecución de objetivos comunitarios. Se podrán determinar por una ley las funciones y competencias obligatorias de las entidades locales, las cuales tienen derecho a un adecuado apoyo presupuestario y económico para el cumplimiento de sus funciones obligatorias.

2. Se podrá autorizar por ley a las entidades locales a que ejecuten mediante asociaciones sus funciones obligatorias.

3. Los alcaldes y los presidentes de órganos representativos provinciales podrán excepcionalmente, en virtud de una ley o de un decreto del Gobierno, desempeñar determinadas funciones y administrativas además de sus obligaciones locales.

4. El Gobierno asumirá por conducto de sus Delegaciones Metropolitana y Provinciales la supervisión legal de las entidades locales.

5. Se podrán determinar por ley las condiciones o el consentimiento del Gobierno para la obtención de préstamos hasta un límite legalmente fijado o para la asunción de otros compromisos por las entidades locales, con el fin de preservar su equilibrio presupuestario.

Artículo 35

1. Los electores eligen por sufragio universal, igualitario, directo y secreto a concejales y alcaldes, en votación que permita la libre expresión de la voluntad de aquéllos, del modo que se determine por ley orgánica.

2. Concejales y alcaldes serán elegidos por cinco años del modo que disponga la ley.

3. El mandato de los órganos representativos locales finaliza en la fecha de las elecciones nacionales de alcaldes y concejales. En el caso de cancelación de elecciones por ausencia de candidatos se prorrogará el mandato de dichos órganos hasta el día de las elecciones interinas. El mandato de los alcaldes finaliza el día en que se elija nuevo alcalde.

4. Los órganos representativos locales pueden acordar su propia disolución conforme a lo que se disponga por ley orgánica.

5. Podrá el Parlamento, a propuesta del Gobierno previa consulta al Tribunal Constitucional, disolver cualquier entidad local que infrinja la Constitución (58).

6. La disolución, sea voluntaria o sea forzosa, pone fin al mandato de los alcaldes.

De la Hacienda Pública (59)

Artículo 36

1. El Parlamento aprobará una Ley de Presupuestos del Estado y su ejecución para cada ejercicio anual. El Gobierno presentará al Parlamento un proyecto de ley de Presupuestos y de su ejecución dentro de la fecha-límite legalmente fijada.

2. Todos los proyectos de ley presupuestaria y de ejecución de los Presupuestos comprenderán la totalidad de los gastos e ingresos con una misma estructura, expuestos de modo inteligible y razonablemente detallados.

3. Al aprobar la Ley de Presupuestos Generales del Estado, el Parlamento autorizará al Gobierno a recaudar los ingresos y a realizar los gastos especificados en aquélla.

4. No podrá el Parlamento aprobar Ley alguna de Presupuestos Generales del Estado que permita un endeudamiento del Estado superior a la mitad del Producto Interior Bruto.

5. Si la deuda del Estado llegare a exceder de la mitad del Producto Interior Bruto, el Parlamento sólo podrá aprobar una Ley de Presupuestos Generales del Estado que disponga una reducción de aquélla en proporción al Producto Interior Bruto.

6. Sólo podrán aprobarse desviaciones de lo dispuesto en los apartados (4) y (5) estando en vigor un decreto-ley especial, en la medida necesaria para paliar las consecuencias de sus causas, o, en caso de recesión persistente de la economía nacional, en la cuantía requerida para restablecer su equilibrio.

7. Si el Parlamento no hubiere aprobado aún la Ley de Presupuestos Generales del Estado al comienzo del año natural, podrá el

(58) *N. del Tr.*—Precepto nuevo. El texto anterior preveía la autodisolución *voluntaria* de las entidades locales, pero no la posibilidad de que las disolviera un órgano o instancia externa.

(59) *N. del Tr.*—Sección nueva.

Gobierno recaudar los ingresos previstos legalmente y hacer gradualmente efectivos, en proporción al transcurso del tiempo y dentro de las previsiones fijadas en la Ley de Presupuestos del Estado del año precedente, los gastos autorizados para dicho ejercicio.

Artículo 37

1. El Gobierno ejecutará los Presupuestos Generales del Estado de modo legal, práctico y transparente, con una gestión eficiente de los fondos públicos.

2. No se podrá asumir en la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado deuda ni obligación financiera que permita al Estado sobrepasar la mitad del Producto Interior Bruto, salvo las excepciones previstas en el apartado (6) del artículo 36.

3. En la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado, no se podrá, mientras la deuda del Estado exceda de la mitad del Producto Interior Bruto, asumir deuda ni obligación financiera que permita que la proporción de la deuda respecto al Producto Interior Bruto exceda el nivel del ejercicio anual precedente, salvo las excepciones previstas en el apartado (6) del artículo 36.

4. Mientras la deuda del Estado fuere superior a la mitad del Producto Interior Bruto, el Tribunal Constitucional sólo podrá, en su marco de competencia según el artículo 24, apartado (2), subapartados b) al e), examinar la conformidad con la Constitución de las leyes presupuestarias y las leyes sobre impuestos estatales, tasas, pensiones y contribuciones sociales, aranceles aduaneros y normas básicas de las exacciones municipales, en relación con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona, el derecho a la protección de los datos personales, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y los derechos inherentes a la nacionalidad húngara y únicamente podrá anularlas por violación de estos derechos. El Tribunal Constitucional tendrá, no obstante, plena facultad de anular las leyes sobre estas materias por incumplimiento de los requisitos de procedimiento impuestos por la Constitución para su elaboración y publicación.

5. Se establecerán por ley las normas de cálculo de la Deuda del Estado en proporción al Producto Interior Bruto y de aplicación del artículo 36 y de los apartados (1) al (3).

Artículo 38

1. Constituyen patrimonio nacional los bienes del Estado y de las entidades locales. Su gestión y protección debe dirigirse al servicio del interés general, a la satisfacción de las necesidades comunes y a la salvaguardia de los recursos naturales con la debida consideración de las necesidades de las generaciones futuras. Se determinarán por ley orgánica los requisitos de preservación, defensa y gestión responsable del patrimonio nacional.

2. Se definirán por ley orgánica, teniendo en cuenta los objetivos señalados en el apartado (1), el ámbito de la propiedad exclusiva del Estado y de sus actividades económicas exclusivas, así como los límites y condiciones para la enajenación de bienes del patrimonio nacional que se consideren estratégicos para la economía de la Nación.

3. Los bienes del patrimonio nacional sólo podrán transferirse para las finalidades y con las excepciones que se especifiquen por la ley y tomando en consideración el imperativo de proporción en los valores.

4. Sólo se podrá contratar la transferencia o utilización de bienes del patrimonio nacional con organizaciones que tengan estructura de propiedad y organización transparentes y cuya actividad esté dirigida a gestionar los bienes transferidos u objeto de utilización.

5. Todas las empresas propiedad del Estado y de entidades locales serán objeto de gestión económica independiente y de modo legal, responsable, práctico y eficiente.

Artículo 39

1. Sólo se pueden utilizar los Presupuestos del Estado para ofrecer apoyo o efectuar pagos contractuales a entidades que tengan una estructura de propiedad y una organización transparentes y una actividad dirigida a la utilización de ese apoyo.

2. Toda entidad que gestione fondos públicos deberá rendir cuentas de su gestión al público. Los fondos públicos y los bienes pertenecientes al patrimonio nacional se administrarán conforme a los principios de transparencia y de eliminación de la corrupción. Tienen consideración de datos de interés público los datos relativos a fondos públicos y bienes del patrimonio nacional.

Artículo 40

Se establecerán por ley orgánica las normas básicas de tributación y del sistema de pensiones con vistas a una contribución previsible a la satisfacción de las necesidades comunes y al aseguramiento de condiciones decorosas de vida para los ancianos.

Artículo 41

1. El Banco Nacional de HUNGRÍA será el banco central de HUNGRÍA y asumirá la responsabilidad de la política monetaria del modo que se disponga por ley orgánica.

2. El Gobernador y los Vicegobernadores del Banco Nacional de HUNGRÍA(60) serán nombrados para seis años por el Presidente de la República.

3. El Gobernador del Banco Nacional de HUNGRÍA presentará anualmente al Parlamento una memoria de actividades del Banco Nacional de HUNGRÍA.

4. En su ámbito de competencia, que se definirá por una ley orgánica, el Gobernador del Banco Nacional de HUNGRÍA dictará órdenes con rango legal, que no podrán, sin embargo, estar en conflicto con ley alguna. El Gobernador podrá ser sustituido por un Vicegobernador designado mediante orden con el fin de dictar esas ordenanzas.

5. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo sobre organización y funcionamiento del Banco Nacional de HUNGRÍA.

Artículo 42

1. Se establecerán por ley orgánica las normas reguladoras del órgano supervisor del sistema de mediación financiera.

Artículo 43

1. El Tribunal de Cuentas es el ente de control económico y financiero del Parlamento, encargado de revisar, dentro de su ámbito

(60) *N. del Tr.*—El precepto homólogo del texto constitucional precedente (art. 32/D) sólo hablaba del Gobernador. No mencionaba en absoluto a los Vicegobernadores.

legal de competencia, la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado, la gestión de la Hacienda Pública, la utilización de los fondos con cargo al Tesoro público y la administración de los bienes del patrimonio nacional. Examinará asimismo los criterios de legalidad, utilidad práctica y eficiencia.

2. El Presidente del Tribunal de Cuentas es elegido para un mandato de doce años (61) con el voto favorable de dos tercios de los diputados.

3. El Presidente del Tribunal de Cuentas presentará anualmente al Parlamento una memoria de actividades.

4. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo sobre organización y funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Artículo 44

1. El Consejo Presupuestario (62) es un órgano de apoyo a las actividades legislativas del Parlamento y de examen de la viabilidad de los Presupuestos Generales del Estado.

2. El Consejo Presupuestario contribuirá en los términos que la ley disponga a la preparación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3. La aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado está sujeta a previo asentimiento del Consejo Presupuestario con el fin de que se cumplan los requisitos de los apartados (4) y (5) del artículo 36.

4. La composición del Consejo Presupuestario comprende al Presidente del propio Consejo Presupuestario, al Gobernador del Banco Nacional de HUNGRÍA y al Presidente del Tribunal de Cuentas. El Presidente del Consejo Presupuestario es nombrado para un mandato de seis años por el Presidente de la República.

5. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo para el funcionamiento del Consejo Presupuestario.

(61) *N. del Tr.*—La Constitución precedente (art. 32/C, aptdo. 3) no fijaba período alguno de mandato.

(62) *N. del Tr.*—Órgano de nueva planta. La Constitución anterior sólo instituyó, como hemos visto, un Tribunal de Cuentas.

De las Fuerzas Húngaras de Defensa

Artículo 45

1. Las Fuerzas Húngaras de Defensa constituyen las fuerzas armadas de HUNGRÍA. Sus actividades principales comprenden la defensa militar de la independencia, la integridad territorial y las fronteras exteriores de HUNGRÍA, las misiones de defensa común y preservación de la paz derivadas de acuerdos internacionales y las actividades humanitarias conforme a las normas del derecho internacional.

2. A menos que se disponga otra cosa por tratado internacional, el Parlamento, el Presidente de la República, el Consejo Nacional de Defensas, el Gobierno y Ministro competente y responsable tienen a título exclusivo el poder de mando sobre las Fuerzas Húngaras de Defensa con sujeción a la Constitución y a lo que se disponga por ley orgánica. La dirección operativa de las Fuerzas Húngaras de Defensa será asumida por el Gobierno.

3. Las Fuerzas Húngaras de Defensa contribuirán a la prevención de calamidades y a la reducción y eliminación de las consecuencias de acontecimientos catastróficos.

4. Los miembros profesionales de las Fuerzas Húngaras de Defensa no estarán afiliados a ningún partido político ni realizarán actividades políticas.

5. Se dictarán por ley orgánica las normas de desarrollo sobre organización, tareas, dirección, administración y gestión operativa de las Fuerzas Húngaras de Defensa.

Artículo 46

De la policía y de los servicios seguridad nacional

1. Son deberes fundamentales de la policía, entre otros, la prevención y la investigación de los delitos y la salvaguardia de la seguridad, la ley y el orden público, así como de las fronteras del Estado.

2. Corresponde al Gobierno la dirección operativa de la policía.

3. Son deberes fundamentales, entre otros, de los servicios de seguridad nacional la salvaguardia de la independencia de HUNGRÍA y del orden legalmente establecido, así como hacer efectivos los intereses de la seguridad nacional.

4. Corresponde al Gobierno la dirección operativa de los servicios de seguridad nacional.

5. No podrán los miembros profesionales de la policía y de los servicios de seguridad nacional afiliarse a partido alguno ni realizar actividades políticas.

6. Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo sobre organización y gestión operativa de la policía y de los servicios de seguridad nacional, las normas de utilización de medios y métodos secretos y las relativas a las actividades de seguridad nacional.

De las decisiones sobre participación en operaciones militares

Artículo 47

1. Corresponde al Gobierno decidir sobre cualesquiera maniobras transfronterizas de las Fuerzas Húngaras de Defensa y de fuerzas armadas extranjeras.

2. El Parlamento acordará, por mayoría de dos tercios de los diputados presentes, el despliegue exterior o interior y sobre el estacionamiento en el exterior de las Fuerzas Húngaras de Defensa, así como sobre el despliegue de fuerzas armadas extranjeras en HUNGRÍA o su salida de HUNGRÍA, salvo en los casos especificados en el apartado (3).

3. El Gobierno resolverá sobre el despliegue de las Fuerzas Húngaras de Defensa en el sentido del apartado (2) basado en decisión de la UNION EUROPEA y de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, así como otras maniobras de dichas Fuerzas.

4. El Gobierno informará de inmediato al Parlamento, y lo notificará al Presidente de la República, de todo acuerdo adoptado al amparo del apartado (3) o para autorizar la participación de las Fuerzas Húngaras de Defensa en actividades de mantenimiento de la paz o de índole humanitaria en el extranjero.

De los estados especiales

Normas comunes al estado de crisis nacional y al estado de excepción

Artículo 48

1. El Parlamento:

a) declarar el estado de crisis nacional y convocar el Consejo de Defensa Nacional en caso de un estado de guerra o de peligro inminente de ataque armado por una potencia extranjera (peligro de guerra);

b) declarar el estado de excepción en el supuesto de acciones armadas dirigidas a la subversión del orden constitucional o específicamente a la obtención de un poder exclusivo, y de actos graves de violencia de masas que amenacen la vida y los bienes, cometidos con armas o de modo armado;

2. Requiere mayoría de dos tercios de los diputados del Parlamento la declaración de un estado especial, la conclusión de la paz y la declaración de uno de los estados especiales previstos en el apartado (1).

3. El Presidente de la República podrá declarar el estado de guerra y el de crisis nacional, convocar el Consejo de Defensa Nacional y declarar el estado de excepción si el Parlamento estuviere impedido de adoptar estos acuerdos.

4. Se considera al Parlamento impedido de tomar los acuerdos citados cuando estén suspendidas las sesiones o si el escaso tiempo disponible o los acontecimientos que hayan resultado en un estado de guerra, en el estado de crisis nacional o en el de excepción, constituyen obstáculo insuperable para la reunión de la Cámara.

5. Se decidirá unánimemente por el Presidente de la Cámara, el del Tribunal Constitucional y el Primer Ministro si el Parlamento está efectivamente impedido y está justificada la declaración de estado de guerra, del de crisis nacional o del de excepción.

6. El Parlamento reexaminará la justificación de la declaración del estado de guerra, del de crisis nacional o del de excepción en la

primera sesión que celebre en cuanto pueda reunirse, y se pronunciará por mayoría de dos tercios sobre la legitimidad de las medidas adoptadas.

7. No podrá el Parlamento disolverse ni ser disuelto durante los estados de crisis nacional o de excepción y no podrán convocarse ni celebrarse elecciones generales. En estos casos se elegirá nuevo Parlamento dentro de los noventa días siguientes a la terminación del estado de crisis nacional o de excepción. De haberse celebrado elecciones generales pero no estando aún constituido el nuevo Gobierno, el Presidente de la República convocará la sesión inaugural dentro de los treinta días siguientes a la terminación del estado de crisis nacional o de excepción.

8. Disuelto el Parlamento voluntaria o forzosamente, podrá ser convocado por el Consejo de Defensa Nacional si surgiere un estado de crisis nacional o por el Presidente de la República en caso de estado de excepción.

Del estado de crisis nacional

Artículo 49

1. El Presidente de la República preside el Consejo de Defensa Nacional, que se compone del Presidente de la Cámara, los jefes de grupos parlamentarios, del Primer Ministro, de los ministros y del Jefe de Estado Mayor de la Defensa Nacional, éste último con voz pero sin voto.

2. El Consejo de Defensa nacional ejerce las facultades:

- a) que le delegue el Parlamento;
- b) del Presidente de la República;
- c) del Gobierno.

3. El Consejo de Defensa Nacional resolverá sobre:

a) los despliegues en el interior o en el exterior de las Fuerzas Húngaras de Defensa, su participación en misiones de mantenimiento de la paz, su intervención en actividades humanitarias en el extranjero y su permanencia en el exterior;

- b) el despliegue de fuerzas armadas extranjeras en HUNGRÍA o su salida de HUNGRÍA, así como su permanencia en HUNGRÍA;
- c) la adopción de medidas extraordinarias previstas por ley orgánica.

4. Podrá el Consejo de Defensa Nacional aprobar ordenanzas que suspendan la aplicación de las leyes o se aparten de lo dispuesto en preceptos legales, así como adoptar cualesquiera otras medidas extraordinarias.

5. Las ordenanzas del Consejo de Defensa Nacional quedarán derogadas con la terminación del estado de crisis nacional, a menos que el Parlamento prorogue su vigencia.

Del estado de excepción

Artículo 50

1. Se podrá recurrir a las Fuerzas Húngaras de Defensa en el estado de excepción si resultare insuficiente el uso de la policía y de los servicios de seguridad nacional.

2. Podrá el Presidente de la República decidir durante el estado de excepción la intervención de las Fuerzas Húngaras de Defensa al amparo del apartado (1) en caso de impedimento del Parlamento.

3. En el estado de excepción podrá el Presidente de la República adoptar decretos-leyes para la adopción de medidas extraordinarias conforme a lo dispuesto en una ley orgánica. Los decretos-leyes del Presidente de la República podrán suspender la aplicación de las leyes o apartarse de lo dispuesto en preceptos legales, así como adoptar cualquier otra medida extraordinaria.

4. El Presidente de la República notificará inmediatamente al Presidente de la Cámara la adopción de medidas extraordinarias. Durante el estado de excepción el Parlamento o, estando éste impedido de hacerlo, la Comisión de Defensa Nacional de la Cámara se reunirá en sesión permanente. El Parlamento o, de estar éste impedido, su Comisión de Defensa Nacional podrá suspender la aplicación de toda medida extraordinaria del Presidente de la República.

5. Las medidas extraordinarias adoptadas por decreto-ley permanecerán en vigor durante treinta días, a menos que se prorogue

su vigencia por el Parlamento o, de estar éste impedido, por su Comisión de Defensa Nacional.

6. Los decretos-leyes del Presidente de la República quedan derogados con la terminación del estado de excepción.

Del estado de defensa preventiva

Artículo 51

1. En caso de peligro de ataque exterior armado o cuando se haya de dar cumplimiento a una obligación derivada de una alianza militar, el Parlamento declarará el estado de defensa preventiva por período determinado y autorizará simultáneamente al Gobierno a la adopción de medidas extraordinarias de la clase que se prevea por una ley orgánica. Podrá prorrogarse la vigencia del estado de defensa preventiva.

2. La declaración y la prórroga del estado especial previsto en el apartado (1) requieren mayoría de dos tercios de los diputados presentes.

3. Podrá el Gobierno, después de haber propuesto la declaración del estado de defensa preventiva, adoptar por decreto-ley medidas que prescindan de lo dispuesto en las leyes que regulen el funcionamiento de la Administración Pública, de las Fuerzas Húngaras de Defensa y de los órganos de aplicación de las leyes, e informará permanentemente de todo ello al Presidente de la República y a las comisiones competentes del Parlamento. Dichas medidas permanecerán en vigor hasta que el Parlamento se pronuncie sobre la declaración de defensa preventiva, pero en ningún caso más de sesenta días.

4. Podrá el Gobierno, durante el estado de defensa preventiva, adoptar decretos-leyes para suspender la aplicación de determinadas leyes o para prescindir de lo dispuesto en determinadas disposiciones legales, así como para adoptar cualquier otra clase de medidas extraordinarias prevista por la ley.

5. Todos los decretos-leyes quedan derogados al finalizar el estado de defensa preventiva.

De los ataques imprevistos (63)

Artículo 52

1. En caso de invasión imprevista del territorio húngaro por grupos armados del exterior, el Gobierno responderá inmediatamente por las armas con fuerzas debidamente preparadas y proporcionadas al ataque para repeler aquélla, defender el territorio de HUNGRIA con una defensa aérea de urgencia tanto nacional como aliada y salvaguardar la ley y el orden, las vidas y los bienes, el orden y la seguridad públicos, conforme, en el caso necesario, con un plan de defensa armada aprobado por el Presidente de la República, hasta que el Gobierno tome acuerdo sobre si procede declarar el estado de excepción o el de crisis nacional.

2. El Gobierno notificará de inmediato al Parlamento y al Presidente de la República las medidas que haya adoptado al amparo del apartado (1).

3. En el caso de ataque imprevisto podrá el Gobierno aprobar decretos-leyes que suspendan las aplicación de determinadas leyes y prescindan de lo dispuesto en ciertos preceptos legales, así como adoptar otras medidas extraordinarias de la clase que se defina por ley orgánica.

4. Los decretos-leyes del Gobierno quedarán derogados al finalizar el ataque imprevisto.

Del estado de extremo peligro (64)

Artículo 53

1. Podrá el Gobierno declarar el estado de extremo peligro y adoptar medidas definidas por una ley orgánica en caso de calamidad natural o de accidente industrial que ponga en peligro la vida o los bienes, o bien adoptarlas para mitigar las consecuencias.

(63) *N. del Tr.*—Precepto nuevo. El texto precedente no preveía específicamente este supuesto.

(64) *N. del Tr.*—Misma observación *mutatis mutandis* que la de la nota precedente.

2. El Gobierno podrá adoptar decretos-leyes durante el estado de extremo peligro para suspender la aplicación de determinadas leyes o apartarse de lo dispuesto en ciertos preceptos legales, así como adoptar cualesquiera otras medidas extraordinarias definidas por ley orgánica.

3. Los decretos-leyes gubernamentales a que se refiere del apartado (2) permanecerá en vigor durante quince días, a menos que el Gobierno prorrogue sus efectos con la autorización del Parlamento.

4. Los decretos-leyes del Gobierno quedarán derogados al terminar el estado de extremo peligro.

De las normas comunes a los estados especiales

Artículo 54(65)

1. Se podrá suspender durante los estados especiales el ejercicio de cualquier derecho fundamental más allá de lo previsto en el apartado (3) del artículo I, excepto los derechos fundamentales enunciados en los artículos II y III, y en el artículo XXVIII, apartados (2) al (5).

2. No se puede suspender la aplicación de la Constitución durante un estado especial ni restringir la capacidad de actuación del Tribunal Constitucional.

3. Todo estado especial será anulado por el propio órgano capacitado para instaurarlo, cuando ya no se den las condiciones para su declaración.

4.-Se establecerán por ley orgánica las normas de desarrollo aplicables a todo estado especial.

DISPOSICIONES FINALES

1. La presente Constitución de HUNGRÍA entrará en vigor el 1 de enero de 2012.

2. El Parlamento aprobará esta Constitución conforme a los artículos 19(3) *a*) y 24(3) de la Ley XX de 1949 (66).

(65) *N. del Tr.*—Misma observación que en las dos notas anteriores.

(66) *N. del Tr.*—Es decir de la Constitución precedente, originariamente aprobada como Ley XX del año 1949, pero reformada en numerosas ocasiones, muy especialmente

3. El Parlamento aprobará las medidas provisionales relacionadas con la presente Constitución mediante un procedimiento especial conforme a lo dispuesto en el apartado (2).

4. El Gobierno someterá al Parlamento todos los proyectos de ley necesarios para la ejecución de esta Constitución.

NOS, LOS DIPUTADOS DEL PARLAMENTO ELEGIDO EL 25 DE ABRIL DE 2010, conscientes de nuestra responsabilidad ante Dios y ante los hombres y en el ejercicio de nuestro poder constituyente, APROBAMOS ésta que será LA PRIMERA CONSTITUCIÓN CONSOLIDADA de HUNGRÍA.

«QUE REINEN LA PAZ, LA LIBERTAD Y LA CONCORDIA»

Dr. Pál SCHMITT
Presidente de la República

László KÖVER,
Presidente de la Cámara

en 1989 (Ley XXXI de dicho año), tras la caída del régimen comunista. El artículo 19, que enumeraba en su aptdo. 3 las facultades y competencias del Parlamento, decía en el subaptdo. a): «Aprobar la Constitución de la República de HUNGRÍA», y en el aptdo. (3) del Art. 24: «(3) Para modificar la Constitución o cualquiera de sus preceptos será necesaria la aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros del Parlamento». Y efectivamente así se ha hecho con el presente texto (ver Resumen introductorio).

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
V
Documentación

EL MOSAICO A LA VENECIANA DEL VESTIBULO
PRINCIPAL: RESTAURACION DE UN TESORO
DEL PALACIO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

ELENA ARIAS RIERA (*)

MARÍA TERESA DE CASTRO SÁNCHEZ (**)

SUMARIO: 1. EL PALACIO DEL CONGRESO DE LOS
DIPUTADOS.—2. EL VESTIBULO DE PALACIO DEL
CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.—3. EL MOSAICO
DEL VESTIBULO PRINCIPAL.—3.1. *La construc-
ción del Mosaico.*—3.2. *Estado de conserva-
ción del Mosaico.*—3.3. *La restauración del
Mosaico.*—4. EL MOSAICO RESTAURADO.—5. BI-
BLOGRAFÍA.

(*) Restauradora de Artes Decorativas del Museo del Prado.

(**) Jefe del Departamento de Patrimonio Histórico-Artístico y Adquisiciones del
Congreso de los Diputados.

1. EL PALACIO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Las Cortes Generales extraordinarias, reunidas por primera vez en 1810 en la Casa-Teatro de la Real Villa de la Isla de León en Cádiz, no disponían de sede propia y así sería durante mucho tiempo. Por esta razón a lo largo de su historia fueron trasladando su sede a distintos edificios; en 1834, ya en Madrid, se instalaron en el antiguo Convento del Espíritu Santo, que fue su sede hasta 1841, fecha en que se trasladaron al Teatro de Oriente por haberse declarado en ruinas el mencionado convento. El traslado fue temporal, ya que el Gobierno decidió pedir autorización a las propias Cortes para construir un nuevo palacio en el solar que hasta entonces había ocupado el Convento del Espíritu Santo.

El concurso para la construcción del nuevo palacio fue convocado por la Academia de Nobles Artes de San Fernando y lo ganó el Arquitecto Narciso Pascual y Colomer. El terreno sobre el que se iba edificar se encontraba en pendiente y tenía reducidas dimensiones, por lo que el proyecto presentó numerosas dificultades. Una vez iniciada su construcción se fueron sumando importantes artistas de la época para la decoración del edificio, como dice la Memoria Histórico Descriptiva del Palacio *«la construcción de los edificios públicos, y muy particularmente de los palacios, que en su interior deben estar ricamente decorados, se considera siempre como el mas fausto acontecimiento que puede ocurrir en una Nación, así en beneficio de las nobles artes como de las mecánicas. Las sumas de esta clase de obras se invierten, redundan en provecho u honor del mismo país que las suministra, ofrecen ocasión de mostrar su habilidad los*

artistas, contribuyen al fomento de las artes, y en realidad son una semilla fecunda de prosperidad y de impulso para la industria.

Preciso es, por tanto, describir detalladamente el Palacio del Congreso de los Diputados y dar a conocer a los artistas que en el ornato de este notable edificio han tenido parte, y las fábricas y talleres que han suministrado las telas y artefactos mecánicos.»

La primera piedra del Palacio del Congreso la colocó Isabel II el 10 de octubre de 1843, día de su cumpleaños, y el 31 de octubre de 1850 lo inauguró solemnemente.

2. EL VESTIBULO DEL PALACIO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Tras la gran puerta de bronce que da acceso al Palacio, obra del escultor José María Sánchez Pescador, se encuentra el Vestíbulo principal. Este acceso estaba reservado para la entrada de S.M. la Reina. En la actualidad, además de abrirse cuando S.M. el Rey procede a la apertura solemne de la Legislatura, se abre para que los ciudadanos visiten la Cámara en las Jornadas de Puertas abiertas que comenzaron a celebrarse en el año 1997.

El Vestíbulo del Palacio, al que se accede a través de la puerta principal, está decorado con estucos de gran belleza y calidad y tonos con los retratos de importantes políticos de nuestra historia, a los que se han incorporado en fechas recientes los retratos de D. Manuel Azaña y D. Adolfo Suárez. Tiene planta rectangular de 9,50 x 7 m de lado y está rematada en los extremos por dos semicírculos de 3,50 m de radio, siendo la superficie total de unos 105 m². En los lados mayores de los rectángulos se encuentran dos vanos de acceso: uno, al que se accede a través de la puerta principal de Palacio y, el opuesto, que da acceso a la Galería de Presidencia y al Salón de Conferencias. La cubierta está formada por una bóveda de casetones de color blanco y en su centro se encuentra una claraboya rectangular, obra de Maujean, encuadrada con el emblema del campo central del mosaico de la sala que está presidida por una escultura en mármol de carrara de la Reina Isabel II, obra que Jose Piquer y Duart.

En este vestíbulo se han celebrado a lo largo de la historia muchos y muy diversos actos. Aquí se han velado los féretros de algunos Presidentes del Congreso y de ilustres personajes políticos; el último de ellos fue D. Gabriel Cisneros, ponente de la constitución de 1978 y miembro de la Mesa de la Cámara en el momento de su fallecimiento. Ha sido lugar de descanso y encuentro de los diputados y sigue siendo lugar de celebración de distintos actos protocolarios.

En época de Alfonso XII y a iniciativa del Conde de Romanones, se instaló en este lugar un restaurante, que los Diputados conocían como «el merendero del cojo». Más tarde se transformará en una cafetería que dirigirá Chicote y por último Manila, antes de que desaparezca alrededor de 1982, cuando ya la Cámara contaba con su primera ampliación. Tanto el restaurante como la cafetería se desmontaban para la solemne apertura de las Cortes.

Desde 1982 se traslada la cafetería al edificio de la primera ampliación del Congreso de los Diputados, incorporándose el Vestíbulo a las zonas de representación de la Cámara y así, tanto en el Vestíbulo como en el Salón de Conferencias y los escritorios, se intensificará la vida parlamentaria. En estas salas se celebra el día de la Constitución, se encuentran periodistas y diputados, y se abre a los ciudadanos.

3. EL MOSAICO DEL VESTIBULO PRINCIPAL

3.1. *La construcción del Mosaico*

El Mosaico veneciano del pavimento fue realizado por el maestro Elias Bex en 1849, tal y como aparece reflejado en el legajo 22 núm. 6, de la serie Obras del Palacio, en el Archivo del Congreso de los Diputados. En este legajo se encuentra, entre otros, el documento en el que se describen las condiciones para realizar las obras del pavimento veneciano por «D. *Elias Bex, maestro escayolista en el Palacio nuevo del Congreso bajo la supervisión de D. Narciso Pascual y Colomer, arquitecto del Palacio*».

El mosaico es de estilo neoclasicista, su forma se adapta a la planta del Vestíbulo y se encuentra claramente distribuido en tres

partes: un gran rectángulo, que ocupa su parte central, y dos semicírculos en los extremos, con una orientación Este Oeste. En sus lados mayores se abren los dos vanos de acceso: la entrada principal del Palacio (la Puerta de los Leones) hacia el Sur y la entrada al Salón de Conferencias hacia el Norte.

La descripción del mosaico la encontramos en la Memoria Histórico descriptiva del Nuevo Palacio del Congreso de los Diputados publicada por la Comisión de Gobierno interior en 1856: *El pavimento del mosaico «es del llamado battuto a la veneciana. Guardando relación los pilastrones que decoran los muros y con los cinchos de la bóveda, está dicho mosaico distribuido en tres partes, rectangular la del centro y semicirculares las de los costados, separando unas de otras dos fajas adornadas con grecas. La primera, circundada de una banda, contiene el escudo cuartelado de Castilla y León con sus colores y esmaltes. En el semicírculo de la derecha se ve la cifra de Isabel II y en el de la izquierda aparece la fecha de 1850, año en que fue terminado este edificio».*

La técnica utilizada para la realización del mosaico se conoce como «mosaico veneciano» o «battuto a la veneciana». Su fábrica comienza por un primer nivel de cal, arena y fragmentos de piedra de tamaño medio (no más de 7 cm), muy compactado; se trata de un nivel de echadizo o relleno, que podría compararse al «statumen» de la cimentación clásica de los mosaicos romanos. La compactación de estos materiales ha sido documentada no solo en la actualidad por las pruebas mecánicas que ha realizado el equipo de restauración, sino también por las exigencias que el propio arquitecto D. Narciso Pascual y Colomer estableció en el pliego de condiciones bajo las cuales Elías Bex debía realizar el mosaico. En él se especificaba que el suelo de dichos aposentos tenía que ser pisoteado como mínimo hasta una pulgada de profundidad por debajo del nivel que él mismo indicase.

Sobre este primer nivel de echadizo se extendió un segundo estrato integrado por un mortero a base de cal, arena y ladrillo machacado, que equivaldría al «rudus» que encontramos habitualmente en los mosaicos romanos. El uso de este tipo de argamasas estuvo muy extendido desde la antigüedad clásica por su carácter hidráulico

(ésto es, capaz de fraguar sin contacto con el carbono atmosférico gracias a las cualidades que aportaba combinar la cal con ladrillo machacado).

El último estrato aplicado fue el tapiz teselar, equivalente al «nucleus» de los mosaicos romanos. Para hacerlo se aplicaba en diferentes tandas, coincidiendo con el dibujo de los distintos motivos decorativos. Así, si se pretendía realizar una banda decorativa de color rojo, se aplicaba el «nucleus» en la zona marcada previamente sobre el «rudus», ayudándose de encofrados de madera que mantenían el nivel y la dirección de las líneas decorativas; después se perfilaba la banda con una hilera de piedras del tono adecuado a lo largo de sus bordes. El tamaño de las teselas empleadas para el perfilado de los motivos decorativos era ligeramente mayor que el de los fragmentos de piedra empleados en el resto del mosaico. Seguidamente se rellenaba el interior del motivo con un picadillo de cantera de ese mismo color mezclado con mortero de cal, que luego se alisaba.

En el caso de los motivos vegetales o figurativos, se optó por utilizar la técnica de «opus tesellatum», ésto es, insertando piezas de piedra de corte más o menos regular, limitando el uso de la técnica de «battuto a la veneciana» únicamente para los fondos planos.

El proceso concluía con la aplicación de un mortero fino de cal y arena, que sellaba las juntas entre los fragmentos de piedra y permitía proceder al pulimentado de toda la superficie del tapiz teselar sin riesgo de desprendimientos. El acabado final se conseguía avivando los colores con diferentes tipos de aceites (como el de linaza) o de ceras naturales.

En la elaboración de este mosaico todos los materiales pétreos utilizados eran de naturaleza calcárea (mármoles o calizas), y su gama cromática incluía tonos como el amarillo, rojo anaranjado, gris oscuro, verde oscuro y blanco. Se recurrió a canteras nacionales para la obtención de la piedra necesaria (y también para la factura de zócalos, chimeneas y pavimentos de «opus sectile» del Palacio). Así, las rocas empleadas fueron variedades ibéricas: Rojo Alicante, Blanco Macael, Amarillo Marés, Gris Deva (negro) y el Verde Indiano.

Los materiales necesarios para la ejecución del mosaico, y también algunas de las herramientas (como las piedras utilizadas para el pulimentado final y todos los utensilios de madera) fueron suministrados al señor Bex por la Comisión de Palacio, encargada de la inspección y dirección económica y administrativa de las obras y, tal y como se especifica en el pliego de condiciones, dichos materiales debían ser de primera calidad.

3.2. *Estado de conservación del Mosaico*

El Mosaico del Vestíbulo principal presentaba un importante deterioro, por lo que en 2009 se realizó un estudio de su situación. Los principales problemas que presentaba eran la suciedad, los desgastes, la pérdida de teselas y la presencia de abundantes reconstrucciones no originales y de mala calidad que impedían una visión armónica de la obra. Además, algunos de estos daños ponían en serio peligro su conservación, en especial si se tenía en cuenta que se trataba de un espacio en uso y con un tráfico importante de personas.

Un estudio exhaustivo del soporte reveló que estas alteraciones no solo afectaban a la superficie del mosaico, sino que también se extendían a los diferentes estratos que componen su cimentación; además, también había sufrido numerosas reparaciones realizadas con anterioridad, destinadas al mantenimiento de un pavimento que ha estado en uso de forma ininterrumpida desde la inauguración del Palacio del Congreso hasta el momento actual, hace ya más de 160 años.

El estudio histórico permitió datar algunas de estas intervenciones, destacando la decisión que tomó la Comisión de Gobierno Interior en el año 1931, coincidiendo con la llegada de la Segunda República, de sustituir o eliminar todos los atributos y fechas de la monarquía presentes en el mosaico. Es pues en ese momento cuando se produjo la mayor pérdida del tapiz teselar original sufrida por el conjunto.

Así, se eliminará el gran emblema central: una representación del escudo de Castilla y León de la que no se conserva documentación

gráfica alguna. En su lugar, la empresa Algueró e Hijo «Industrias Artísticas», a quien la Comisión de Gobierno Interior le había encargado el 6 de junio de 1931 realizar «*varias obras de reforma del pavimento del Mosaico para eliminar o sustituir atributos o fechas de la monarquía estampados en dicho pavimento*» colocó un nuevo emblema, elaborado esta vez con la técnica de «*opus tesellatum*» (en lugar del «*battuto a la veneciana*»). Este nuevo emblema será un campo blanco con la fecha de 1850 en rojo. El mismo destino sufrió la cifra de Isabel II y la fecha de inauguración del edificio, situadas en el centro de los semicírculos laterales, dentro de las coronas de laurel, que simplemente fueron eliminadas.

La zona oeste presentaba numerosos daños, lagunas, pérdida en la densidad de piedras, así como desgaste generalizado del tapiz telear. El origen de estas alteraciones podría deberse a que, como se ha dicho anteriormente, el Vestíbulo se convirtió, por iniciativa del Conde de Romanones, en un pequeño restaurante, que posteriormente quedó reducido a un pequeño cafetín, transformado en un bar que estuvo en funcionamiento hasta el año 1982. Es justo en este semicírculo donde se instaló la barra, lo que explica que esta zona fuese la que más sufrió las consecuencias de dicha actividad.

El resto de las lagunas fueron causadas por diferentes intervenciones constructivas muy agresivas, como es el caso de las dos grandes lagunas rectangulares, situadas en el centro del acceso a los semicírculos laterales, abiertas para la instalación de dos claraboyas que conectaban el vestíbulo con la estancia abovedada situada en el sótano.

Pérdidas de origen más reciente se deben a la instalación de cableados, como son dos bandas perimetrales en ambos semicírculos, y la instalación de cuatro dispositivos de aire acondicionado que también provocaron la eliminación de parte de estas dos bandas en los laterales del acceso a las dos exedras desde el cuerpo central. Otros daños fueron originados por la aparición de diversas grietas, motivadas por un asiento desigual de la cimentación del edificio, durante los años posteriores a su inauguración.

Para remediar los mencionados daños el mosaico ha recibido diversas intervenciones o reparaciones a lo largo de su historia, que se

suman a las ya mencionadas intervenciones para sustituir determinados símbolos por otros, debido a cambios políticos. Estas reconstrucciones presentan una naturaleza y unas calidades de acabado muy diferentes, que se pueden clasificar en cinco intervenciones sucesivas:

En primer lugar, se aplicaron una serie de reintegraciones para reconstruir las lagunas causadas por las grietas; posiblemente estas reintegraciones fueran ejecutadas durante la intervención acordada por la Comisión de Gobierno Interior, el 1 de mayo de 1911, para la reparación y pulimentado del pavimento, adjudicada a la casa Talleres de Escultura, propiedad de don Baldomero Llongarica.

La segunda intervención realizada en 1931, llevó a cabo la sustitución del emblema central original, y también fueron eliminados los símbolos monárquicos de las exedras, que fueron reconstruidos con teselas originales de color blanco.

Por otro lado, se han podido documentar una serie de reintegraciones muy similares, claramente posteriores a la sustitución del emblema central del conjunto y que, en este caso, imitan el mosaico original, existiendo zonas donde se consiguió una calidad de ejecución aceptable. Este es el caso de la parte inferior de la corona de laurel de la exedra Oeste.

La cuarta intervención reconstructiva incluye una reintegración bastante más moderna, realizada para sellar la zanja perimetral abierta para el tendido de cableado a lo largo del perímetro de la exedra Este y del lateral Noreste del cuerpo central del mosaico.

La quinta intervención está integrada por un grupo de parcheados de cemento gris que nivelan las pérdidas causadas por la instalación de cuatro dispositivos de aire acondicionado de la sala, dos lagunas situadas a ambos lados del umbral de acceso a la Puerta de los Leones, un agujero al Este del umbral de acceso al Salón de Conferencias y algunas lagunas de pequeño tamaño al Oeste del Vestíbulo.

El mosaico también presentaba los característicos daños concernientes a su mantenimiento. Es habitual que, para la limpieza

de los suelos, se proceda a un pulimentado de su superficie, con la posterior aplicación de ceras para dar brillo. Como resultado de la repetición de este tratamiento se había producido el desgaste de las teselas que integran el mosaico y del mortero que las sostiene, lo que favorecía el desprendimiento y pérdida de teselas, reduciéndose la densidad de éstas. La pérdida de teselas y del mortero aumenta enormemente la fragilidad del tapiz teselar frente a otros agentes de alteración, como la entrada de agua, los golpes, impactos o presiones, la acumulación de depósitos ajenos al mismo y también a los fenómenos de desgaste.

Otros dos factores afectaban a la erosión de zonas de superficie original: Uno es el tránsito de personas. El pisoteo continuo hace que poco a poco se debiliten las zonas más expuestas y se desencadene el desprendimiento de las teselas, lo que explica las enormes lagunas y reparaciones presentes en las zonas próximas a los umbrales. Otro es el roce de las puertas. En la zona del umbral de la Puerta de los Leones había marcas causadas por el arrastre de sus hojas, lo que indicaba que, al menos durante un tiempo, se abrieron hacia el interior; o que tal vez hubo una cancela con batientes que así lo hacían.

A nivel superficial la totalidad del mosaico se encontraba oscurecida a causa de la acumulación de depósitos de grasa, polvo y hollín, cohesionados por las capas de cera aplicadas en los trabajos de mantenimiento del pavimento. Este ennegrecimiento afectaba especialmente a los morteros de los espacios interteselares que, generalmente, quedaban fuera del alcance de los sistemas de pulido y, al ser más porosos, habían recogido la suciedad con mayor eficacia. No se debe olvidar la actividad hostelera a la que ya hemos hecho referencia, que había favorecido la acumulación de manchas de grasa en las zonas cercanas a donde estaba situada la barra.

También se localizaron un total de trece clavos de hierro de sección cuadrangular, insertados en la superficie del mosaico a lo largo de la banda monocroma de color amarillo que conforma el perímetro exterior de la exedra Oeste. Probablemente se trate de un antiguo sistema de anclaje para una nueva alfombra que se tendió en esta zona en algún momento del pasado.

3.3. *La restauración del Mosaico*

Como hemos visto en el apartado anterior, el mosaico, aunque se encontraba protegido por una nueva alfombra, estaba seriamente deteriorado, debido a lo cual la Mesa de la Cámara consideró necesaria su restauración. Tras la presentación de proyectos e informes y los procedimientos de contratación preceptivos, la Mesa acordó finalmente encargar la realización de esa restauración a la empresa Artelan Restauración, S.L., que comenzó los trabajos en el mes de julio de 2009 y los finalizó en noviembre del mismo año.

La restauración del conjunto se realizó en cuatro fases: documentación y evaluación del estado de conservación, limpieza, consolidación y reconstrucción, bajo la dirección del Departamento de Patrimonio Histórico Artístico de la Dirección de Presupuestos y Contratación del Congreso de los Diputados, junto con la dirección técnica de especialistas del Departamento de Restauración de Artes Decorativas del Museo del Prado.

Al comenzar la restauración del conjunto, la cimentación del mosaico parecía estable, no presentaba abombamientos que pudiesen indicar una falta en la adhesión entre los diferentes estratos que la integran, ni hundimientos que indicasen problemas de disgregación o movimientos internos bajo el tapiz teselar. Sin embargo, la aplicación minuciosa de una suave percusión a la totalidad de la superficie original permitió la detección, trazado y registro de un alto porcentaje de áreas en las que los diversos estratos que integran el conjunto presentaban problemas de deplacación que son zonas frágiles muy peligrosas para un pavimento en uso.

Las zonas con falta de cohesión entre los estratos de la cimentación o con oquedades directamente bajo la superficie teselar, por lo general se correspondían con las numerosas reintegraciones realizadas en intervenciones anteriores y con zonas cercanas a su perímetro. Sin embargo, las oquedades más significativas fueron las localizadas bajo las reintegraciones ejecutadas en el año 1931, tras la eliminación de los símbolos monárquicos y localizadas en el centro de las exedras; y también en las reconstrucciones de la zanja perimetral de

cableado al Este del Vestíbulo, en las aplicadas sobre las antiguas claraboyas, en la banda de color rojo que enmarcaba los laterales del emblema central y en algunos puntos de la exedra Oeste.

El estudio también mostró que el pavimento presentaba varias grietas generadas por asentamientos diferenciales de las cimentaciones del edificio, que afectaban a todos los estratos que sirven de soporte al mosaico. Este tipo de grietas suelen aparecer en un periodo de tiempo corto tras la finalización de la construcción del edificio y continúan aumentando, tanto en grosor como en longitud, hasta que los cimientos dejan de desplazarse al asentarse definitivamente. Todas estas grietas habían ocasionado pérdidas de tapiz teselar a lo largo de su perímetro. El tapiz teselar presentaba también un buen número de pequeñas fisuras que, por lo general, no afectaban a los estratos internos de la cimentación del conjunto. Estas fisuras se concentraban en la zona central de la exedra Este, en torno a la escultura de Isabel II, y en la gran laguna que presentaba el umbral de acceso a la Puerta de los Leones.

El proceso de restauración comenzó con los trabajos previos de protección de la sala, documentación fotográfica inicial e instalación de los medios auxiliares. Se realizó una protección temporal de los muros del Vestíbulo y de las obras de arte que no se podían retirar de la sala, con el objetivo de minimizar el impacto de la intervención sobre las mismas, especialmente la acumulación de polvo que se produciría por los trabajos de eliminación mecánica de las reconstrucciones antiguas del mosaico.

La escultura de Isabel II se cubrió mediante una torre de andamio móvil, se desmontaron las tulipas y bombillas de las lámparas, y se protegieron los estucos de los muros y las puertas. A continuación se realizó una exhaustiva documentación fotográfica del conjunto, con tomas generales y de detalles ilustrativos del estado de conservación.

En este punto se procedió a eliminar parte de las reconstrucciones aplicadas al mosaico a lo largo de su historia. No se retiraron todas, sino que se fue valorando cada caso atendiendo a criterios de estado de conservación y a su valor histórico.

Se mantuvieron las reintegraciones del emblema y del centro de las exedras realizadas en el año 1931, ya que son el reflejo de los avatares políticos sufridos por el país; además, no se hubieran podido reproducir los emblemas anteriores, debido a que no existía documentación gráfica de los mismos. La reconstrucción de la parte inferior de la corona de laurel del centro de la exedra Oeste también se respetó por la calidad de su factura, sin embargo, la falta de adhesión a su sustrato hizo necesario su arranque temporal para la sustitución de su cimentación.

Se eliminaron aquellas intervenciones que presentaban problemas de adhesión a los estratos de base y deficiente calidad de su ejecución: la densidad, tamaño y el color de las piezas de piedra utilizadas diferían de las originales y cuando los morteros empleados tampoco presentaban un tono y textura adecuados. Fueron retiradas de forma cuidadosa con la ayuda de medios físico mecánicos, martillos y cinceles de distinto calibre [con] núcleo reforzado con acero enriquecido con carbono. También fueron eliminadas las lechadas entonadas que ocultaban áreas del tapiz teselar en mal estado.

En las restauraciones en las que se habían utilizado teselas originales, éstas se recuperaron, y se procedió a limpiarlas y clasificarlas por tamaños y colores, para posteriormente utilizarlas en la reintegración del mosaico.

Una vez retiradas todas las intervenciones antiguas, dio comienzo la consolidación de las deplacaciones entre los estratos de cimentación del mosaico y, especialmente, entre el «nucleus» (que aloja las piezas de piedra que integran el tapiz teselar) y el «rudus» que le sirve de base, nivel en el que se había producido el mayor porcentaje de disociaciones internas. Esta consolidación fue realizada utilizando resina acrílica mediante impregnación, facilitando la penetración mediante tensoactivos o por goteo. El sellado de las juntas abiertas se realizó con mortero hidráulico sintético líquido PLM-SM. Este mortero se entonó con pigmentos minerales para acercar su tono al de la argamasa original.

Se realizaron pruebas y ensayos de limpieza, que permitieron establecer un sistema eficaz para alcanzar un nivel de limpieza óptimo,

tanto de la superficie de las teselas como de los morteros interteselares originales. Las zonas a tratar se humectaron con una solución de agua desmineralizada saturada con carbonato de amonio y un tensoactivo no iónico (Teepol) disuelto al 1 por 100, aplicada con pulverizador. Después se frotó con cepillos de cerdas duras y, por último, las concreciones más resistentes, ya reblandecidas, se retiraron con chorro de vapor, al tiempo que se recogía el agua sobrante con bayetas y esponjas. El proceso terminó con la inhibición de la acción de la mezcla y la eliminación de los posibles restos de carbonato de amonio, mediante dos aplicaciones de papeta a base de pulpa de celulosa y agua desmineralizada que se dejaba secar casi totalmente para la absorción de los restos de productos químicos.

La retirada de los clavos de forja encontrados en el tapiz teselar requirió el uso de tenazas, previa protección con engasados de la superficie del mosaico circundante para evitar cualquier tipo de daño o pérdidas de material original.

Terminada la limpieza comenzó la fase de reintegración de las lagunas. La técnica del batido a la veneciana es extremadamente difícil de imitar, ya que es necesario que los morteros y los fragmentos de piedra utilizados presenten un tono, textura y densidad muy parecidos al original. Las lagunas de menor tamaño pudieron ser reconstruidas mediante el empleo del «método directo», esto es, aplicando, sobre una base de mortero de cal, una a una las piezas de piedra recuperadas durante la eliminación de las reintegraciones antiguas, nivelándolas después con la ayuda de tacos de madera. Este método requiere de una gran precisión y experiencia, ya que deben reproducirse el nivel, densidad y distribución de los fragmentos de piedra de las áreas originales circundantes.

Los fragmentos de piedra en el mosaico veneciano son irregulares y de diferente tamaño, y presentan la cara superior pulimentada. Para tener éxito en la reintegración, se requería una gran cantidad de piezas de piedra de diferente tamaño, con una de sus caras pulimentadas.

Este sistema resultaba demasiado lento y de difícil nivelación para la resolución de las lagunas de mayor tamaño. Fueron necesari-

rios dos meses de ensayos para diseñar y perfeccionar un método que permitiera imitar de forma satisfactoria y eficaz las superficies perdidas del conjunto: el equipo de restauración consiguió obtener placas que reproducían los distintos tonos de las superficies a recuperar mediante la adecuada combinación de fragmentos de piedra incluidos en planchas de mortero de cal hidráulica y arena, armadas con un entramado metálico. Estas planchas podían pulimentarse y unirse, recortarse o fabricarse a medida de las superficies desaparecidas. Para realizarlas se instaló un taller en los sótanos del Palacio y se procedió al acopio de los mármoles adecuados para la obtención de los fragmentos de piedra necesarios.

La localización de los mármoles resultó muy complicada ya que, algunos de los empleados en la factura del mosaico (como el amarillo o el rojo), no estaban disponibles en los distribuidores y talleres de elaboración y aserrado de mármol de la Comunidad de Madrid y Castilla y León. Consultados especialistas en la materia informaron que el amarillo utilizado en el mosaico era Amarillo Mares, pero procedía de unas vetas ya agotadas, por lo que hubo que adaptarse al uso de Travertino Oro, cuya coloración oscilaba entre el amarillo y los tonos ámbar y marrón claro.

La localización de la piedra para la reproducción del color rojo resultó aún más problemática. En la factura del mosaico se había utilizado mármol «Rojo Alicante» extraído de una veta ligeramente anaranjada que contrasta, por su calidez, con los mármoles comercializados en la actualidad de tonalidad más azulada y fría. Una parte del equipo se desplazó a Novelda (Alicante), donde se encuentran las canteras de origen de esta piedra, para buscar mármol del mismo color que el del mosaico; desgraciadamente las vetas de este color se encuentran actualmente agotadas. A continuación, se consultó a la «Asociación Valenciana del Mármol de Alicante», que indicó qué distribuidores podrían ofrecer materiales similares, pero ninguno de ellos fue capaz de proporcionar el tono cálido adecuado para este mosaico. Después de esta infructuosa búsqueda, se recurrió al material de derribo, donde afortunadamente se encontraron placas de mármol de un tono similar entre restos procedentes de la demolición de antiguos edificios de Madrid.

La obtención del resto de colores fue mucho más sencilla: Para la imitación de los fondos blancos se combinaron fragmentos de placas pulimentadas de Blanco Macael; para el negro se emplearon fragmentos de Gris Deva, cuyas tonalidades variaban desde el gris medio hasta el gris oscuro; para el verde se trituraron piezas de Verde Indiano, de un color que resultó idéntico al original.

Una vez conseguido el material pétreo necesario, se fabricaron placas de reintegración de la anchura y longitud necesarias. Estas piezas se asentaban en su lugar correspondiente con mortero de cal hidráulica y se cerraba su perímetro mediante la inserción de teselas por el «método directo».

Una vez secas todas las intervenciones se entonaron los morteros de los espacios interteselares para que se integraran con el mosaico original. Por último, se aplicó una capa de protección final, para refrescar los tonos del mosaico y proteger la superficie del tapiz teselar del deterioro de los agentes ambientales.

La elección de la naturaleza de la capa de protección fue fruto de una pausada reflexión. Los sistemas de protección habituales para pavimentos modernos, como los barnices al poliuretano, fueron desechados por su irreversibilidad, su tendencia al amarilleo y por la dificultad de compatibilizarlos con los sistemas de mantenimiento y limpieza habituales en el edificio. Finalmente se decidió aplicar dos manos de cera microcristalina, tras comprobar que su aplicación era compatible con el encerado con materiales comerciales que se aplican como rutina de mantenimiento de la sala.

Estos estratos de cera microcristalina, además de refrescar los tonos del tapiz teselar, son capaces de reducir el acceso del agua procedente de posibles trabajos de limpieza de la sala o de la condensación en la red capilar de los materiales constitutivos del conjunto, a la vez que reducen el efecto abrasivo del pisoteo o el arrastre de muebles.

Una vez finalizado el trabajo, la empresa «Artelan Restauración, S.L.» realizó una memoria que recoge los datos aportados por los análisis, los mapas de patologías y toda la documentación gráfica

y fotográfica generada durante la intervención; también se detalla la naturaleza y el alcance de los tratamientos aplicados, además de incluir un plan de conservación preventiva del conjunto.

4. EL MOSAICO RESTAURADO

Finalmente, gracias a la decisión de la Mesa de la Cámara y a su política de preservar el patrimonio histórico-artístico siguiendo el espíritu que guió la construcción del Palacio, el magnífico Mosaico a la veneciana, que destaca en el Vestíbulo del Palacio del Congreso, ha vuelto a mostrar el esplendor de su construcción original, sin dejar de contar en sus pérdidas teselares (escudo cuartelado, leyendas) lo que ha sido el devenir de la historia en los últimos 160 años

La presentación del Mosaico restaurado se realizó en diciembre de 2009; así, en esos primeros días de diciembre, primero en las Jornadas de Puertas Abiertas y, después, en el día de la Constitución, ciudadanos e invitados pudieron contemplar el Mosaico a la Veneciana en todo su esplendor.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACD Serie Obras de Palacio, Legajo 22, núm. 6.

ACD Serie Gobierno Interior, Legajo 83, núm. 145.

ACD Serie Gobierno Interior, Legajo 99, núm. 28.

El Palacio del Congreso. Segunda Cátedra de Análisis de Formas Arquitectónicas de la ETS de Arquitectura de Madrid bajo la dirección de Helena Iglesias, Madrid, 1986.

El Palacio del Parlamento Español, Teodoro Gutiérrez, Madrid 1936.

Memoria Histórico-Descriptiva del nuevo Palacio del Congreso de los Diputados. Comisión de Gobierno Interior, Madrid, Aguado Impresor de Cámara de SM y de Su Real Casa, 1856.

Memoria final de la restauración del Mosaico a la veneciana del Congreso de los Diputados, Artelan Restauración, S.L., Madrid 2010

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
VI
Recensiones

MARTÍN BASSOLS COMA: *El Tribunal de garantías constitucionales de la II República*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, 708 pp.

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ(*)

La obra de Martín Bassols Coma publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales constituye un compendio exhaustivo del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. El libro se inicia con un completo estudio preliminar en el que se aborda de manera detallada la trayectoria de creación del Tribunal y su evolución conforme a los avatares históricos y políticos de la España republicana, analizando sus fortalezas y debilidades y las principales aportaciones doctrinales que legó a la historia constitucional de nuestro país. Dicho estudio, de por sí suficiente para recomendar la lectura de esta obra a aquellas personas interesadas en el Derecho Público y especialmente en el Derecho Constitucional, se completa con una rigurosa parte documental en el que partiendo del Libro de Registros y Actas del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República, el autor clasifica su jurisprudencia diferenciando en atención a las distintas competencias del órgano entre las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad, los recursos sobre conflictos entre el Estado y las regiones autónomas y éstas entre sí, los recursos en materia de responsabilidad criminal, los recursos de amparo ordinarios y otras decisiones jurisdiccionales. Además el libro recoge otros documentos y textos de relevancia sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República que permiten conocer al lector cómo se gestó, y por lo tanto desentrañar el espíritu del legislador, en la instauración de tan alto tribunal. Dichos textos son el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales elaborado por la Comisión Jurídica Asesora, y un extracto de las principales intervenciones en la discusión de

(*) Letrada de las Cortes Generales.

totalidad del proyecto de ley orgánica de su creación que tuvo lugar en la mayo de 1933. Con esta inclusión, el autor nos muestra que no desconoce, dada su dilatada experiencia en asuntos parlamentarios por su condición de Letrado de las Cortes, la importancia del debate parlamentario para conocer la motivación que subyace en la institución y reflejar las diferentes tomas de postura que produjo en la clase política española.

Dicha documentación se completa con la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933 y el Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley de 1936 de modificación de la citada Ley Orgánica.

Era preciso acometer un estudio de profundidad sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República y por eso se da la bienvenida a esta obra que rehabilita jurídicamente una institución que si bien no ha sido olvidada, como nos dice el autor, su recordatorio se limita en muchos casos a citas que se hacen como alusiones genéricas y etiquetadas a lo sumo como simples precedentes o modelos históricos, cuando lo cierto es que por primera vez en nuestra historia se dispuso de un legado o cuerpo doctrinal judicial de Derecho Constitucional con las dificultades que supone la creación ex novo de la misma y la actuación del Tribunal en un momento histórico extraordinariamente complejo

El análisis es un estudio crítico que afronta de lleno las debilidades o defectos de origen con las que nació la institución y que a modo de caballo de Troya contribuyeron a socavar el papel que estaba llamado a cumplir. Estos son principalmente el método de designación de sus miembros que favoreció la politización del mismo y la acumulación de funciones. Ello determinó una escasa contribución del Tribunal como factor de integración política porque sus decisiones fueron a menudo utilizadas como instrumentos de desestabilización del sistema político.

La instauración de una alta jurisdicción constitucional parte de la aparición en los artículos 100 a 102 del Anteproyecto de Constitución Republicana del recurso de inconstitucionalidad de las leyes. En los debates constituyentes se muestra claramente el recelo de los diferentes

grupos políticos para aceptar en sentido estricto la justicia constitucional, siendo objeto de viva polémica el modelo de justicia constitucional que debería ser adoptado. A través de diversas enmiendas y cuestiones incidentales se inclinó la situación hacia un sistema de control de la constitucionalidad de índole eminentemente político si bien con rasgos no exentos de originalidad que consistía principalmente en que si el Tribunal consideraba que una ley era contraria a la Constitución, lo denunciaría en un informe motivado al Presidente de la República el cual lo devolvería al Parlamento para que fuera revisado.

Bassols Coma siguiendo con su relato histórico jurídico detalla que siete meses después en la aprobación de la Constitución de 1931, la Subcomisión del Tribunal de Garantías Constitucionales, bajo la presidencia del maestro entre maestros don Nicolás Pérez- Serrano ultimó el texto del Anteproyecto, integrado por 115 artículos, con sus correspondientes Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales, precedido de una clarificadora y brillante Exposición de Motivos, redactada por el propio Pérez- Serrano y complementado con cuatro votos particulares.

A juicio del autor del estudio del Anteproyecto de Ley Orgánica se extraen como notas características las siguientes:

1. Una decidida opción por el modelo austríaco de justicia constitucional aunque con un voto particular de don Miguel Cuevas en el sentido de propiciar una serie de restricciones a su operatividad, al considerar que dicho modelo «cierra los ojos ante el alma jurídico- política que todo texto de derecho encierra».

2. Aseguramiento de la máxima independencia funcional y orgánica, poniendo especial énfasis en la independencia del Tribunal frente al Parlamento y el Gobierno. En este punto destaca el autor la viveza en ese tiempo de la polémica por la introducción de vocales de representación regional, dado que la única región autónoma constituida estatutariamente era Cataluña. La Comisión solventó la cuestión introduciendo una distinción entre regiones autónomas y no autónomas o históricas y diseñando un mapa regional de 16 regiones muy similar al actual de Comunidades autónomas, con diferente tipo de elección en función de que se tratase de una región con régimen autónomo o no.

3. Articulación abierta y progresiva del recurso de inconstitucionalidad, amparando la inconstitucionalidad tanto en criterios formales como materiales.

4. En cuanto al efecto de las sentencias se establecía una regulación timorata que consistía en que la norma anulada quedaba privada de efectos para el futuro y «prudencialmente, el Tribunal podría dar efecto retroactivo a la anulación, siempre que la ley llevase menos de un año de vigencia».

El proyecto de Ley redactado finalmente por el Gobierno respetaba el esquema propuesto por la Comisión Jurídica Asesora pero introdujo múltiples innovaciones para reducir las facultades y trascendencia del Tribunal. Quizás lo más relevante en este punto sea la eliminación del examen de las leyes aprobadas por referéndum, los Decretos-leyes y la legislación delegada en el recurso de inconstitucionalidad.

Tras el paso por el Congreso que detalla exhaustivamente el autor, el proyecto sufre importantes modificaciones que determina la opción por un sistema de defensa política de la Constitución Republicana que a juicio de Bassols Coma hacen que el Tribunal nazca herido de muerte.

La institución sufre respecto a su configuración inicial un cambio radical configurándose propiamente un sistema mixto. Así, del primitivo modelo austríaco sólo permanece la existencia del órgano especializado, mientras que en el procedimiento y legitimación se introducen elementos del modelo norteamericano.

En el estudio acometido por el autor no se obvia el trasunto de los primeros nombramientos que se redacta de una manera fiel y documentada que concluyen con el nombramiento como primer presidente del mismo de Don Álvaro Albornoz y primer secretario Don Juan Serrano Pacheco. Asimismo se recoge la polémica respecto a la elección de los vocales regionales, la politización que se produjo en el ámbito de los vocales provenientes de los Colegios de Abogados y el desinterés y atonía con el que se enfrentó esa misma elección entre los profesores de las facultades de Derecho a pesar de los intentos de motivación de Pérez Serrano para embarcar a compañeros del oficio de cátedra.

Aborda Bassols Coma dentro del estudio preliminar la trayectoria jurisprudencial del Tribunal en función de las diferentes etapas históricas fruto de los avatares políticos.

En una primera etapa correspondiente con el binomio 1934-1935, el llamado binomio negro o radical-cedista, la actividad del alto Tribunal es intensísima.

Destacan de este período dos importantes sentencias del Tribunal, ambas se recogen de manera íntegra en la parte segunda de la obra en la recopilación de jurisprudencia y resultan de obligado conocimiento para un estudioso de nuestra historia constitucional. La primera de ellas es la Sentencia de 8 de junio de 1934 sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de Contratos de Cultivo de Cataluña, fruto de la reforma agraria acometida en esa Comunidad y la crisis consiguiente de 1934.

Pero a los cuatro meses de haberse dictado la citada sentencia con todo el revuelo y crisis política que había originado la sentencia y cuando la ejecución todavía no había concluido, el Tribunal se ve implicado en el terreno político a raíz de los sucesos de octubre de 1934 con la proclamación de Companys del Estado Catalán dentro de la República federal española, que fuerza su intervención en el procedimiento penal seguido a instancia del Gobierno de la República contra el ex Presidente y Consejeros de la Generalitat. El proceso culmina con la importante sentencia de 5 de junio de 1935 que analiza detenidamente el autor dentro de las principales aportaciones doctrinales del Tribunal. Consecuencia de esos sucesos de octubre se produjo igualmente la declaración de suspensión sine die de las facultades del Presidente de la Generalitat y de su Consejo ejecutivo mediante la Ley de 2 de Enero de 1934 que fue recurrida a través del recurso de cuestión de competencia legislativa interpuesto por el Sr. Martínez Domingo, Vicepresidente Segundo del Parlamento Catalán y que culmina en la sentencia de 5 de marzo de 1936 que constituye una decisión judicial sólida y fundamentada en defensa del llamado Estado integral y el equilibrio del sistema de relaciones entre Estado y Regiones.

En ese mismo período se produce un cambio en la presidencia del Tribunal que pasa a ostentar Gasset Lacasaña.

La actuación del Tribunal de Garantías Constitucionales en el bienio negro llegó a suscitar tales polémicas y apasionamiento que su reforma pasó a convertirse en un tema prioritario con ocasión de las elecciones de 1936 que instauran una nueva etapa para el alto órgano constitucional. Las reformas giraron en torno a modificaciones en el procedimiento de elección de vocales representantes de las regiones autónomas, la ampliación de las causas de inelegibilidad y la atribución de nuevas competencias al Tribunal con ocasión de los nuevos procesos estatutarios regionales.

Tras el estallido de la Guerra Civil, el Tribunal se ve profundamente condicionado por los acontecimientos bélicos, perdiendo con la nueva composición su autonomía institucional e imposibilitándose una continuidad en el ejercicio de sus funciones puesto que como relata el autor, las Cortes en sus esporádicas reuniones se limitaban a ratificar disposiciones del Gobierno.

El avance de las tropas obligó igualmente a sucesivos traslados del órgano de su sede de Madrid a Valencia primero y después a Barcelona. Ya en Barcelona, el Pleno del Tribunal acordaría el 23 de enero de 1939 el traslado del mismo a Girona pero tres días después las tropas del General Franco entraban en Barcelona.

Inicialmente no existe por parte del llamado Nuevo Estado una declaración formal e institucional de extinción del Tribunal de Garantías Constitucionales cuya acta de defunción se encuentra en un Decreto de 4 de mayo de 1937, en el que de forma indirecta, se proclamó extinguidos a partir del 18 de julio de 1936 el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Congreso de los Diputados.

Bassols Coma resume para el lector interesado las principales aportaciones doctrinales del Tribunal que se concretan en los siguientes puntos.

1. La definición y afirmación de la forma de Estado Integral con la exclusión como ratio decidendi del federalismo como forma de Estado de la República, estimándose por tanto delito su transformación de República Integral en Federativa. Dicho acuerdo comprendido en la sentencia de 5 de marzo de 1936 posee votos particulares

con interesante discrepancia doctrinal en relación a la interpretación del artículo 13 de la Constitución de 1931.

2. Fijación y alcance de la autonomía regional y la nota de estabilidad que le acompaña.

3. Principio de primacía del derecho estatal sobre el regional. En los conflictos de competencia y recursos de inconstitucionalidad contra leyes regionales de los que tuvo que conocer el Tribunal, apeló frecuentemente a cláusulas constitucionales consagradas en los artículos 18 y 21 del texto republicano que reconocían los poderes implícitos del Estado y la supremacía del derecho estatal sobre el regional, siendo el ejemplo paradigmático la sentencia de 8 de junio de 1934, a la que ya nos hemos referido, en relación con la Ley del Parlamento Catalán de 11 de abril de 1934 sobre Regulación de los Contratos de Cultivo.

4. Interpretación del modelo de constitución económica a caballo entre el orden económico liberal y el modelo intervencionista.

5. Interpretación restrictiva de la fiscalización de actos y procedimientos parlamentarios.

6. Instauración de una tutela constitucional para las libertades públicas a través de la instrumentalización del recurso de amparo.

7. Fijación de precedentes y creación de una doctrina procesal. No obstante esto se produjo a modo de tentativa pues el acatamiento a sus decisiones por parte de los restantes órganos constitucionales y por las fuerzas políticas fue sin duda su gran debilidad.

En esta semblanza que el autor realiza del extinguido órgano, se muestra como que pese a su breve historia se convertiría pronto en un símbolo que contribuiría a la difusión progresiva en la implantación del modelo europeo de Justicia Constitucional en América Latina con ejemplos como el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba cuyo mandato comprendió desde 1940 a 1952 o el breve Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador que estuvo vigente en el binomio 1945-1946, aunque su influencia se hizo sentir en las regulaciones de órganos homólogos en Chile, Guatemala o Perú.

Por último, nos resta agradecer al autor este crítico y exhaustivo ejercicio de memoria histórica y rehabilitación jurídica de una institución clave por cuanto es el precedente de nuestro actual Tribunal

Constitucional y por ser un intento riguroso de introducir la justicia constitucional en nuestro país aunque dificultado por el convulso período histórico en el que se gestó.

VILLAVERDE RICO, María José, y C. LAURSEN, John (eds.),
Forjadores de la tolerancia, Tecnos, Madrid, 2011, 321 pp.

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO (*)

Debemos advertir al lector de que el libro que comentamos en estas páginas no es una historia más de la idea de tolerancia desde sus orígenes modernos en las guerras de religión hasta llegar al debate actual sobre lo que debe o no ser tolerado, pasando por los clásicos de la materia como P. Bayle, John Locke, Voltaire o John Stuart Mill. Esta obra es mucho más novedosa, original y por lo mismo sugerente. Porque de lo que se trata —como señalan sus editores, los profesores M. José Villaverde y J. C. Laursen— es de destacar las incoherencias, contradicciones, limitaciones o «puntos ciegos» que se encuentran en muchos de los autores que estamos acostumbrados a identificar con la defensa de la tolerancia, incluso de la libertad (que es algo más y diferente de aquélla).

Aclaremos también que el objeto del libro es básicamente la tolerancia religiosa porque en los siglos xvii y xviii todavía es la religión la que proporciona el conjunto de normas éticas en Estados aún confesionales aunque, como es sabido, la tolerancia religiosa abrió el camino al reconocimiento de la libertad y los derechos individuales. En ese sentido, la idea de tolerancia va unidad a la identidad liberal. Pero, como decíamos, de lo que se trata es de comprender por qué los autores que defendieron estas ideas no pudieron franquear ciertos límites; por qué no supieron o quisieron llevar la idea de tolerancia hasta sus últimas consecuencias. Para intentar esclarecer el asunto, se revisan en este libro esos «puntos ciegos» de las doctrinas de autores de la talla de Bayle, Spinoza, Locke, Voltaire, Montesquieu o Rousseau. Y no se trata de una mera curiosidad intelectual, sino que —como afirma Laursen— comprender por qué estos autores no su-

(*) Profesora de la Universidad Rey Juan Carlos

peraron esas barreras puede ayudarnos a nosotros, que convivimos en nuestras sociedades con gentes diversas, a dilucidar si caemos también en esas limitaciones y contradicciones, y por qué.

Sabemos que en más de una ocasión se ha tratado de justificar las incoherencias de los autores que defendían la tolerancia sugiriendo que, en el fondo, no querían decir lo que decían o que lo hacían por motivos tácticos o estratégicos o se alega que no cabe esperar otra cosa dada la influencia del contexto social e histórico. Pero ninguno de estos argumentos parece convencer a los diferentes autores de este libro, todos ellos reconocidos especialistas en la materia. Precisamente, el que se trate de autores que conocen profundamente aquello sobre lo que escriben explica que queden desmentidos ciertos tópicos historiográficos como el de que la idea de tolerancia tiene su origen exclusivamente en las doctrinas de los disidentes protestantes (sirva de ejemplo el capítulo dedicado a Thomasius y a J. Locke en el que se describe cómo el primero justifica la tolerancia en relación a los católicos y ateos), o el de que la sociedad de los Países Bajos del siglo xvii era sumamente abierta y liberal (olvidando a menudo que se trataba de un Estado confesional en el que la Iglesia dominaba la vida política, social y moral y en el que seguía habiendo persecución, represión y censura por motivos religiosos, pues el concepto de libertad de conciencia era todavía muy ambiguo; aunque es cierto que la República, por comparación con la política religiosa de otros Estados europeos, pasaba en la época por una sociedad tolerante).

Asimismo, se recuperan ideas interesantes de ciertos autores a los que tradicionalmente no se les ha prestado tanta atención en lo que al tema de la tolerancia se refiere. Pensemos, por ejemplo, en las ideas de los *antiphilosophes* franceses de los que habla J. Israel en uno de los más interesantes capítulos del libro. Pero también resulta instructivo indagar sobre el concepto de tolerancia, su significado, características y límites en la obra de Kant, Leibniz o Hume.

En el caso del filósofo de Königsberg, la tolerancia se entiende fundamentalmente como respeto; respeto recíproco. La defensa kantiana de la tolerancia no puede separarse —como muy bien señala J. Abellán— del resto de su filosofía moral basada en la razón y la autonomía (la razón del hombre se da a sí misma la ley para sus ac-

ciones). Por ello, sólo es moral la acción que respete al otro como un fin en sí mismo, lo que es mucho más que «soportar» al otro como un mal menor. En este sentido, la influencia de Kant es patente en la obra de J. Rawls quien también ha tratado el tema de la tolerancia en su *Liberalismo Político* dada su inquietud por los retos que supone para la democracia liberal la cada vez mayor diversidad cultural de las sociedades contemporáneas.

Concha Roldán recuerda también la actualidad del pensamiento de Leibniz. Al filósofo alemán no le bastaba la tolerancia como mera coexistencia al estilo de un Bayle o un Locke; para él, la tolerancia es una actitud; se trata de comprender y de ponerse en el lugar del otro, de «llevar con amor el disenso». Y como su objetivo final era reconciliar a las iglesias, su tolerancia tiene una función metodológica que enlaza con su concepción de la racionalidad del hombre y con su capacidad para, a través del diálogo, acercarse gradualmente a la verdad y a la conciliación; a la justicia y la armonía universal, puesto que en cada interpretación hay una parte de la verdad.

Sin embargo, la argumentación de D. Hume en defensa de la tolerancia es más pragmática, como no podía ser de otro modo. Por un lado, no tenemos certezas absolutas sobre lo que es o no verdadero y, por otro, la intolerancia tiene consecuencias económicas sumamente perniciosas. Pero además, la tolerancia es útil porque rebaja el fanatismo y, en el fondo, de eso se trata: de debilitar y hacer inofensivas las creencias religiosas; por eso —como explica G. López Sastre— lo mejor es que la Iglesia esté sometida al Estado.

Muchos ilustrados del siglo XVIII compartían las ideas de Hume. La tolerancia era uno de sus dogmas favoritos, aunque una tolerancia total era impracticable e inaceptable en una sociedad que, como la francesa, no estaba aún secularizada. Pero no sólo los *philosophes* la defendieron con tesón; hubo un grupo de autores, mucho menos conocidos, los llamados *antiphilosophes*, que también lo hicieron. El profesor británico J. Israel recupera una bibliografía que se ha pasado por alto; un gran corpus de escritos de clérigos y laicos, católicos y protestantes, de fines del XVIII. Se trata de escritos de Bergier, Nonnothe o Mme de Genlis en los que curiosamente y con bastante razón

a veces, se acusa de intolerantes a Voltaire y otros ilustrados amigos de la tolerancia. De lo que se trata es de demostrar que los *antiphilosophes* no eran unos reaccionarios que rechazaran la tolerancia. Muchos de ellos eran incluso anglófilos y deseaban armonizar la razón con la religión, basar sus argumentos en la ciencia y la filosofía de Newton o Locke. Lo que reivindicaban era una tolerancia limitada y cristiana porque temían que la tolerancia universal (*tolerantismo*) llevaría a la extinción del cristianismo. Pero eran moderados y rechazaban el fanatismo de todas clases, también el filosófico, porque creían que los ilustrados no eran inmunes a la hipocresía. Sus argumentos ayudaron a sacar a la luz las contradicciones e incoherencias de los supuestos paladines de la tolerancia.

Esto es algo a lo que también contribuye M. José Villaverde en su capítulo dedicado a Rousseau. La tesis de esta gran conocedora de la obra del ginebrino es que éste se muestra sumamente intolerante en relación a varias cuestiones como son las que atañen, entre otras, a la idea de patria y nación (en este sentido habla la autora de «fanatismo patriótico»). Aunque es sabido que el pensamiento de Rousseau es contradictorio y complejo, no deja de llamar la atención que el autor de la *Confesión del vicario saboyano*, en la que apuesta por una religión tolerante y racional basada en la libertad de conciencia, acabe mostrándose tan intolerante cuando, por ejemplo, defiende la imposición de un *catecismo del ciudadano* y aconseja castigar a los ateos en *Del Contrato Social*. Menos conocidas son las acusaciones del cura católico Bergier que percibió claramente el fanatismo, la intolerancia e incluso la misoginia (las mujeres no necesitan libertad religiosa) que escondían las palabras de Jean Jacques.

De todos modos es cierto que ninguno de los autores clásicos de la tolerancia la ha defendido sin límite alguno. El propio Locke, que defendió la libertad religiosa como un derecho natural, no sólo dejaba fuera de la tolerancia a los papistas (católicos) y ateos, sino a todas aquellas iglesias que, desde su punto de vista, no fueran razonables. Es decir, se muestra partidario de negar los derechos políticos a los miembros de las iglesias «equivocadas»: aquellas corporaciones que no permiten la búsqueda racional y libre de una verdad salvadora o que imponen autoritariamente una doctrina (por supuesto, los católicos). Al contrario de lo que pudiera parecer por su defensa de una

moral natural, racional e innata que haría posible incluso la existencia de una República de ateos, tampoco Pierre Bayle está dispuesto a tolerar a todos sin distinción y llega a justificar la represión en aras de la paz social y la estabilidad política. Pero también Spinoza, considerado uno de los mayores defensores de la tolerancia, pone sus límites respecto a los ateos, como queda de manifiesto en su propuesta de un credo mínimo de siete dogmas (en el *Tratado Teológico Político*) que todos deben aceptar, puesto que uno de ellos es precisamente la existencia de un único dios. Pero es verdad que el lenguaje de Spinoza es a menudo opaco y poco transparente. Villaverde cree que esta falta de claridad tiene que ver en gran medida con un factor relevante pero que, sin embargo, ha sido soslayado muy a menudo por sus biógrafos. Se trata de su relación con un círculo heterogéneo de gente unida por el cultivo e interés por la alquimia; una especie de «república del conocimiento» cuyo nexo de unión sería el saber científico para cuyo cultivo y desarrollo es fundamental la libertad de pensamiento. Pero como se explica en el capítulo dedicado a la utopía de Denis Veiras, *Historia de los sevarambianos* (1675), la búsqueda del progreso científico no va siempre acompañada de la tolerancia; los ingenieros y los tecnócratas no son siempre tolerantes, y como en tantos otros escritos utópicos, casi nada escapa a la reglamentación y la uniformidad; ni siquiera la vida privada.

Tampoco el siempre tan moderado Montesquieu —cuyos textos dispersos sobre las consecuencias de la intolerancia pudieran haber sido material para una historia de la tolerancia— está dispuesto a admitir a los paganos o a permitir la entrada de una nueva religión en un Estado donde ya existen otras religiones asentadas desde hace tiempo, puesto que podría producirse un problema de compatibilidad recíproca entre las religiones que perturbara los cimientos del Estado. Y Voltaire, conocido por su combate contra la superstición y el fanatismo, partidario de una religión natural y razonable, no está dispuesto a tolerar a los judíos como tampoco cree que sea posible una sociedad de ateos.

Probablemente, el concepto liberal de la tolerancia que defendió J. S. Mill en *On Liberty* sea la que más se acerque a una visión moderna y actual en la que se ha pasado de considerar la tolerancia como una concesión paternalista a interpretarla como un derecho

basado en la autonomía y la libertad individual; como una consecuencia lógica de entender como absoluta la independencia del individuo adulto. En buena teoría utilitarista, la tolerancia contribuye a hacernos más felices y mejores.

En fin, es evidente que en el transcurso de los siglos ha ido cambiando el significado del término; de la connotación negativa del mismo, en el sentido de tener que soportar algo que nos disgusta profundamente («todo el que tolera, ofende»), a la virtud positiva del respeto. Como señala G. López Sastre, la influencia del Romanticismo explica en gran medida esta última reclamación; no basta con ser tolerado, sino reconocido y respetado. En el fondo, de lo que se trata es de si se contempla la diversidad como algo positivo en sí mismo, enriquecedor para el individuo y la sociedad, o como ruptura de la unidad social y por ello, fuente de conflictos. Si la diferencia se vive con una sensación de miedo y de disgusto, pero a la vez con el convencimiento de que es inevitable, la tolerancia se convierte en resignación y se valorará simplemente porque constituye un mal menor. Aquellos que tengan una visión negativa de la diferencia, aunque ya no traten de erradicarla por considerarlo imposible, injustificable o imprudente, asumen que la tolerancia es el único medio para acomodar y controlar el conflicto. La consideran un medio útil para evitar males mayores y se conforman con que promueva un *modus vivendi*. Por el contrario, los que valoran positivamente las diferencias, critican esta idea de tolerancia que consideran pragmática y prosaica. Como escribe M. J. Villaverde, ésta es precisamente la actitud de los que hoy en día defienden la protección de las diferentes culturas (desde el comunitarismo, el multiculturalismo, el nacionalismo o el republicanismo). Estos no están dispuestos a conformarse con la igualdad ante la ley o la supuesta neutralidad del Estado liberal, sino que exigen una ciudadanía diferenciada, discriminación positiva y compensaciones por los agravios cometidos en el pasado por la cultura dominante. Algunos, incluso niegan el valor universal de los derechos humanos, condenan a Occidente por su etnocentrismo y denuncian su «imperialismo cultural».

Quizás el ejemplo de la actitud de los ingleses en la India británica respecto a la práctica de la inmolación de las viudas en la pira funeraria de sus maridos (*Sati*) resulte ilustrativa. Como recuerdan

los autores que se ocupan de este tema en el capítulo XIII, hubo un debate colonial en el que los partidarios de no prohibir esta práctica, además de por consideraciones pragmáticas, justificaban esta tolerancia argumentando que el *Sati* estaba contemplado en las leyes religiosas y en los textos sagrados hindúes; es decir, que se trataba de un mandato divino de su religión que por ello debía tolerarse. No obstante, las justificaciones morales fueron perdiendo peso y, al final, ante la cuestión de si se debe apoyar una tolerancia total, la inmolación de las viudas se convirtió en un crimen bajo la ley penal británica. Pero había sido tolerada durante mucho tiempo porque la tolerancia religiosa se contemplaba como una obligación moral, y lo que les interesa a los autores de este texto es precisamente el surgimiento de esa concepción normativa de la tolerancia; averiguar cómo, cuándo y por qué se convierte la tolerancia en un deber moral. Probablemente ello tenga que ver con el hecho de que la tolerancia europea (modelo liberal-democrático) dependía (y depende hoy todavía) de presupuestos teológicos; no en vano, el liberalismo se ha desarrollado dentro de un marco teológico emergiendo de la dialéctica interna del cristianismo reformado, aunque luego se haya producido un proceso de secularización. En definitiva, acabó prevaleciendo la idea, cara a la teología protestante, de que es el mismo Dios quien quiere la libertad. La tolerancia es la voluntad de dios, un mandato divino.

Lo que ocurre, es que en el mundo en el que nos ha tocado vivir, impera como uno más de los dogmas de lo políticamente correcto, la aceptación de todas las culturas y el relativismo cultural. Ya no es suficiente la tolerancia (la tolerancia implica paternalismo y ofensa), con lo que la teoría política se ha visto obligada a ocuparse del asunto. Los teóricos políticos contemporáneos se encuentran con la necesidad de dar respuesta a un problema que antes no se había suscitado de esta manera ni en estos términos. Y, aunque de acuerdo con W. Kymlicka, los liberales de hoy no se han ocupado mucho del tema, lo han evitado o no han mostrado mucho interés, la teoría liberal contemporánea, no ha podido, a la postre, evitar la cuestión (*). Y, puesto que las sociedades en las que este debate se está suscitando

(*) Kymlicka cree que el liberalismo del siglo XIX no era tan hostil al reconocimiento de las peculiaridades, por ejemplo, nacionales, y que los liberales del XVIII y del XIX sí se

son precisamente las sociedades democráticas desarrolladas que se fundamentan en los principios liberales característicos de la civilización occidental, es sobre todo a la doctrina política liberal entendida en el sentido más amplio del término, a la que le corresponde dar respuestas.

De ahí que, ante este nuevo desafío, los editores planteen muy oportunamente la necesidad de recuperar una idea de tolerancia que respete el pluralismo pero que no tenga que asumir que absolutamente todo es digno de respeto; la tolerancia no debe ser una forma de mirar para otro lado y dejar pasar cosas que no deberíamos consentir.

ocuparon del problema (por ejemplo Humboldt, Mill o Lord Acton). W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 77.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS (Nueva Época)

Director: PEDRO DE VEGA GARCÍA
Secretario: JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA
Sumario del núm. 155 (enero-marzo de 2012)

ARTÍCULOS

- RAFAEL CEJUDO CÓRDOBA: *The Spanish Question: la doctrina de J. S. Mill sobre la intervención en conflictos armados en el exterior.*
- ENRIQUE BELDA PÉREZ-PEDRERO: *23 de febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de Transición.*
- J. IGNACIO CRIADO y ROBERTO GARCÍA ALONSO: *¿Democracia 2.0? Un análisis del potencial deliberativo de la blogosfera política.*
- JOSEP M.^a RENIU y ADRIÁN ALBALA: *Los gobiernos de coalición y su incidencia sobre los presidencialismos latinoamericanos: El caso del Cono Sur.*
- ZIRA.BOX VARELA: *El cuerpo de la nación. Arquitectura, urbanismo y capitalidad en el primer franquismo.*

NOTAS

- JOSÉ MARÍA ROSALES: *La retórica de la democracia y el liberalismo político en los escritos de John Dewey.*
- LUIS AURELIO GONZÁLEZ PRIETO: *El debate sobre la Constitución en el primer franquismo (1939-45).*
- JUAN FÉLIX BUROTTO PINTO y FRANCISCO GANGA: *Reflexiones epistemológicas acerca de la izquierda lacaniana. En torno a un texto de Yannis Stavrakakis.*

RECENSIONES

- ÓSCAR ALZAGA: *Del consejo constituyente al conflicto permanente*, por Andrés de Blas.
- JOHN ERIK FOSSUM y AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ: *En busca de una teoría constitucional para la UE: The Constitution's Gift*, por Pablo José Castillo Ortiz.
- GRUPO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS: *¿Qué piensan los «neocon» españoles? Veinte años de análisis estratégico*, por Juan Pablo Serra .
- KONRAD HESSE: *Escritos de Derecho Constitucional, edición de Pedro Cruz y Miguel Azpitarte Sánchez*, por Ignacio Torres Muro.
- KARI PALONEN, TUIJA PULKKINEN y JOSÉ MARÍA ROSALES (eds.): *Ashgate Research Companion to the Politics of Democratization in Europe: Concepts and Histories*, por Manuel Toscano Méndez.
- M.^a JOSÉ VILLAVARDE RICO y JOHN CHRISTIAN LAURSEN (eds.): *Forjadores de la tolerancia*, por Roberto R. Aramayo

PRECIOS AÑO 2012

SUSCRIPCIONES

EN PAPEL	ELECTRÓNICA	EN PAPEL Y ELECTRÓNICA	PRECIO UNIDAD EN PAPEL	PRECIO UNIDAD ELECTRÓNICA
53,00 €	43,00 €	75,00 €	15,00 €	15,00 €

Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)
Tels. (34) 91 422 89 72 y 91 422 89 73. Fax: (34) 91 422 89 70
E-mail: suscripciones@cepc.es
Contabilidad y Pagos: Tels. (34) 91 422 89 40 y 91 422 89 44
www.cepc.es

HISTORIA Y POLÍTICA

Director: JOSÉ ÁLVAREZ JUNCO
Secretario: DIEGO PALACIOS CEREZALES

Sumario del número 27 (enero-junio de 2012)

PENSAMIENTO POLÍTICO FALANGISTA EN LOS AÑOS 40 y 50

ZIRA BOX: *Presentación. Más que un programa, un modo de ser.*

ISMAEL SAZ: *Franco, ¿caudillo fascista? Sobre las sucesivas y contradictorias concepciones falangistas del caudillaje franquista.*

NICOLÁS SESMA LANDRIN: *«La dialéctica de los puños y de las pistolas»: una aproximación a la formación de la idea de Estado en el fascismo español (1931-1945).*

MIGUEL MARTORELL LINARES: *La razón en las palabras de José Antonio. Pensamiento y acción política de los jóvenes economistas de Falange en los años 50.*

TONI MORANT I ARIÑO: *«Para influir en la vida del Estado futuro»: discurso —y práctica— falangista sobre el papel de la mujer y la feminidad, 1933-1945.*

ZIRA BOX: *La mirada sobre Madrid: anticasticismo y castellanismo en el discurso falangista radical de la inmediata posguerra.*

ESTUDIOS

JESÚS ASTIGARRAGA: *La finalidad política de las traducciones económicas. George Grenville en la Ilustración española.*

MARÍA SIERRA: *Política, romanticismo y masculinidad: Tassara (1817-1875).*

JUAN AVILÉS FARRÉ: *Terrorismo anarquista y terrorismo yihadí: un análisis comparativo.*

TOMÁS MARTÍNEZ VARA y JOSÉ LUIS RAMOS GOROSTIZA: *El matizado anti-industrialismo del catolicismo social español, 1880-1936.*

ÁNGELES GONZÁLEZ FERNÁNDEZ: *Los empresarios y la huelga entre la estabilización y la democracia, 1958-1978.*

RECENSIONES

PRECIOS AÑO 2011

SUSCRIPCIONES

EN PAPEL	ELECTRÓNICA	EN PAPEL Y ELECTRÓNICA	PRECIO UNIDAD EN PAPEL	PRECIO UNIDAD ELECTRÓNICA
25,00 €	20,00 €	35,00 €	15,00 €	13,00 €

Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)
Tel. (34) 91 422 89 72 y 91 422 89 73. Fax: (34) 91 422 89 70
E-mail: suscripciones@cepc.es
Contabilidad y Pagos: Tel. (34) 91 422 89 40 y 91 422 89 44
www.cepc.es

TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL

1.º semestre de 2012

Director: ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL
Subdirector: FERNANDO REVIRIEGO
Secretarios: JORGE ALGUACIL y MARÍA SALVADOR

Sumario del núm. 28

ENCUESTA: *Sobre la reforma de la Constitución*

Encuestados: MANUEL CONTRERAS CASADO; ELOY GARCÍA LÓPEZ; JUAN CARLOS GAVARA DE CARA; ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN; ANTONIO LÓPEZ PINA.

PAUL KIRCHHOF: *La constitucionalización de la deuda soberana. Diálogo con Antonio López Pina.*

ESTUDIOS

STÉPHANE PIERRÉ-CAPS: *La reforma constitucional francesa de 2008 o el cambio en la continuidad.*

MANUEL MEDINA GUERRERO: *La reforma del artículo 135 de la Constitución.*

PIEDAD GARCÍA ESCUDERO: *La inadmisión de enmiendas a la reforma del artículo 135 de la Constitución.*

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR: *De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «exprés».*

JUAN JOSÉ RUÍZ RUÍZ y ÁNGEL SÁNCHEZ NAVARRO: *El debate sobre la consagración constitucional de la estabilidad presupuestaria en Francia.*

MARÍA JOSEFA RIDAURA: *La reforma del artículo 135 de la Constitución. ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?*

ENRIQUE BELDA PÉREZ-PEDRERO: *Los límites a la reforma constitucional.*

EVA CORDERO GONZÁLEZ: *La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder.*

NOTAS

HASSO HOFFMANN: *Reformas de la Ley Fundamental. Experiencias de medio siglo.*

GIUSEPPE DE VERGOTTINI: *La Constitución económica italiana. Pasado y actualidad.*

JAROSLAV SULKOWSKI y ANA LABNO: *Protección del equilibrio presupuestario en la Constitución de Polonia.*

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO: *Elogio a la concordia y llamada a la reforma de nuestra Constitución.*

MANUEL GARCÍA ÁLVAREZ y RUBÉN GARCÍA LÓPEZ: *Apuntes sobre una reforma de la configuración constitucional del Defensor del Pueblo: un paso más hacia la justicia social.*

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ: *La «sustancialidad» del procedimiento para la reforma constitucional.*

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ: *Algunas notas críticas sobre la reforma del art. 135 CE.*

SUSANA GARCÍA COUSO: *Cómo superar la lógica del estado de partidos en el Tribunal Constitucional: la reforma del artículo 159 CE.*

REPERTORIO BIBLIOGRÁFICO

LUIS GORDILLO PÉREZ: *La reforma constitucional.*

DRG