

Estudios de Deusto

Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú

Vol. 51/1 Enero-Junio 2003

Sumario

Una nota sobre el artículo 106.2 de la Constitución: el «caso *Prestige*» y algunas reflexiones sobre la eventual responsabilidad de la Administración española
Ricardo de Angel Yágüez

La Planificación Económica en la Constitución Española: la transformación de un instrumento inédito en inadecuado título competencial
María Burzaco Samper

Notas sobre la personalidad y el pensamiento de D. Pablo Lucas Verdú
Javier Caño

Notas para un breve ensayo sobre «Constitución e interpretación constitucional»
José Luis Cascajo Castro

Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español
Adrián Celaya Ibarra

Crítica y condena del Imperio Romano en los oráculos sibilinos
Juan Churruga Arellano

Partidos políticos y Derecho fundamental de asociación. Anotaciones críticas a la STC 48/2003, de 12 de marzo
Josu Iñaki Erkoreka Gervasio

Los orígenes del municipio constitucional
José Antonio Escudero

A comparative discussion of indigenous rights under constitutional law
Aitor Esteban

La difusión del Liberalismo en el País Vasco: de la *Carta Pastoral* de Luis de Borbón (1820) a *El Liberalismo es pecado* (1887)
César Gallastegui Aranzabal

El pacto con la Corona ¿ocasión perdida u opción abierta?
Miguel Herrero de Miñón

Hacia un nuevo Demos mundial
Gurutz Jáuregui

El pactismo como elemento fundamental de la foralidad
Santiago Larrazábal Basáñez

La inactividad del legislador autonómico
Enrique L. Murillo de la Cueva

Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa
Pablo L. Murillo de la Cueva

El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos
Agustín Luna Serrano

Don Miguel de Unamuno, un disidente ante las Cortes Constituyentes de la Segunda República
Alfonso Carlos Saiz Valdivielso

Perspectivas constitucionales del Derecho Social Colectivo
Manuel María Zorrilla Ruiz

Universidad de Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

*Homenaje al Profesor
Don Pablo Lucas Verdú*

**Segunda época. Vol. 51/1
Desde su fundación vol. 70
(Fasc. 110)
Enero-Junio 2003**

Bilbao
Universidad de Deusto
2003

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

María Álvarez
Jorge Caramés
Francisco Garmendia
José María Merino
Jaime Oráa
Demetrio Velasco

Administración:

Secretaría Técnica
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de suscripción:

Europa	26 euros
Otros países	50 \$
Número suelto	14,50 euros

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

Índice

Introducción	9
Una nota sobre el artículo 106.2 de la Constitución: el «caso <i>Prestige</i> » y algunas reflexiones sobre la eventual responsabilidad de la Administración española <i>Ricardo de Angel Yágüez</i>	11
La Planificación Económica en la Constitución Española: la transformación de un instrumento inédito en inadecuado título competencial <i>María Burzaco Samper</i>	41
Notas sobre la personalidad y el pensamiento de D. Pablo Lucas Verdú <i>Javier Caño</i>	71
Notas para un breve ensayo sobre «Constitución e interpretación constitucional» <i>José Luis Cascajo Castro</i>	81
Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español <i>Adrián Celaya Ibarra</i>	93
Crítica y condena del Imperio Romano en los oráculos sibilinos <i>Juan Churruga Arellano</i>	111
Partidos políticos y Derecho fundamental de asociación. Anotaciones críticas a la STC 48/2003, de 12 de marzo <i>Josu Iñaki Erkoreka Gervasio</i>	129
Los orígenes del municipio constitucional <i>José Antonio Escudero</i>	155
A comparative discussion of indigenous rights under constitutional law <i>Aitor Esteban</i>	169

La difusión del Liberalismo en el País Vasco: de la <i>Carta Pastoral</i> de Luis de Borbón (1820) a <i>El Liberalismo es pecado</i> (1887) <i>César Gallastegui Aranzabal</i>	191
El pacto con la Corona ¿ocasión perdida u opción abierta? <i>Miguel Herrero de Miñón</i>	211
Hacia un nuevo Demos mundial <i>Gurutz Jáuregui</i>	227
El pactismo como elemento fundamental de la foralidad <i>Santiago Larrazábal Basáñez</i>	241
La inactividad del legislador autonómico <i>Enrique Lucas Murillo de la Cueva</i>	259
Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa <i>Pablo Lucas Murillo de la Cueva</i>	283
El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos <i>Agustín Luna Serrano</i>	307
Don Miguel de Unamuno, un disidente ante las Cortes Constituyentes de la Segunda República <i>Alfonso Carlos Saiz Valdivielso</i>	317
Perspectivas constitucionales del Derecho Social Colectivo <i>Manuel María Zorrilla Ruiz</i>	339

Introducción

La Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, retomando la tradición académica de los homenajes a Profesores destacados por su magisterio e investigación, acordó el pasado curso ofrecer un homenaje en honor de D. Pablo Lucas Verdú, Catedrático de esta Universidad en el período 1964-1977, y actualmente Presidente del Tribunal de Licenciatura de Derecho.

Puede parecer una iniciativa tardía, puesto que D. Pablo dejó de pertenecer al Claustro de la Facultad hace veinticinco años. No obstante, es oportuno y actual, porque D. Pablo sigue «en activo» en Deusto, tanto por los lazos nunca interrumpidos con esta Universidad, como por su, ya tradicional, presencia anual en las pruebas de Licenciatura.

En alguna de las colaboraciones que se recogen en esta Revista, se califica a D. Pablo como «institución deustense», queriendo expresar con ello la actualidad de su persona e ideas en este centro universitario. Toda institución dura y permanece en el tiempo no por la inercia del recuerdo, sino por la aceptación y adhesión que las personas y sus ideas siguen suscitando en el presente.

El Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo ha querido sumarse al merecido homenaje, encargándose de su organización y de la coordinación de esta publicación en honor de D. Pablo Lucas Verdú.

En ella han participado, con todo entusiasmo, antiguos compañeros de Claustro, Catedráticos Eméritos y en activo; antiguos alumnos, hoy Profesores y Catedráticos; amigos y sus propios hijos, Pablo y Enrique. Todos ellos han aportado lo mejor de su esfuerzo intelectual para distinguir a quien sigue honrando con su prestigio, y en el pasado con su trabajo y dedicación, a esta Universidad.

Nuestro agradecimiento, como Comisión organizadora, a cuantos han colaborado con sus aportaciones y trabajos haciendo posible la publicación de este número monográfico de «Estudios de Deusto».

Javier Caño
Director del Departamento de
Derecho Constitucional y Administrativo

UNA NOTA SOBRE EL ARTICULO 106.2 DE LA CONSTITUCION: EL «CASO *PRESTIGE*» Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION ESPAÑOLA

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto

Sumario: I. Propósito. II. Hipótesis (que por ahora adopto como premisas) sobre los «momentos críticos» que condujeron al hundimiento del *Prestige* y sobre posibles responsables de los daños producidos. III. El naufragio del buque *Lamori-cièrè* y las curiosas sentencias del Tribunal de Casación francés. IV. El apartado 2 del artículo 106 de la Constitución y su desarrollo legislativo. «Fuerza mayor», «estado de la ciencia» y relación de causalidad.

I. Propósito

El llamado «*caso Prestige*» está todavía lleno de incógnitas. Por eso, es muy arriesgado aventurar opiniones sobre cualquiera de los muchos problemas jurídicos que *pueden* resultar de tan lamentable accidente marítimo.

De ahí que en el presente trabajo me limite a examinar algún aspecto de esas *posibles* cuestiones jurídicas. Lo hago a la luz del apartado 2 del artículo 106 de la Constitución y de las normas que lo han desarrollado, pensando en el caso (hipótesis) de que algún día tuviera que ventilarse la eventual responsabilidad de *alguna* Administración pública española¹.

La mención de nuestra Carta Magna, por cierto, es particularmente adecuada en un trabajo como éste, destinado sobre todo a formar parte de una publicación en merecido homenaje al constitucionalista Profesor Lucas Verdú.

¹ En efecto, no cabe descartar que la cuestión pudiera plantearse respecto a «algunas» —más de una— de las Administraciones de nuestro país.

II. Hipótesis (que por ahora adopto como premisas) sobre los «momentos críticos» que condujeron al hundimiento del *Prestige* y sobre posibles responsables de los daños producidos

A) Habida cuenta de que algunos extremos sobre el cómo y el porqué del accidente² están todavía rodeados de un cierto «misterio», y de que las opiniones «técnicas» sobre sus diversos episodios distan de ser pacíficas³, mis siguientes reflexiones se formulan sobre la base de unas «premisas» que, en rigor, lo son sólo a efectos dialécticos o, como suelen decir los juristas franceses, «por exigencias del razonamiento». En otras palabras, en realidad son, por ahora, puras hipótesis.

Para desgranar esas *premisas-hipótesis* me baso en la que me parece que es una interpretación *autorizada* de los hechos ocurridos⁴.

Los datos mueven a pensar que en el desarrollo de los sucesos que condujeron al hundimiento del *Prestige* hubo tres «momentos críticos», sobre los que casi con toda seguridad girará la controversia jurídica en el futuro.

1. Un primer *momento* fue la súbita y fortísima escora del buque. Los tripulantes oyeron un fuerte ruido y advirtieron que inmediatamente el buque comenzaba a escorarse con gran rapidez a la banda de estribor. Parece poco dudoso que el ruido fue ocasionado por una importante ruptura del casco del buque por esa banda de estribor, que permitió el ingreso a bordo de una gran cantidad de agua.

Cruz Iturzaeta⁵, después de descartar como causa la colisión con el *Prestige* de un contenedor, o de un gran tronco de madera, o de una sección de tubería, así como la hipótesis de que el boquete fuera originado por una explosión, parece inclinarse por la interpretación de que la chapa del casco del buque se desprendiera por las líneas de soldadura.

Por «exigencias del razonamiento», como antes decía, voy a adoptar como *premisa* esta interpretación. No obstante, hago notar que,

² Expresión ésta (*el cómo y el porqué*) que tan frecuente es en los razonamientos del Tribunal Supremo sobre relación de causalidad en el Derecho de daños.

³ Basta recordar las muy dispares que nos han ofrecido los medios de comunicación. Acaso algunas de ellas estén movidas por *algún interés*, como suele ocurrir en grandes catástrofes y como de hecho ha sucedido en casos de enormes contaminaciones marinas por vertido accidental de hidrocarburos.

⁴ Me refiero al artículo de E. CRUZ ITURZAETA, «La catástrofe del *Prestige*. Una versión más amplia, meses después (I)», en la revista *Estudios Empresariales*, núm. 11, 2003/1, pp. 24-44. El autor es capitán de la Marina Mercante y Licenciado en Ciencias Físicas. Fue Subdirector General de Seguridad Marítima y Prevención de la Contaminación, de la Dirección General de la Marina Mercante.

⁵ *Op. cit.*, pp. 36-38.

como luego se dirá, a las mismas conclusiones llegaría si se partiese de otra posible causa del *momento* inicial al que ahora me refiero.

El mismo autor sugiere que, de haber sido así las cosas, la responsabilidad recaería en el «Estado de bandera», esto es, «Commonwealth of Bahamas», pues, según los Convenios internacionales aplicables, la responsabilidad de que sus buques sean seguros y no contaminantes es, precisamente, del *Estado de bandera*.

Ahora bien, esta eventual responsabilidad de Bahamas podría *concurrir* con otras responsabilidades. Téngase presente que siniestros por vertidos de hidrocarburos al mar dan lugar muy frecuentemente a variadas *conurrencias* como las que en seguida me ocuparán. Esos acontecimientos suelen ser de una dilatada duración y suelen poner en juego muchos y muy diversos *protagonismos*. Basta recordar que casos como el del *Prestige* han planteado, tanto en pleitos como en acuerdos extrajudiciales, la eventual responsabilidad de figuras tan variadas como las siguientes: el capitán del buque, su propietario, su armador, el Estado de abanderamiento, el Estado *de puerto*, el astillero o constructor de la nave, el asegurador del buque, el dueño de la mercancía y su asegurador, la Administración pública, la sociedad de clasificación, la empresa de salvamento o remolque y el FIDAC (a este último me referiré más adelante).

a) Recuperando el hilo de mi exposición, esto es, en relación con el caso del *Prestige*, viene en seguida a la mente la posible responsabilidad de su propietario⁶. Sería de aplicación, con todas las reservas (en más y en menos, por así decirlo) el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, esto es, el que se suele identificar como CLC/92⁷.

En aplicación del CLC/92, el propietario el buque respondería sobre la base de una *strict liability* (responsabilidad objetiva), aunque atenuada por existir las excepciones del artículo III⁸.

No parece que el propietario del *Prestige* pueda acudir a la excepción a), pues las circunstancias atmosféricas y marítimas del primer día del *proceso*⁹ no eran tales, según los expertos, que permitan hablar de

⁶ Me desentendiendo ahora de la dualidad propietario-armador, que podría ser de interés a otros efectos.

⁷ Es el Protocolo de 27-11-92, al que España se adhirió por Instrumento de 6-6-95, BOE del 20-9-95, núm. 225/1995.

⁸ Vid. J.L. GABALDÓN GARCÍA y J.M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 2.^a ed., Madrid-Barcelona, 2002, pp. 719 ss.

⁹ El día 13 de noviembre de 2002. El buque se hundió el 19.

fuerza mayor en su sentido de «fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible».

Tampoco parece que el propietario pueda alegar la excepción c), esto es, la de que el daño fue causado *totalmente* por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de faros u otras ayudas a la navegación.

El régimen de responsabilidad *del propietario*, según el CLC/92, tiene carácter exclusivo y excluyente. Exclusivo, porque no puede efectuarse ninguna reclamación *contra el propietario* salvo de acuerdo con el propio CLC. Y excluyente, porque no pueden ejercitarse acciones en reclamación de indemnización contra los dependientes del propietario, los miembros de la dotación, el práctico, cualquier fletador o arrendatario del buque o cualquier persona que hubiere efectuado operaciones de salvamento.

Por este motivo, prescindo aquí de la posible responsabilidad del capitán del buque, que creo que es en la que inmediatamente pensamos en casos como el del *Prestige*.

No me ocupo de esta figura, la del capitán, precisamente por las previsiones del CLC. Ahora bien, eso no quita para que su responsabilidad *penal* pudiera ser declarada por la jurisdicción correspondiente, si bien la civil habría de seguir los cauces del propio CLC, esto es, en el sentido de declararse, incluso en caso de condena penal del capitán, la responsabilidad civil directa, objetiva y limitada del propietario¹⁰.

Situación diferente sería aquella en la que la responsabilidad civil del propietario del buque quedara fuera del ámbito del CLC, en virtud de las causas de exclusión de responsabilidad que en él se contemplan o —quizá también— como consecuencia de haber perdido el propietario su *privilegio* de limitación de dicha responsabilidad.

En todo caso, la posible responsabilidad civil del capitán del buque no parece ser en la práctica muy significativa, en atención a que los perjudicados *buscan* responsables solventes (*deep pockets*).

Volviendo a la responsabilidad civil del propietario del buque en el CLC, su carácter objetivo, aunque atenuado, se ve «compensado» con una limitación cuantitativa de la indemnización.

En el caso del *Prestige*, suscita interés la pregunta de si su propietario no tendría derecho a limitar su responsabilidad, en función de lo que dispone el párrafo 2 del artículo V del CLC. El propietario del buque *pierde* ese derecho «si se prueba que los daños ocasionados por

¹⁰ No es lo que se resolvió por la Audiencia española en el caso del *Aegean Sea*, buque partido cerca de La Coruña en 1992, con 15.000 toneladas de crudo vertidas al mar.

contaminación se debieron a una acción o omisión tuyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños¹¹».

Es posible especular sobre si el hipotético desprendimiento de una chapa de la banda del buque fue consecuencia de una tan mala vigilancia del barco, por parte de su propietario, que permita afirmar que en su conducta omisiva hubo temeridad y conocimiento (en el sentido de lo que *debió haber conocido*) de que «probablemente» ocurriría lo que de hecho sucedió.

b) Si se entendiera aplicable el régimen de responsabilidad del CLC, entraría igualmente en juego la llamada *responsabilidad* del «Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos», conocido por FIDAC.

Esta entidad, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propios, deriva de un Convenio internacional de 1971, modificado luego en 1976 y 1992. España se adhirió al Protocolo de 1992 mediante Instrumento de 6-6-95, BOE de 11-10-97, número 244. Se le conoce habitualmente como FUND/92.

El FIDAC se nutre de las aportaciones de la industria petrolífera y tiene por finalidad la de suplir o complementar la responsabilidad de los propietarios de buques en aquellos casos en que, bien no sean aquéllos responsables conforme al CLC, bien resulten ser insolventes, o bien cuando la suma límite de responsabilidad pagadera por dichos propietarios sea insuficiente para atender en su totalidad los daños causados.

Como bien dicen Gabaldón García y Ruiz Soroa¹², no parece posible acogerse a ningún principio jurídico para fundamentar esta responsabilidad indirecta de los cargadores o receptores de los cargamentos de crudo. El interés de la industria petrolífera es insuficiente para fundar un principio de responsabilidad civil en sentido propio. Por eso, es más correcto catalogar este fondo suplementario de resarcimiento de daños como un esquema al margen de la responsabilidad civil en sentido estricto, de forma parecida a lo que sucede con otro tipo de fondos o mecanismos de finalidad resarcitoria organizados y mantenidos por la Administración (por ejemplo, el Fondo de Garantía Salarial).

¹¹ Hago notar una circunstancia que me intriga: el texto en español dice «temerariamente y a sabiendas». La conjunción copulativa «y», en vez de una disyuntiva «o», parece implicar una especial cualificación de la temeridad, pero como forma de ésta. Pongo de manifiesto que lo mismo ocurre en el texto en inglés, en el que se dice: «*or recklessly and with knowledge that such damage would probably result*».

¹² *Manual*, cit., pp. 724-726.

El FIDAC es frecuentemente demandado y condenado en accidentes como el del *Prestige*. Por eso, es de suponer que su *responsabilidad* entrará también en liza en este último caso¹³.

c) La misma hipótesis (la del desprendimiento de la chapa), o cualquier otra que revele incumplimiento de las exigencias de la normal navegabilidad del buque, permitiría razonar sobre otras posibles *alternativas* de responsabilidad, en su caso *concurrentes*.

Por ejemplo, sugeriría la eventual responsabilidad de la *sociedad de clasificación* del *Prestige*, que era American Bureau of Shipping (ABS). Siendo ABS la sociedad a la que Bahamas había delegado su obligación de verificar las condiciones de seguridad del buque¹⁴, no me parece desechable la tesis de la responsabilidad compartida de ABS, de acuerdo con los criterios dominantes en materia de responsabilidad *profesional*¹⁵.

De hecho, el Reino de España ha entablado demanda contra ABS ante el Tribunal de Distrito del Sur de Nueva York, en reclamación de indemnización por daños. La base de la demanda se encuentra en lo que, según resulta del entrecomillado, tiene la apariencia de ser un texto de la propia ABS, en el que se dice que su misión es servir el interés público, así como las necesidades de sus clientes, promoviendo la seguridad de la vida, de la propiedad y del medio ambiente natural, sobre todo por medio del desarrollo y verificación de normas para el diseño, construcción y mantenimiento operativo de servicios marítimos. En el *suplico* de la demanda se solicita una indemnización estimada en al menos 700.000 dólares USA, además de *daños punitivos* por la temeraria y deliberada conducta de ABS¹⁶.

¹³ Teniendo en cuenta, además, que el FUND/92 recoge sólo parte de las exoneraciones de responsabilidad que asisten al propietario del buque, por lo que puede suceder que en algún caso no responda el propietario y sí el FIDAC. De otro lado, la *indemnización* asumida por el FIDAC tiene también un límite cuantitativo.

¹⁴ Los Estados de bandera pueden delegar esta *obligación* en una sociedad de clasificación, pero no su *responsabilidad*. La última inspección anual del *Prestige*, bajo la supervisión y aprobación de ABS, tuvo lugar en mayo de 2002, en Dubai (Emiratos Arabes Unidos).

¹⁵ En el caso del buque *Amoco Cádiz*, 1978, el Consejo de las Costas del Norte, francés, demandó a la sociedad de clasificación, que también había sido ABS (y parece que hubo algún acuerdo transaccional entre las partes).

¹⁶ En los apartados 79 a 83 de la demanda se alega que ABS es responsable respecto al Reino de España, al haber llevado a cabo aquélla sus servicios de clasificación sin un cuidado y diligencia razonables o al emitir la clasificación y certificación del buque cuando ABS supo o debió haber sabido que el *Prestige* no estaba en condiciones de transportar la carga de fuel oil pesado. Se añade que ABS supo o debió haber sabido que el buque no reunía las condiciones que permitieran llevar a cabo el transporte con seguridad. Se dice también que ABS incumplió su deber de razonable cuidado al permitir que el buque cargase el

No obstante, ABS ha formulado reconvencción en ese juicio; en términos, todo ello, que imagino que pronto verán la luz en publicaciones jurídicas¹⁷.

Tengo referencias de una demanda entablada también contra ABS, en este caso por parte del Gobierno Vasco y ante el Tribunal del domicilio de ABS, aunque carezco de documentación al respecto.

d) No es tampoco descartable la responsabilidad del astillero constructor del *Prestige*, aunque parece poco verosímil si se tiene en cuenta que su construcción data de 1976. Sin embargo, de no mediar tan largo plazo, esa responsabilidad puede tener fundamento, en tanto en cuanto el buque fuera *defectuoso desde su origen*. Es lo que se resolvió en el pleito seguido a resultas del *caso Amoco Cádiz*¹⁸, en el que se condenó,

fuel oil y saliese del puerto en condiciones que ABS sabía o debió haber sabido que no eran seguras y adecuadas. Se concluye que el incumplimiento de la obligación de cuidado razonable, por parte de ABS, fue la «causa próxima» de los daños sufridos por el demandante.

¹⁷ ABS invoca las «numerosas acciones equivocadas» que se adoptaron por el Reino de España, empezando por su decisión de rehusar el requerimiento del capitán del buque y la recomendación de la empresa de salvamento de proveer un lugar de refugio y/o de llevar el buque a aguas seguras. Por eso, se alega que el Reino de España incurrió en conducta intencional, errónea, temeraria y gravemente negligente para prevenir la polución y para limpiar el fuel oil derramado, así como para prevenir o disminuir cualquier daño a sus ciudadanos y a los ciudadanos del mundo. La reconvencción de ABS pide la declaración de que el Reino de España es total o principalmente responsable de todos los daños derivados del *Prestige*, por lo que debe indemnizar a ABS y/o a contribuir al pago de los daños que en cualquier juicio puedan ser atribuidos a ABS en el mundo, incluidos los que asumieron los Gobiernos y cualquier otra entidad gubernamental, o los ciudadanos, de Francia, Portugal, Reino Unido y España.

¹⁸ Mis referencias a otros siniestros parecidos al del *Prestige* se basan sobre todo en algunos de los siguientes trabajos: J.L. AZCARRAGA BUSTAMANTE, «Algunas reflexiones en torno al siniestro del *Torrey-Canyon*», *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho internacional*, 1967, pp. 165 ss., I. ARROYO MARTÍNEZ, «The Application of the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage to the *Urquiola* Case», *Lloyd's Maritime and Commercial Law*, 1977, pp. 337 ss., S. HERNÁNDEZ IZAL, «La responsabilidad del propietario del buque en el supuesto de contaminación marina por hidrocarburos», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, pp. 137 ss., J.L. GABALDÓN GARCÍA, «Análisis de algunos casos concretos de responsabilidad marítima y su limitación: *Amoco Cádiz, Haven, Aegean Sea*», *VI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Vitoria, 1999, pp. 221 ss., M. CASTILLO DAUDÍ, «El siniestro del buque *Aegean Sea* y la indemnización de los daños», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XVIII, 2001, pp. 261 ss. Sobre el caso *Exxon Valdez*, R. DE ANGEL YÁGÜEZ, «Derecho y medio ambiente», *Ciencias humanas y sociedad: la Fundación Oriol-Urquijo*, Madrid, 1993, pp. 263 ss. Puede consultarse también M. OLIVENCIA RUIZ, «Responsabilidad por contaminación marina» en *Derecho marítimo*, dentro de la colección *Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1993, pp. 89 ss. Una verdadera antología de «casos» sobre la materia puede encontrarse en Z. OYA ÖZÇAYIR, *Liability for oil pollution and collisions*, Londres- Hong Kong, 1998.

junto al llamado «grupo Amoco», el constructor naval denominado Astilleros Españoles S.A.¹⁹

e) Siguiendo la misma línea de hipótesis (y casi ninguna parece rechazable *a priori*), cabría argumentar incluso sobre la eventual responsabilidad de la empresa que entre abril y mayo de 2001 realizó, en China, importantes reparaciones del buque, a flote y en dique seco.

f) Y en la misma dirección, aunque aquí la hipótesis es todavía menos fundada, según los datos que poseemos, podría ir la alegación de responsabilidad a cargo de la empresa que remolcó al buque²⁰.

g) Por fin, y aunque quizá llevando las cosas demasiado lejos, cabe preguntarse sobre la eventual responsabilidad del *Estado de puerto*, en tanto en cuanto fue en San Petersburgo donde el *Prestige* hizo su último cargamento y donde las autoridades de puerto ejercieron el derecho que les otorga la legislación nacional e internacional al efecto e inspeccionaron el buque, no encontrando deficiencias de importancia para impedir su salida al mar²¹. Sería interesante examinar, pero no es ésta la ocasión, el problema en torno a la posible responsabilidad del Estado que inspecciona y no ordena la paralización del buque, existiendo motivos (razonablemente perceptibles) para hacerlo²².

2. Me refiero ahora al segundo *momento* del episodio del *Prestige*.

Se trata de lo que pudo acontecer en las todavía hoy oscuras «negociaciones» sobre el posible salvamento del buque y su remolque, en los primeros días a partir del 13 de noviembre.

¹⁹ El Tribunal de Illinois no aceptó el argumento planteado en la apelación por Astilleros Españoles, que alegaba ruptura de la relación de causalidad, por entender que la *causa próxima* del accidente estaba en el mantenimiento y operación del buque por parte de Amoco. Es decir, el Tribunal vino a adoptar la teoría de la *equivalencia de las condiciones*.

²⁰ Que yo sepa, no se ha esgrimido ningún argumento al respecto. Pero no se trata de una posibilidad remota: en el caso del *Amoco Cádiz*, la sentencia absolvió a la empresa de salvamento, pero en un *obiter dictum* se reconoció una acción de regreso contra ella en favor de la sociedad Amoco.

²¹ Así lo manifiesta CRUZ ITURZAETA, *op. cit.*, p. 26, si bien añade que «es prácticamente seguro que la inspección de San Petersburgo se centraba más en los equipos de seguridad, radio o elementos externos del buque, no en las condiciones estructurales del casco, pues estaba cargando y a flote».

²² Sobre la inspección *de puerto*, v. J.L. GABALDÓN GARCÍA, «Protección del medio ambiente y evolución de Derecho marítimo», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XV, 1998, pp. 303 ss.

Cruz Iturzaeta²³ pone de relieve cómo la Administración española informó a la opinión pública de que las personas a bordo del *Prestige* obstaculizaron el salvamento del buque. Añade que parecida información se ha visto en los medios de comunicación, sobre entorpecimientos y falta de colaboración de los tripulantes para poner en marcha el motor propulsor del barco. Pero advierte, sin embargo, que los abogados de la defensa del capitán han cuestionado fuertemente esta información de la autoridad española.

Por ello, el autor concluye este apartado diciendo: «Un punto clave para saber lo que realmente pasó sería conocer las instrucciones que Universe Maritime daría al capitán del *Prestige*, mientras ese armador estuviese pendiente del resultado de sus negociaciones con Smit Tak. Smit Tak estaría negociando frenéticamente con Remolcanosa para usar el Ría de Vigo, que a su vez lo haría con Sasemar, según lo antes expuesto. Mientras no se llegase a un acuerdo, es de suponer que Universe Maritime ordenase al capitán que no aceptase ninguna ayuda de salvamento que no estuviese dentro de los términos de un contrato. La voluntad propia del capitán sería muy posiblemente la contraria, aceptar la primera ayuda que se le brindase, pero es seguro que cumpliría las instrucciones de su armador. Habrá que esperar —años— a que los tribunales digan lo que judicialmente sucedió»²⁴.

El cabal conocimiento de lo que ocurrió durante esos días (u horas) podría ser jurídicamente significativo a efectos de excluir la limitación cuantitativa de la responsabilidad del propietario del buque (el antes citado artículo V del CLC/92), en tanto en cuanto se acreditase que ese propietario actuó «temerariamente» durante las negociaciones sobre el salvamento o el remolque del buque, y «a sabiendas» de que «probablemente» ocurriría lo que en definitiva vino a acontecer.

Y es también un *momento* sobre el que podrían aducirse eventuales responsabilidades de la Administración española, de ser cierto lo que alegan los abogados del capitán del buque.

3. Viene, en fin, el tercer *momento*, el que más ha ocupado la atención de los medios de comunicación.

Me refiero a la decisión de la Administración española de alejar el buque de la costa, esto es, de no remolcarlo a un puerto.

²³ *Op. cit.*, p. 40.

²⁴ Procede recordar que *Universe Maritime* era el armador del buque. *Smit Tak* es una empresa holandesa de salvamento, contratada por el armador para el salvamento del *Prestige*. *Sasemar* es el acrónimo de Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima, que depende de la Dirección General de la Marina Mercante. La empresa *Remolcanosa* es propietaria del remolcador de salvamento «Ría de Vigo».

En este punto, desde luego, el juego de las hipótesis sube de tono, viendo como vemos los profanos en Física y en Náutica que las opiniones de los *expertos*, reales o presuntos, se encuentran divididas²⁵.

Naturalmente, yo no voy a emitir ningún juicio. Me limito a señalar algo que más adelante desarrollaré, esto es, el significado que la polémica puede tener a efectos de la causa de exención de responsabilidad que se conoce como «estado de la ciencia».

Se trata, en todo caso, del *momento* en el que más sentido podría tener la alegación de una eventual responsabilidad de la Administración española. Téngase en cuenta que, por lo que sabemos a través de los medios de comunicación, la defensa del capitán del buque (o de su propietario, o de su armador, que a estos efectos es lo mismo) argumenta que la decisión de la autoridad española de llevar el buque mar adentro fue un *novus actus interveniens*, esto es, una conducta determinante de la ruptura de la relación de causalidad entre la (siempre supuesta) culpa del capitán, o la del propietario, o la del armador, y lo ocurrido en último término (grandes cantidades de fuel oil pesado en el mar, contaminación de las costas, daños a los pescadores —en el sentido más amplio de esta palabra—, etc.).

La doctrina del *novus actus interveniens*, si bien no desconocida por la dogmática del *civil Law*, podría insertarse, aunque no con total exactitud, en la construcción de la *causalidad adecuada*, tan invocada por nuestro Tribunal Supremo. Siguiendo el modo de argumentar de la defensa del capitán del buque, o de su propietario, la *causa adecuada* de la fractura y posterior hundimiento del *Prestige* fue, aun aceptando dialécticamente la inicial culpa del capitán, la decisión de la autoridad española de no llevar el buque a un puerto (ahora prefiero decirlo de este modo).

En la terminología de la «imputación objetiva», esa decisión de la Administración española encajaría en la causa de *no imputación* que conocemos como «prohibición de regreso». Según ella, no es imputable el daño cuando en el proceso causal que lo antecede, si bien ha sido puesto en marcha por el demandado, se ha encadenado sobrevenidamente la

²⁵ No puedo dejar de señalar, sin embargo, por ser mi fuente de información a otros efectos, que CRUZ ITURZAETA, *op. cit.*, pp. 40-42, parece mostrarse contrario a la operación de meter el *Prestige* en puerto, de la que dice que «presentaba más interrogantes que seguridades», aduciendo argumentos al respecto. Y debe indicarse también lo que afirma en uno de los fragmentos de su texto: «No sólo esto, la historia de accidentes de este tipo, las apreciaciones de los riesgos, los elementos de juicio profesional independiente, siempre han conducido a la decisión de alejar los buques con este riesgo lo más posible de las costas. La legislación internacional, en concreto el Convenio Intervención, del que son parte Bahamas y España, concede el derecho a los países a tomar medidas, como el alejamiento, para evitar que buques de otros países contaminen sus costas».

conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero, salvo que dicha conducta se haya visto significativamente favorecida por la actuación del demandado²⁶.

Traigo a la memoria, al referirme a este extremo, no necesariamente a su calificación jurídica, lo ocurrido en el caso del buque *Urquiola*, que naufragó en la ría de La Coruña en 1976. A consecuencia de aquel siniestro se siguieron dos pleitos, uno promovido por la viuda del capitán del barco y el otro por las compañías aseguradoras del buque, en reclamación de las cantidades que decían haber pagado a los perjudicados en cumplimiento de las correspondientes pólizas. En este segundo procedimiento recayó sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6-5-85, en la que se declaró que la causa exclusiva del naufragio había sido el funcionamiento anormal del servicio público de cartografía y de información, del Instituto Hidrográfico de la Marina, en relación con la existencia de una «aguja» o roca situada dentro del Canal Este de entrada al puerto de La Coruña y que no figuraba en las cartas náuticas editadas por el mentado Instituto.

Esta declaración de responsabilidad se había hecho ya en la sentencia de 18-7-83, de la Sala Cuarta, entonces de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo. En esta sentencia, la recaída en la reclamación de la viuda del capitán, se consideró hecho probado que las autoridades del puerto de La Coruña habían dado orden de ciabogar en el Canal y salir a alta mar. Se declara probado también que el informe de peritos ingenieros navales, obrante en el expediente administrativo, entendió que la operación de ciaboga y salida a alta mar fue «precipitada, desacertada, absurda y criticable».

Es de suponer que algo parecido se alegrará en el *caso Prestige*.

B) No parece necesario explayarse acerca de los daños que podrían reclamarse en este caso.

Ateniéndonos sólo al CLC/92, cuyos criterios al respecto se encuentran también en algunos ordenamientos o doctrinas jurisprudenciales *nacionales*, es claro que son indemnizables los daños materiales ocasionados por la contaminación a cualquier clase de bienes, sean públicos o privados; entre otros, los gastos de limpieza de otras embarcaciones o de las costas. Tampoco es dudoso que tengan que ser indemnizados los daños patrimoniales derivados de la pérdida de uso de cualesquiera bienes, así como de la imposibilidad de realizar actividades

²⁶ Así, en la síntesis de L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 9.^a ed., Madrid, 2001, p. 550.

económicas que con anterioridad se llevaban a cabo. También tendría cabida el llamado «daño ecológico puro», esto es, el deterioro del medio ambiente marino como consecuencia de la contaminación; este capítulo, según el CLC, se limita «al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a adoptarse». Así mismo, la indemnización incluiría el costo de las llamadas «medidas preventivas», esto es, las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, después de ocurrir el siniestro, para prevenir o minimizar los daños por contaminación.

La experiencia de siniestros parecidos nos ofrece una amplia información. En el caso del *Amoco Cádiz*²⁷, por ejemplo, demandaron el Estado francés y la entidad, también francesa, Consejo de las Costas del Norte, por los daños experimentados en el litoral de Francia. También lo hicieron empresarios y pescadores de aquel país.

En el siniestro del *Exxon Valdez*²⁸ demandaron pescadores, empresas de transformación, el Estado de Alaska (tanto como *public trustee* como *parens patriae*) y la sociedad ecologista National Wildlife²⁹.

Por lo que respecta al accidente del buque *Haven*, naufragado en 1991 en las costas de Liguria, se formuló reclamación por alrededor de 1.350 víctimas, contándose entre ellas particulares, Administraciones públicas territoriales y el propio Estado italiano. Este último reclamó los daños debidos a operaciones de limpieza y los experimentados por el medio ambiente.

En el accidente del *Aegean Sea*³⁰ se concedieron indemnizaciones, en la sentencia de la Audiencia de La Coruña, en favor —entre otros— del Gobierno español, de la Xunta de Galicia, de la ciudad de La Coruña y otras localidades próximas, de criaderos de almejas y mejillones, de pescadores, de mariscadores, de empresas de transformación y transportistas, etc. En algunos casos, se dejó su determinación al trámite de ejecución de sentencia.

En este último episodio, el del *Aegean Sea*, se dio la interesante circunstancia (alguien podría sugerir que la del *caso Prestige*, aunque lo

²⁷ En 1978, en la Bretaña francesa.

²⁸ Naufragio frente a las costas de Alaska, 1989.

²⁹ Como corresponde a las particularidades del sistema jurídico de Estados Unidos, se formularon reclamaciones por *daños punitivos*. Y también fue un caso muy propicio para la interposición de demandas en régimen de *class actions*.

³⁰ Vid. CASTILLO DAUDÍ, «El siniestro...», cit., sobre todo en su anexo IV. Fueron condenados el capitán del barco y el práctico del puerto, por imprudencia temeraria. Se declaró la responsabilidad civil limitada de ambos. Se declaró así mismo la responsabilidad civil directa y solidaria del asegurador del buque y del FIDAC, del mismo modo que la subsidiaria del propietario del buque y del Estado Español.

dudo, por lo que luego diré) de que el Estado español fue declarado responsable civil subsidiario por la imprudencia temeraria apreciada en el práctico del puerto que dirigía el buque, al tiempo que fue también considerado perjudicado o víctima, si bien se dejó para ejecución de sentencia la cuantificación de su indemnización. De sus daños respondería el propietario del buque (y también su asegurador y el FIDAC), pero sólo en un 50%³¹.

Si bien no existen resoluciones judiciales, que yo sepa, sino expedientes administrativos cuyo detalle no se publica, parece que se puede afirmar que en el *caso Urquiola* el Estado indemnizó a las víctimas de daños económicos (pesca, marisco, etc.), en términos parecidos a los posteriores del *Aegean Sea*.

III. El naufragio del buque *Lamoricière* y las curiosas sentencias del Tribunal de Casación francés

En 1942 naufragó en el Mediterráneo el buque *Lamoricière*, pereciendo ahogadas más de 300 personas. Los hechos permitieron establecer que el naufragio fue debido a una tempestad excepcional, verdadero ciclón. También se probó que el carbón del buque era de mala calidad y que ésta había sido una de las causas de la catástrofe, porque si el carbón hubiese sido mejor, la fuerza de las calderas habría permitido superar la tempestad. Por otro lado, la mala calidad del carbón no era imputable a culpa de la compañía de navegación; eran tiempos de guerra y el carbón había sido suministrado por el Estado, que no disponía de otro mejor.

La compañía de navegación fue considerada «guardián» del buque en aplicación del artículo 1.384 del Código civil francés, y se le declaró (inicialmente) responsable por este concepto. La mala calidad del carbón, aunque no le fuera imputable, no podía exonerarle, por ser un hecho de origen *interno* que impedía estimar un caso de fuerza mayor. Pero el Tribunal de Casación, en dos sentencias de la Sala de lo comercial de 19-6-51, entendió que el ciclón tenía los caracteres de la fuerza

³¹ Interesa dejar constancia de que otra Administración, la de la Xunta, alegó —y se le reconocieron— daños como los siguientes: gastos de personal para la llevanza de una oficina de reclamaciones, gastos de empleo de helicópteros y de un remolcador, los de la campaña publicitaria para promocionar el consumo del marisco, los de trabajos de cooperación suscritos con la Universidad de Santiago, los de las limpiezas de playas y disposición de residuos, etc. A los ayuntamientos se les reconocieron gastos de policía, bomberos, asistencia social, limpieza de la ría y de las aves de la zona, etc.

mayor: imprevisible, inevitable y externo. Sin embargo, esto no exoneraba del todo al «guardián».

El Tribunal confirmó el criterio de los jueces de instancia, que habían estimado que la catástrofe había tenido por causa la fuerza mayor en una concurrencia de cuatro quintas partes solamente, correspondiendo al «hecho de la cosa» —el buque— la quinta parte restante. Por tanto, la compañía de navegación fue condenada a pagar una indemnización representativa de un quinto del perjuicio alegado por las víctimas³².

Las sentencias del *caso Lamoricière* dieron lugar a una considerable polémica y a una abundante literatura jurídica, con mayoría de opiniones contrarias a la solución del Tribunal, de la que se dijo que podría considerarse inspirada por sentimientos humanitarios, un poco al margen del Derecho puro³³.

Hubo en Francia alguna otra sentencia en la misma línea. Por ejemplo, una de 1957, en la que el Tribunal de Casación consideró que cuando quien invoca la fuerza mayor ha cometido también una conducta culposa, de forma que ésta ha contribuido, bien a *determinar el suceso*, bien a agravar sus consecuencias, el juez puede atenuar la responsabilidad y reducir la cifra de los daños y perjuicios. En aquel caso se trataba de un dique que había sido construido por la sociedad demandada y que impedía el desagüe de las aguas pluviales, circunstancia ésta que en el pleito se consideró que era reveladora de culpa. Al producirse en la región una borrasca de una violencia excepcional, la obra mal hecha provocó una grave inundación en un inmueble situado aguas abajo. El Tribunal de apelación condenó a la sociedad demandada a indemnizar la totalidad del daño, al considerar que, a pesar del carácter excepcional de la borrasca, los daños no se habrían producido si no hubiese existido una construcción *culposa*. No obstante, como hemos visto, el Tribunal de Casación resolvió de otro modo, con el razonamiento antes resumido por mí.

Si interesan estas citas a efectos de lo que me ocupa en este trabajo, es porque el *caso Prestige* podría ser sugestiva manifestación de un

³² Vid. H. y L. MAZEAUD y A. TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, ed. argentina, t. segundo, vol. II, Buenos Aires, 1963, pp. 225 ss., B. STARCK, *Droit civil (obligations)*, París, 1972, pp. 272 ss., y G. VINEY, *La responsabilité: conditions*, en el *Traité de droit civil*, de J. GHESTIN, París, 1982, pp. 485 ss.

³³ Así, STARCK, cit., p. 274, que sugiere que los jueces habrían estimado que en realidad el naufragio se había debido a fuerza mayor; pero aventura la opinión de que, habiendo habido más de 300 ahogados, los jueces *se las ingeniaron* para establecer una ayuda a quienes sufrían, material y moralmente, como consecuencia de la pérdida de uno de los suyos.

problema de gran interés dogmático: la solución que procede cuando la fuerza mayor concurre con la culpa del demandado a la realización del perjuicio³⁴.

Señalaba antes que soluciones como la del *caso Lamoricière* fueron muy discutidas en la doctrina francesa y rechazadas por su mayoría, pero dejó planteado el problema, cuyo desarrollo merece debida atención.

No obstante, procede dejar constancia, por ejemplo, de la opinión de Mazeaud y Tunc³⁵, cuando dicen: «En resumen, la fuerza mayor, cuando es la única causa del daño, libera siempre íntegramente al demandado. Pero, si la culpa de este último ha concurrido con un fenómeno natural a la realización del perjuicio, la víctima tiene derecho a una reparación parcial».

Por lo que respecta a la doctrina española, destaco la opinión de Díez-Picazo y Gullón³⁶, que escriben: «Problema arduo se presenta cuando el caso fortuito o fuerza mayor concurre con una conducta del agente que merece reproche de culpabilidad. Creemos que entonces debe examinarse si aquel caso o fuerza hubiera producido el mismo resultado dañoso sin la conducta del mismo, y si la contestación es afirmativa, quedaría liberado éste de toda responsabilidad, igual que si el daño es ocasionado por la nueva causa, aunque la conducta del agente pudiera haberlo producido si no se hubiera interrumpido la relación de causalidad. Si el caso o la fuerza viene a agravar el resultado de la conducta del agente, deben ser tratados como concausas y éste no debe responder de todo, sino de la parte que le corresponde, lo que en la práctica se traduce en una moderación del *quantum* indemnizatorio».

IV. El apartado 2 del artículo 106 de la Constitución y su desarrollo legislativo. «Fuerza mayor», «estado de la ciencia» y relación de causalidad

A) Sabemos lo que dice el apartado 2 del artículo 106 de la Constitución: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

³⁴ Como diré más adelante, quizá sea necesario distinguir entre fuerza mayor y *fenómeno de la naturaleza* o *causa extraña*.

³⁵ *Op. cit.*, p. 229.

³⁶ *Sistema...* Ahora, la cita es sobre su 8.ª ed., Madrid, 2000, pp. 536-537. En la 9.ª edición, Madrid, 2001, el epígrafe de relación de causalidad tiene una nueva configuración.

Sabemos así mismo que, en desarrollo de dicha norma, los artículos 139-144 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LAPPA), de 26-11-92, reguló la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, sobre las siguientes bases:

- Artículo 139.1: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»³⁷.
- Artículo 141.1: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Somos así mismo conscientes de que un sector de la doctrina³⁸ se preguntó qué significa la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento *normal* de las Administraciones Públicas, paliando las extravagantes consecuencias a las que conduciría la interpretación literal del precepto.

Y, por fin, no se oculta a nadie el significado que puede tener la reforma del apartado 1 del artículo 141 de la LAPPA, operada en virtud de la Ley de 13-1-99, de modificación de la mentada LAPPA.

Conviene recordar lo que ahora dice esa norma: «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Con independencia del juicio que pueda merecer la incorporación a la Ley de la exención de responsabilidad de la Administración cuando se trate de daños derivados de «hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de

³⁷ No puedo dejar de recordar el críptico o misterioso significado de las palabras de la exposición de motivos de aquella Ley, al decir que «el proyecto da respuesta al pronunciamiento constitucional de indemnización de todas las lesiones que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

³⁸ Sobre todo, F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.

la ciencia o de la técnica existentes en el momento» de producción de tales daños³⁹, lo que conviene retener es que esa exención se produce en dos casos (al menos): el de fuerza mayor, al que se refieren el artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 139 de la LAPP, y el descrito en las palabras entrecomilladas que preceden.

Por eso, ambas causas de exención, en lo que se refiere al *caso Prestige*, deben ser objeto de análisis separado.

B) La Administración Pública no responde «en los casos de fuerza mayor», según acabamos de ver.

1. Llevado esto al accidente de nuestro buque, cumple en primer lugar analizar cuáles eran las circunstancias meteorológicas del primer día del *proceso* y de la jornada en que el buque se partió y hundió.

Manteniéndome en la versión de Cruz Iturzaeta⁴⁰, el 13 de noviembre había un fuerte temporal de viento del oesnoroeste y mar de fuerza 8 (de una escala de 0 a 10), es decir, el viento y las olas ejercían un fuerte efecto transversal al buque por estribor. Más adelante, el mismo autor⁴¹ considera que en sus 26 años largos de navegación, es seguro que el *Prestige* tuvo que navegar y soportar fuertes temporales de viento y mar. El mal tiempo dominante en el momento del accidente —añade— no tuvo calificación de extraordinario, pues fue de fuerza 8, con olas de unos 7 metros de altura. Este tipo de buques —continúa Cruz Iturzaeta— se suele diseñar para soportar sin dificultades olas de una altura de hasta un 5% de su eslora, es decir, olas de unos 12 metros de altura. Por lo que concluye que «no parece lógico “culpar” del accidente al mal tiempo».

Por cierto, la utilización del verbo «*culpar*» por parte del citado autor me recuerda lo que escribí en un trabajo en torno al significado de las palabras «responder» y derivadas. Me trae a la mente un pasaje particularmente agudo de Hart, en el que este jurista *trabajaba* con el *juego de palabras* que éstas permiten. Propone Hart el siguiente texto ficticio: «Como capitán del barco, X era *responsable* por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero en su último viaje se embriagaba todas las noches

³⁹ No me parece muy afortunado el pasaje de la exposición de motivos de la Ley de 13-1-99, cuando dice que «en el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad». Creo que la causa de exención a la que se refiere ese preámbulo no es tanto una «matización» de los supuestos de fuerza mayor, sino una circunstancia que afecta a la antijuridicidad o ilicitud del daño, sin que pueda desconectarse tampoco —en algunos casos al menos— de la relación de causalidad. Pero ésta es una cuestión que debe tratarse por separado y en otro lugar, sin perjuicio de lo que luego diré.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 33.

⁴¹ P. 36.

y fue *responsable* por la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy irresponsablemente; y varios accidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona *responsable*. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado *responsable* por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente *responsable* por la muerte de muchas mujeres y niños»⁴².

Después de este inciso, vuelvo al *Prestige*.

Supuestas las circunstancias atmosféricas del día 13 de noviembre, no tengo datos precisos sobre las de los días en que se produjo la decisión administrativa de llevar el buque mar adentro, o de los anteriores o posteriores. Por eso, tengo que razonar en torno a una situación parecida a la del día 13, aunque ligeras modificaciones no alterarían el curso y el desenlace de mis reflexiones.

2. Centrado nuestro interés en la eventual responsabilidad de la Administración española, al decidir que el *Prestige* fuera remolcado mar adentro, el artículo 106.2 de la Constitución y el 139.1 de la LPPA obligan a determinar si en el caso concurrió o no *fuerza mayor*.

Lo que nos lleva a la difícil cuestión de si la fuerza mayor es un concepto diferente del caso fortuito (y, en su caso, cuáles son sus diferencias) y a la no menos compleja de si el concepto de *fuerza mayor* debe entenderse de la misma manera en la responsabilidad contractual que en la extracontractual.

Habría que dejar de lado en seguida, porque no viene a cuento, la hipótesis de responsabilidad contractual, puesto que no hablamos de la que podría haber contraído el armador del *Prestige* respecto al dueño de la mercancía transportada. Nos referimos a una eventual responsabilidad (la de la Administración española) que sería, en términos tradicionales, extracontractual o aquiliana, al no existir ningún deber de prestación previo entre esa Administración y aquel propietario del fuel oil.

En el ámbito de la responsabilidad contractual, y aunque el artículo 1.105 del Código civil ofrece muchas posibilidades (por ejemplo,

⁴² El texto de HART está en el ensayo o capítulo IX, titulado *Postscript: Responsibility and Retribution*, en su libro *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1984, pp. 210-267. Mi trabajo citado es R. DE ANGEL YAGÜEZ, «Sobre las palabras “responder”, “responsable” y “responsabilidad”», *Estudios de Deusto*, vol. 50/1, enero-junio 2002, pp. 11 ss., pendiente de publicación en el Libro Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

la de distinguir sólo entre sucesos previsibles e inevitables), viene teniendo acogida la diferencia propuesta en su día por Exner, y basada en la diversidad entre acontecimientos *internos* y *externos* a la actividad normal o natural del deudor. Sin mucha convicción personal, según parece, Díez-Picazo y Gullón⁴³ exponen: «Aunque la línea dominante en la jurisprudencia es la no distinción del caso fortuito con la fuerza mayor en cuanto a los efectos, no ha dejado de hacerse eco de la diferenciación doctrinal de ambos eventos, y que ve el caso fortuito como el acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, mientras que la fuerza mayor sería el que se origina fuera, con violencia insuperable, y que cae fuera de lo que debe preverse en el curso ordinario y normal de la vida».

De seguirse este criterio de distinción del que acabo de hacer mención, no parece defendible que *en el comienzo del proceso del Prestige* concurriera una situación calificable como fuerza mayor. Me remito a lo dicho antes sobre las circunstancias meteorológicas del día 13 de noviembre, que no tienen las trazas de ser representativas de algo *extraordinario, fuera de lo común o excepcional*. Más aún, cabe pensar que lo ocurrido aquel día fue un riesgo *interno* de la navegación marítima. No cabe sino seguir la opinión de Starck⁴⁴, cuando, refiriéndose al *caso Lamoricière*, opina que un mar embravecido no debería nunca considerarse como un elemento «externo» en relación con la navegación marítima, porque el mar es uno de los elementos necesarios en ella.

Pero, como apuntaba antes, quizá no quepa hablar de fuerza mayor en *cualquier* ámbito de la responsabilidad civil; en concreto, respecto a acontecimientos como el del *Prestige*.

Al desarrollar casos como el del *Lamoricière*, Mazeaud y Tunc⁴⁵ los rotulan con el epígrafe «la fuerza mayor concurre con la culpa del demandado a la realización del perjuicio», pero advirtiendo que más exacto que hablar de fuerza mayor es decir *un fenómeno natural*⁴⁶. Y quizá por

⁴³ *Sistema...*, 9.^a ed., cit. p. 201.

⁴⁴ *Droit civil*, cit., p. 274.

⁴⁵ *Tratado ...*, cit., p. 225.

⁴⁶ En concreto, los autores escriben: «La cuestión se plantea en iguales términos si se ve en la fuerza mayor un hecho imprevisible e irresistible o la contrapartida de la culpa. En ambos casos, en verdad, la expresión de la fuerza mayor es impropia y no se debería hablar sino de “acontecimiento natural”. En efecto, resulta claro que el hecho no era imprevisible e irresistible, puesto que ha podido surtir su efecto tan sólo por una culpa del demandado; y que no era tampoco, en la otra concepción de la fuerza mayor, el hecho que excusa al demandado de haber participado en la realización de un daño y que demuestra el carácter puramente pasivo de esa participación».

el mismo motivo, Viney⁴⁷ distingue entre concurrencia del hecho imputado al demandado con «causa extraña que no presenta los caracteres de fuerza mayor», atribuyendo a esto último la denominación de «caso fortuito», en el sentido de *circunstancias exteriores y fortuitas, aunque pre- visibles y vencibles*. Entre ellas, no duda en incluir el *caso Lamoricière*.

Y es posible que, por el mismo motivo, Díez-Picazo opte por utilizar la expresión «caso fortuito» para refundir los supuestos del artículo 1.105 del Código civil⁴⁸. El autor se inclina por referirse, genéricamente, a «causas extrañas» al deudor, esto es, eventos o hechos exteriores que queden fuera del ámbito o marco de control del deudor. Por eso, al referirse a los fenómenos y eventos naturales, Díez-Picazo los considera «ejemplos de los más claros y manifiestos casos fortuitos» (si bien con las oportunas reservas).

3. Trasladándonos ahora de forma inequívoca al mundo de la responsabilidad extracontractual⁴⁹, procede, a mi juicio, formular alguna observación a partir de todo lo anterior.

En primer lugar, creo que no puede atribuirse el mismo significado al estado de la mar en el primer día del *proceso del Prestige* (respecto a su dueño o a su capitán, por ejemplo) que al del día en el que se tomó la decisión de alejar el buque (por tanto, en lo que hace a la Administración española).

Suponiendo que las circunstancias *marítimas* fueron las mismas, parece oportuno insistir en que aquéllas constituían un *riesgo natural* de la navegación, aunque fuera de carácter sobrevenido; quiero decir, aunque la situación fuera *mejor* en los días anteriores.

Esto es, el capitán no podría alegar que «el mar se había embravecido», para así descargar su responsabilidad.

Pero creo que no es la misma la valoración en lo que respecta a la Administración. Para ésta, las condiciones meteorológicas del *momento* en cuestión constituían un *estado de cosas que le venía dado*. Es decir, se trataba de un *presupuesto* de su actuación (la orden de alejamiento del buque).

Para la Administración, aquel *estado de cosas* revestía, a mi juicio, un innegable carácter «externo».

⁴⁷ *La responsabilité....*, cit., pp. 485-486.

⁴⁸ L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. segundo, 5.ª ed., Madrid, 1996, pp. 588 ss.

⁴⁹ No sin advertir que el criterio de distinción entre *lo interno* y *lo externo* se encuentra también en este terreno, como resulta del artículo 1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguros en la circulación de vehículos a motor, al no considerar casos de fuerza mayor «los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos». También se hallaba presente en el artículo 1.784 del Código civil.

Podría decirse, en segundo término, que no fue un *suceso imprevisible*, porque es evidente que, en abstracto, entra dentro de *lo previsible* que un buque llegue a las proximidades de las costas de un país en la forma y en el estado en los que lo hizo el *Prestige*.

Pero creo que no carece de fundamento decir que la circunstancia de que el hipotético buque *llegue* en efecto (el *Prestige* o el que fuera) es, en lo que se refiere a la Administración (que no es un naviero), un verdadero «hecho de la naturaleza».

Quiere decir, por tanto, que a efectos de la Administración no cabe hablar sólo del estado de la mar o el viento, sino del *conjunto* del escenario: el temporal que había y el buque como estaba.

A mi entender, otra interpretación sería absurda, porque conduciría al resultado de que a una Administración marítima nada que pueda suceder le es *imprevisible*.

Y todavía mayor enjundia tiene razonar sobre el «requisito» de *inevitable*. Me parece obligado determinar de qué hablamos cuando usamos este adjetivo.

Por coherencia, no puedo decir *inevitable* para referirme sólo al temporal, al estado de la mar o al viento. Es razonable que *lo inevitable* se juzgue en función del *estado de cosas* al que vengo aludiendo, esto es, no sólo las circunstancias atmosféricas, sino ellas y el estado en el que el *Prestige* se encontraba.

Es tentador decir que *lo evitable* fue lo que ocurrió luego (esto es, el hundimiento del buque, el derrame de hidrocarburo y los daños que todos conocemos), pero esto, en mi opinión, sería una perversión dialéctica, porque implicaría tener resuelta de antemano la pregunta sobre si haber ordenado (o permitido) el remolque del buque a un puerto habría *evitado* lo que como desenlace ocurrió.

Es por esto por lo que, según creo, lo relativo a las *circunstancias de la naturaleza* en sentido estricto (el temporal, en suma) no entraña particular significado en lo que respecta a la responsabilidad o no responsabilidad de la Administración actuante.

Quiero decir que el *conjunto* al que antes me he referido (el temporal *que había* y el buque *como estaba*) no constituye en sí mismo —es decir, por sí solo— *material* suficiente para razonar en torno a la causa de exención que es la llamada «fuerza mayor», sino que es el *antecedente* para especular sobre si la Administración podría verse exonerada de responsabilidad a la luz de la segunda de las causas que al efecto establece el artículo 141 de la LAPP.

Expresado de otro modo, considero que razonar en torno a la fuerza mayor no lleva a ningún sitio en el caso en el que nos encontramos, a efectos del artículo 106.2 de la Constitución y del 141.1 de la LAPP,

porque, en el propósito de enjuiciar la acción de la Administración, el *estado de cosas* del día «x» (el *conjunto* del que vengo hablando) no fue un suceso *sobrevenido* respecto a una acción *previa* de esa Administración, sino la *realidad* sobre la que esta última tenía que operar.

Lo que significa, a mi juicio, que es necesario examinar si la decisión de la autoridad administrativa se halla o no cobijada en la otra causa de exención de responsabilidad.

C) Hablo, claro está, de la constituida por el segundo inciso del tan citado artículo 141.1 de la LAPP (daños derivados de hechos o circunstancias «que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción» de tales daños)⁵⁰.

No es dudoso que estas palabras de la Ley reflejan lo que comúnmente conocemos como «estado de la ciencia» o, en expresión de los juristas norteamericanos, «estado del arte»⁵¹. Es decir, algo parecido, aunque no necesariamente idéntico, a lo que también denominamos «riesgos del desarrollo».

El concepto de «estado de la ciencia», como es sabido, se acuñó en el terreno de la *product liability*, esto es, de la responsabilidad civil por daños derivados de productos defectuosos. Refleja la idea de que el fabricante puede ser eximido de responsabilidad si los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de puesta en circulación de un producto no eran los mismos que los que luego se tuvieron⁵². Y así se ha recogido en la Ley española sobre la materia, de 6-7-94, trasladando lo previsto por la Directiva comunitaria de 25-7-85⁵³.

⁵⁰ Sobre la distinción entre *ciencia* y *técnica*, v. la sentencia de la Sala Tercera de 31-5-99.

⁵¹ Por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 2.ª ed., Madrid, 2000, pp. 351 ss., y F. LÓPEZ MENUDO, «Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema», *Derecho y Salud*, vol. 8, julio-diciembre 2000, pp.1 ss.

⁵² Por todos, v. J. STAPLETON, *Product Liability*, Londres, 1994, y C. HODGES, *Product liability. European laws and practice*, Londres, 1993. No entro en la cuestión, irrelevante en el caso *Prestige*, de si el desconocimiento del concreto fabricante tiene o no que ver con lo que podría esperarse de un fabricante de productos análogos (en el sentido de que este último sí habría podido descubrir el defecto): J. LETE ACHIRICA, «Los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997», *Actualidad Civil*, núm. 28, 13-19 de julio de 1998, pp. 685 ss.

⁵³ En el artículo 6.1 de la Ley española se dispone que el fabricante o el importador no serán responsables si prueban «que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto».

No parece necesario extenderse ahora sobre la justificación de la exención de responsabilidad de la Administración por causa del «estado de la ciencia», aunque comparto la opinión de López Menudo⁵⁴, cuando dice que «si los ciudadanos resultan generalmente beneficiados de la acción prestadora pública, a la que exigen los niveles de calidad propios del moderno estado de la ciencia o de la técnica, asumiendo así sus riesgos, no es disparatado afirmar que aquéllos vengan obligados a soportar, en el plano jurídico, los eventuales daños generados por hechos producidos en un momento histórico en el que era invencible la ignorancia sobre sus efectos lesivos».

El hecho es que, volviendo al *caso Prestige*, la defensa de la Administración española tendrá que argumentar sobre este concepto de «estado de la ciencia».

Si es cierto (hipótesis) que la *ciencia náutica* —expresión con la que quiero significar lo que imagino que es un conjunto de saberes que van desde la Física hasta la Mecánica— no permite hoy afirmar con razonable seguridad lo que *procede hacer* en situaciones como las concurrentes en el acontecimiento que nos ocupa, existiendo también falta de certeza científica plena sobre los posibles efectos nocivos de una acción (la de llevar el buque mar adentro o la de conducirlo a puerto)⁵⁵, creo que encontraría sólido fundamento la defensa de la Administración española.

Dicho de otro modo, en tanto en cuanto fuera cierto que existen dudas científicas (también hipótesis) sobre lo que *tenía que haber sido* el proceder de la Administración en las circunstancias del *Prestige*, a la luz del «estado de los conocimientos», sería razonable, a mi entender, defender la decisión de la autoridad española con base en el artículo 141.1 de la LAPP. Tendría que demostrar —creo que le incumbe el *onus probandi*— que, en verdad, esa incertidumbre científica existe⁵⁶.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 4.

⁵⁵ Podría tener cabida aquí el llamado «principio de precaución», que en la hipótesis planteada exige la adopción de las precauciones que la prudencia recomienda (artículo 174 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea). No obstante, como ya he señalado en otro lugar (R. DE ANGEL YÁGÜEZ, «El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil», pendiente de publicación en una obra colectiva, Publicaciones de la Cátedra de Derecho y genoma humano, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco), este «principio de precaución» sería de aplicación para la confección de *protocolos de actuación* ante situaciones similares a las del *Prestige*, esto es, como fórmula de *policy* (entendida como «estrategia», «pauta» o «práctica»), pero no como criterio de valoración de responsabilidades ante decisiones ya tomadas.

⁵⁶ Así lo afirma también la citada sentencia de la Sala Tercera de 31-5-99.

D) Pero acaso pueda irse más lejos en la argumentación a favor de la Administración española, reflexionando en términos de relación de causalidad.

1. No faltan opiniones que sostienen que la «defensa» basada en el estado de la ciencia tiene que ver con el concepto de fuerza mayor. Según hemos visto antes, adopta este criterio la propia exposición de motivos de la Ley de 13-1-99, de modificación de la LAPP. También lo consideró así la sentencia de la Sala Cuarta de 3-12-99, dictada en un caso de inoculación de virus de hepatitis C.

Sin embargo, la concepción tradicional de la fuerza mayor llevaría a conclusión diferente, puesto que esa noción supone un acontecimiento que ocurre *ex post facto*, de naturaleza externa, y por tanto fuera del control del eventual responsable; mientras que, en el caso del «estado de la ciencia», la circunstancia así llamada se encuentra, como tal fenómeno, dentro de la esfera de actividad —distíngase del control— del hipotético responsable⁵⁷.

Suele argumentarse que «estado de la ciencia» y fuerza mayor no son lo mismo, porque en la Directiva comunitaria sobre productos defectuosos, antes citada, la segunda no está formulada como causa de exención de responsabilidad del fabricante, y sí en cambio la primera. Pero esta razón no me parece convincente, pues siempre cabe decir que el «estado de la ciencia» es una *modalidad* de la fuerza mayor. Esto, sin contar con otros argumentos que ahora no proceden.

Es innegable que el «estado de la ciencia» tiene *cierto parecido* con la fuerza mayor. Así opina Bercovitz⁵⁸, al considerar que hay una «ruptura de nexo causal entre conducta del productor y existencia del defecto por un supuesto similar a la fuerza mayor: la imposibilidad de descubrir —y, consecuentemente, subsanar— el defecto».

Pero, puestos a precisar más, y sin menospreciar la idea de que se trata de un caso en el que el particular tiene el deber jurídico de soportar el daño (con el inconveniente de que, vistas así las cosas, la reforma de 1999 sobre el texto originario de la LAPP quedaría en este punto

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 354, dice que «parece evidente que el supuesto no puede catalogarse entre los de fuerza mayor», a cuyo efecto cita la doctrina de la ya referida sentencia de la Sala Tercera de 31-5-99. De forma menos «comprometida», este autor acude al concepto de «título de imputación», argumentando que ese título —el riesgo creado por la Administración— no existe cuando se trata de un «riesgo permitido». Y en este último capítulo incluye el estado de conocimiento de la ciencia y de la técnica.

⁵⁸ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985», *Estudios sobre consumo*, núm. 7, abril 1986, p. 294.

desprovista de contenido), parece fundada la tesis de que la causa de exención que nos ocupa es una causa de justificación o de no antijuridicidad⁵⁹.

No obstante, creo que no cabe descartar que *los hechos* constitutivos de una hipótesis de «estado de la ciencia» puedan también tener significado a efectos de la relación de causalidad.

Desde luego, parece claro que es así si se contempla la relación de causalidad desde la perspectiva clásica de la *condicio sine qua non*. Así lo pone de relieve, indirectamente, Pantaleón Prieto⁶⁰, cuando dice:

«La fórmula de la *condicio sine qua non* —nos dicen, sobre todo sus contradictores— no aprehende inmediatamente la relación de causalidad, sino que la presupone lógicamente. Porque sólo cuando se sabe ya que existe un nexo causal entre una determinada condición y el resultado, puede afirmarse que, sin la condición, dicho resultado no se habría producido. Cuando, por el contrario, se desconoce la virtualidad causal de la condición en cuestión respecto del resultado, el procedimiento de supresión mental no puede proporcionarnos ninguna luz sobre si aquella ha tenido o no algún influjo sobre éste. Los famosísimos casos de la *talidomida* constituyen un buen ejemplo de lo que quiere decirse: si no sabemos previamente si, en el caso concreto que se juzga, la talidomida ha tenido o no influencia en las malformaciones del feto (éstas pueden ser exclusivamente debidas a otras causas), nada podrá decirnos la fórmula criticada sobre la existencia o no de relación de causalidad entre la toma de la talidomida y las citadas malformaciones. Sólo cuando se ha establecido previamente si la droga ha tenido o no influencia en la producción del evento lesivo, puede utilizarse con sentido la (ya sólo útil a efectos de control lógico a *posteriori*) fórmula de la *condicio sine qua non*».

Adoptando este punto de vista, podría decirse que toda relación causal se basa en lo cognoscible, esto es, en lo que se sabe a ciencia cierta que va a suceder. Aplicado esto, por ejemplo, a la responsabilidad por productos defectuosos, se diría que al tiempo del lanzamiento del producto al mercado no existe un nexo de causalidad «ajustado a la ley de la experiencia científica», precisamente porque cuando se elaboró aquél, el estado de la ciencia y de la técnica no permitía formular ninguna «ley científica» al respecto.

⁵⁹ Me convence la interpretación de LÓPEZ MENUDO, *op. cit.*, en su conjunto.

⁶⁰ F. PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1561 ss., concretamente 1562, en este pasaje.

Aplicado esto al *caso Prestige*, se diría que la Administración española adoptó una decisión que, aunque se entendiera no amparada por ninguna «ley de experiencia científica», tampoco se encontraba desautorizada por otra de las mismas características. Y aquí, siempre dentro de la hipótesis de «duda», se da la particularidad (hipótesis) de que no se ha llegado a un conocimiento científico o técnico que *después* ha acreditado que el *modo de actuar anterior* fue contrario o simplemente distinto del que *tenía que haber sido*. Esto, a diferencia de lo que ocurre con los ejemplos *académicos* en materia de daños derivados de productos defectuosos, en los que *a posteriori* se conoce la existencia del defecto.

2. Pero, como apuntaba antes, no me parecería infundado que la Administración española se defendiese en sede de relación de causalidad, sobre la base de los mismos hechos en que se ampararía la «defensa» fundada en el «estado de la ciencia».

Debo insistir en el matiz: el elemento común a ambas argumentaciones serían *unos determinados hechos*, los ocurridos, no —como es obvio— su interpretación dogmática.

Al comienzo de este trabajo decía que una eventual demanda contra una Administración española encontraría cobijo en la doctrina del *novus actus interveniens*. Es decir, dentro de lo que en la doctrina continental europea conocemos como relación de causalidad.

Pues bien, situándonos precisamente en ese terreno es cuando podría acudir a las construcciones, más o menos tradicionales, sobre la *puesta a cargo de alguien* que la relación de causalidad entraña.

Y para formular una interpretación al respecto, no con otro motivo, me atengo al criterio de la imputación objetiva.

Sin entrar en detalles sobre la doctrina así llamada, es razonable pensar que una eventual demanda contra la Administración española, si procediese del propietario del buque, podría inspirarse —ya lo decía también al principio— en el criterio de *no imputación* conocido como «prohibición de regreso». Aun admitiendo a efectos dialécticos la culpa del propietario del buque, o de su capitán, se negaría la imputación objetiva y el daño a cualquiera de ellos, porque en el proceso causal dañoso se incardinó sobrevenidamente la conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero. Recordémoslo: la decisión de la Administración española de conducir el buque mar adentro.

Ahora bien, se da la paradójica circunstancia de que también la Administración española podría acogerse a la relación de causalidad para fundar su no responsabilidad.

Porque, en efecto, no parece necesario insistir mucho en dos ideas:

- De un lado, en que la relación de causalidad es elemento inexcusable para que exista responsabilidad⁶¹. Cualquiera que sea el criterio de imputación (la culpa, el riesgo, la objetiva producción del daño, la equidad, etc.), no se responde si no puede *ponerse a cargo* del demandado el daño por el que se reclama. Y eso es razonar en el plano de la relación de causalidad. Y es por eso por lo que no se produce en materia de relación de causalidad ningún tipo de *presunción*, y tampoco inversión de la carga de la prueba⁶².
- De otra parte, es patente que una argumentación jurídica basada en la relación de causalidad exige —valga la forma de hablar— todavía más *precisión* cuando se trata de una responsabilidad calificada de objetiva, cual es la de la Administración en el Derecho español. Los detalles, los matices, en definitiva el análisis dotado de un mayor rigor, son los que permiten —razonando en sede de relación de causalidad— *limar las asperezas* de una responsabilidad objetiva y, por ende, evitar soluciones absurdas, extravagantes, y aun esperpénticas, a las que de otro modo podría conducir ese tipo de responsabilidad, pero *mal entendida*⁶³.

Volviendo a nuestro *caso*, la Administración española imaginariamente demandada⁶⁴, podría defenderse razonando, incluso (otra paradoja), en el terreno de la causa de no imputación objetiva que conocemos como «prohibición de regreso»; esto es, la misma que en principio podría soportar la pretensión del demandante.

Sin necesidad de repetir una sintética formulación de lo que se entiende por «prohibición de regreso» (pues me remito a la que antes he utilizado, tomándola de Pantaleón Prieto⁶⁵), este criterio de no imputación objetiva no se entendería bien, ni sería razonable, si no fuera con la puntualización que el mismo autor expresa, ajustándose a lo que la doctrina dominante opina.

⁶¹ Evidentemente, hablo de una responsabilidad *civil*, la de la Administración. Sigo rechazando eso que me parece tan raro, de *responsabilidad patrimonial*.

⁶² Cosa distinta es que esa carga pueda verse *aliviada*, en favor del perjudicado demandante. Pero eso será a través de argumentos distintos del *concepto* de relación de causalidad, argumentos que ahora no vienen a cuento.

⁶³ Acaso pueda residir aquí la explicación de que la doctrina de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo en punto a la relación de causalidad sea, en términos generales, de tanta calidad como la que a mi juicio tiene.

⁶⁴ No es tan imaginario, porque ya lo ha sido, por vía de reconvencción, en Estados Unidos, según antes hemos visto.

⁶⁵ «Causalidad ...», cit., p. 1568.

Tiene sentido negar la imputación objetiva del daño al demandado cuando, aun habiendo puesto en marcha éste el proceso causal, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero, «salvo que dicha conducta —sigo palabras del mismo autor— se haya visto significativamente favorecida por la actuación del demandado o, con más claridad, sea una de aquellas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir».

Si se enlaza esta idea con lo que antes he venido admitiendo a modo de hipótesis, se me hace difícil admitir que la acción de la Administración española, al ordenar el traslado del buque mar adentro, pueda calificarse de *gravemente imprudente*. Lo sería si los criterios de diligencia derivados de la experiencia científica (obsérvese que de nuevo regresamos al «estado de la ciencia») permitieran afirmar que aquella decisión fue abiertamente contraria o distinta de lo que esa *experiencia científica* exige o simplemente recomienda. De no ser así, no me parecería muy fundada una resolución que no *imputase* la responsabilidad a quien desencadenó el curso causal (otra vez tengo que volver a la hipótesis y razonar como si fuera seguro que quien lo hizo fue el propietario del buque, al ponerlo a la mar sin las debidas condiciones de navegabilidad).

Pero, incluso admitiendo a efectos dialécticos la grave imprudencia de la Administración, el problema sigue en pie.

Creo que es así, porque habría que determinar si la conducta de la Administración se vio «significativamente favorecida» por la inicial actuación del demandado. Me mantengo en la hipótesis de que el demandado fuera el capitán, o el propietario del buque, o incluso la sociedad de clasificación ABS.

Me parece que, al situarnos en este hito del razonamiento, nos encontramos con una circunstancia digna de ponerse de relieve: la de que, aunque hablemos de una responsabilidad de la Administración de carácter objetivo (en la que, por tanto, *se prescinde* de la culpa), nos vemos obligados a valorar el grado de reprochabilidad de las conductas enjuiciadas⁶⁶.

Es decir, con independencia del criterio de imputación de responsabilidad propio de cada caso, la puesta en juego de la doctrina de la «prohibición de regreso» no sólo permite, sino que obliga, a comparar, contrastar

⁶⁶ Sería algo parecido, *mutatis mutandis*, y sin perjuicio de la opinión que pueda merecer el criterio del Tribunal Constitucional en este punto, a lo que él declaró en la sentencia de 29-6-2000, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos órganos judiciales sobre determinados extremos de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en relación con la cuantificación de los daños personales basada en un sistema de «baremo». Como se recordará, la sentencia utiliza la expresión de *culpa relevante*.

o ponderar las conductas concurrentes, a fin de establecer —en lo que ahora nos ocupa— cuándo la actuación de quien puso en marcha el curso causal (en nuestro planteamiento dialéctico, el propietario del buque, pongamos por caso) *favoreció significativamente* el modo de proceder del sobrevenidamente interviniente (la Administración española).

Pero para seguir razonando en esta línea es necesario saber (incógnita) cuál fue la causa del primer *momento* en el proceso del *Prestige*.

Si se tratara de un acontecimiento fortuito (utilizo esta expresión en su sentido más amplio, sólo para querer significar que no hubo *culpa* de nadie), parece que aquí quedaría sofocada cualquier argumentación de la Administración española basada en lo que vengo diciendo.

Diferente sería la cuestión si se probara que hubo culpa del propietario del buque (insisto en que no es necesario hablar de otros culpables a estos efectos), por no reunir el *Prestige* las adecuadas condiciones de navegabilidad.

Si se diese esta segunda situación, no creo que fuera carente de fundamento la alegación de la Administración española en el sentido de que la conducta del propietario del buque *favoreció* de tal manera la decisión de la propia Administración, que esa decisión (*novus actus interveniens*) no *quebró* la inicial imputabilidad objetiva de lo ocurrido al propietario desencadenante del curso causal.

En el terreno de una *normal valoración de las cosas*, creo que un observador neutral (e incluso profano, quiero decir no jurista) no colocaría en el mismo plano de reproche el modo de proceder del propietario del buque (en función de un riesgo que es propio de su actividad, que entraña su lucro y que no encuentra disculpa) que el de la Administración, situada esta última en la tesitura de tomar una decisión urgente, impuesta por las circunstancias, obligadamente atenta a la preservación de intereses que no necesariamente tenían que haberse visto perjudicados (es una incógnita qué podía haber ocurrido si el *Prestige* hubiera llegado a más distancia de la que alcanzó) y, desde luego, desprovista de ánimo de lucro.

3. Pero, según decía al principio, todo lo anterior no es otra cosa que un conjunto de reflexiones (no tengo inconveniente en llamarlas especulaciones) que, como se ha visto, giran en torno a hipótesis *de hecho* no verificadas ni comprobadas todavía.

Es una ventaja (mejor dicho, una exigencia) de proposiciones científicas como las que preceden —por muy modestas que sean—, libres de la defensa de cualquier concreto interés.

LA PLANIFICACION ECONOMICA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA: LA TRANSFORMACION DE UN INSTRUMENTO INEDITO EN INADECUADO TITULO COMPETENCIAL

María Burzaco Samper

Sumario: I. La Planificación Económica y su ubicación en la Constitución Española de 1978. a) Algunos apuntes previos sobre la llamada Constitución económica. b) El Sistema Económico Constitucionalizado y sus Elementos: la Planificación Económica como límite del Derecho a la Libertad de Empresa. II. La planificación como técnica de intervención pública en la economía. a) Consideraciones preliminares. b) Objeto. c) La virtualidad de los Fines. d) La eficacia jurídica de los Planes: Planificación Indicativa versus Planificación Vinculante. III. Las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» como título competencial: su sobredimensionamiento en la jurisprudencia constitucional. a) Una primera incógnita. b) La invención de un título competencial inexistente: la Ordenación de la Economía General. c) Las consecuencias de la Jurisprudencia constitucional: el vaciamiento efectivo del art. 131 CE. IV. Recapitulando.

I. La Planificación Económica y su ubicación en la Constitución Española de 1978

a) *Algunos apuntes previos sobre la llamada Constitución económica*

El art. 131 CE, que contempla la planificación económica como técnica de intervención pública en la economía, se ubica en el Título VII CE, relativo a «Economía y Hacienda» y, en tal medida, entra de lleno en lo que comúnmente se conoce como *Constitución económica*.

Es sabido que, a diferencia del constitucionalismo clásico, las Constituciones contemporáneas se caracterizan por la proliferación de contenidos económicos y sociales¹. Sánchez Agesta residencia tal ausencia de

¹ ARAGÓN REYES subraya que el carácter eminentemente político de las Constituciones del siglo XIX no implicó la ausencia absoluta de la materia económica en las mismas: de un lado, en cuanto contenían cláusulas dedicadas a la Hacienda Pública; de otro, porque si bien no regulaban un modelo económico, sí lo establecían optando por el libre juego de las

determinaciones económicas en el primer constitucionalismo en la «creencia en una realización y desenvolvimiento espontáneo de la vida económica basada en la libre concurrencia»², de tal modo que el juego de las leyes propias del orden económico exigía, en todo caso, la independencia del poder político. En este sentido, Bassols subraya el hecho de que en la mentalidad de la época «no existía una representación de conjunto e individualizada del proceso económico como una instancia sobre la cual operar y modificar», convirtiéndose así el individuo en el «punto de referencia de las relaciones económicas», de suerte que «en sus libertades políticas se encerraban también sus libertades económicas»³.

La aparente «neutralidad constitucional» en materia económica⁴ comienza a romperse en el primer tercio del pasado siglo a través de tres textos que incorporan las primeras previsiones económicas en el marco

reglas del mercado sin injerencias del poder público. ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas y Estado social*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, p. 4.

Sobre esta misma cuestión, SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «El orden económico y social en el constitucionalismo español», en VV.AA. (coord. SÁNCHEZ AGESTA, Luis), *Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Edersa, Madrid, 1977, pp. 111-117; GOROSQUIETA, Javier, «Constitución y Economía», *Razón y Fe*, núm. 963, tomo 197, abril 1978, pp. 367-371; CLAVERO, Bartolomé, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 23.

² SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «Introducción», en VV.AA. (coord. SÁNCHEZ AGESTA, Luis), *Constitución y Economía... op. cit.*, pp. 3-4. Matizando esta idea, ROJO constata que esa «distancia» entre el poder político y la ordenación económica no era tan absoluta como suele afirmarse en la medida en que «el Estado inhibido era al mismo tiempo inhibidor, de tal manera que prohibía a los particulares lo que a sí mismo también prohibía (...). El objeto del orden público económico liberal era impedir una ordenación artificial de la economía, bien por el Estado, bien por la clase capitalista» y con remisión, por tanto, a las «leyes del mercado». ROJO, Angel, «El Derecho económico como categoría sistemática», en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Editorial Revista de Derecho Privado/Edersa, Madrid, 1981, p. 986.

³ BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 22-23. Si bien es cierto que el constitucionalismo histórico español no es una excepción a la situación general antedicha, debemos hacer constar que las exiguas referencias económicas en las Constituciones españolas del siglo XIX obedecen a motivos distintos de los predicables para el resto de textos europeos, a saber: de un lado porque la precariedad del régimen constitucional determinó que la preocupación esencial de los constituyentes de la época se centrara en el afianzamiento de los principios ideológicos y dogmáticos; por otra parte, y desde una perspectiva sociológica, porque la implantación del sistema constitucional tuvo como protagonistas a los ilustrados, funcionarios y profesionales, menos interesados que la clase burguesa —motor del constitucionalismo europeo— en la garantía de los aspectos económicos. BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema... op. cit.*, pp. 48-49.

⁴ GAYO DE ARENZANA, Luis, «Configuración constitucional de la propiedad privada», en VV.AA. (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), *XV Jornadas de Estudio. El sistema económico en la Constitución Española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 582-583.

de las Constituciones: nos referimos a la mexicana de 1917, la de Weimar de 1919 y la española de 1931⁵, siendo precisamente la reflexión teórica sobre la segunda de las citadas la que servirá de base para la configuración del término «Constitución económica»⁶.

Esta locución —acuñada por economistas y juristas alemanes⁷— que en la actualidad es aceptada prácticamente sin reservas⁸, ha sido objeto de cierta controversia en relación con su contenido y alcance⁹.

⁵ GARCÍA COTARELO, Ramón, «El régimen económico-social en la Constitución Española», en VV.AA. (coord. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón), *Lecturas sobre la Constitución Española I*, UNED, Madrid, 1978, 2.ª ed., p. 71.

⁶ Sobre las circunstancias históricas que rodearon la Constitución de Weimar y que explican el replanteamiento del papel del Estado en Alemania, FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad industrial y Administración Pública*, col. Estudios administrativos núm. 29, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, pp. 27-29; acerca de la significación de los aspectos económicos en dicha Constitución, BASSOLS COMA, Martín, «La planificación económica», en VV.AA. (dir. y coord. GARRIDO FALLA, Fernando), *El modelo económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, vol. II, pp. 238-242.

⁷ Curiosamente no hay coincidencia en la doctrina a la hora de establecer la paternidad del término. Así, GARCÍA-PELAYO atribuye la expresión «Constitución económica» («Wirtschaftsverfassung») a EUCKEN y HUBERT. GARCÍA PELAYO, Manuel, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en VV.AA. (dir. RAMÍREZ, Manuel), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Librería Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 31. En idéntico sentido GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 583. LOJENDIO E IRURE, sin embargo, recuerda que ya en 1932 BECKERATH tituló su trabajo en homenaje a SOMBART, «Politische und Wirtschaftsverfassung». LOJENDIO E IRURE, Ignacio M.ª, «Derecho constitucional económico», en VV.AA. (coord. Sánchez Agesta, Luis), *Constitución y Economía... op. cit.*, pp. 82-83.

⁸ Algunos autores optan por otras denominaciones, aunque sin alterar sustancialmente el significado último de la expresión. Así, GAYO DE ARENZANA prefiere hablar de «sistema económico constitucional», o CONSTANTINESCO, para quien «Constitución económica» y «orden económico» son términos sinónimos. GAYO DE ARENZANA, Luis, *op. cit.*, p. 583; CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, «La constitution économique de la CEE», *Revue Trimestrielle de Droit europeen*, 13.º année núm. 1, enero-marzo 1977, p. 248.

⁹ La discusión en torno al concepto que nos ocupa ha vivido dos períodos especialmente intensos: el primer momento, durante los años 30, marcado por la Escuela de Friburgo y liderado por EUCKEN y BÖHM, en el que, superando concepciones meramente fácticas sobre el «orden económico», se dota a este último de un sentido jurídico; el segundo período, situado en los 50 y 60, centra el debate sobre el papel del Estado en la economía y la eventual constitucionalización de los instrumentos de intervención pública. Sobre estos extremos, GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, «El orden económico en la Constitución», *Libre Empresa*, año III núm. 8, septiembre-octubre 1978, pp. 9 y 17-20; COTARELO GARCÍA, Juan, «El concepto de Constitución económica y su aplicación a la Constitución Española de 1978», en VV.AA. (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), *XV Jornadas de Estudio... op. cit.*, págs 130-132 y 134-136; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988, p. 27; CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *op. cit.*, pp. 245-246 y 248-249.

Siguiendo la formulación de García-Pelayo, la Constitución económica estaría conformada por las «normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico»¹⁰. Un contenido que, conforme al trazado que realiza Lucas Verdú, convierte a aquélla en «ingrediente» de la propia fórmula política de la Constitución¹¹.

En todo caso, e independientemente de la significación material o formal que se le haya atribuido al concepto¹², lo cierto es que éste

¹⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 31. Esta definición (que es posiblemente la que más fortuna ha tenido entre la doctrina), ha sido asumida prácticamente en sus propios términos literales por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC): así en el Voto particular formulado por Díez-Picazo (al que se adhieren los Magistrados Díez de Velasco Vallejo y Fernández Viagas) a la STC 37/1981, de 16 de noviembre (BOE de 28-11-1981) y, posteriormente, en el Fundamento Jurídico (en adelante, FJ) Primero de la STC 1/1982, de 28 de enero (BOE de 26-2-1982). En conexión con esta misma conceptualización, la STC 64/1990, de 5 de abril (BOE de 7-5-1990) ha resaltado «la importancia que, especialmente en Estados como el nuestro de estructura territorial compuesta, adquiere la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, como proyección del principio de unidad que el art. 2 CE consagra» (FJ Tercero).

Para LINDE PANIAGUA esta definición «más que aclarar, induce a equívocos» al entender que el «orden económico» no integra el «contenido esencial de la Constitución». Comprender cabalmente la postura de LINDE requiere tener en cuenta que éste sólo encuadra en lo que denomina «contenido esencial» de la Constitución aquellos preceptos de la norma fundamental para cuya modificación ésta exige el procedimiento superrígido contemplado en el art. 168 CE. LINDE PANIAGUA, Enrique, *Introducción al sistema económico en la Constitución Española*, Marcial Pons, Valencia, 1987, pp. 9-10.

¹¹ LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Tecnos Madrid, 1983, 3.ª ed. (revisada), p. 428.

¹² Suele distinguirse entre un sentido *amplio o material* y un sentido *estricto o formal* de Constitución económica según el acento se coloque en el objeto de la regulación o, por contra, en la cualidad de las normas que disciplinan dicho objeto. SANTOS, Vicente, «El modelo económico y unidad de mercado en la Constitución Española de 1978», en VV.AA. (dir. RAMÍREZ, Manuel), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982, pp. 367-368; DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Constitución económica y Derecho Mercantil», en VV.AA., *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pp. 70-71.

Aquellos autores que abogan por un entendimiento lato del término consideran que la Constitución económica comprende las normas que definen el orden público económico, tengan éstas o no sanción constitucional. Así, GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, *op. cit.*, pp. 16 y 24; DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Consideraciones sobre el modelo económico del anteproyecto de Constitución», *Sal Terrae*, tomo 66, núm. 777, febrero 1978/2, p. 99; FONT GALÁN, Juan Ignacio, «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 152, abril-junio 1979, p. 213; desde una perspectiva más económica que estrictamente jurídica, CASAS PARDO, José y FERNÁNDEZ CAÑZOS, Juan Jesús, «Las constituciones económica y fiscal en la Constitución Espa-

se compone de elementos heterogéneos que Constantinesco ha sistematizado en tres categorías¹³: a) Objetivos globales a los que se dirige; b) Instrumentos que habrán de servir a la consecución de tales objetivos; c) Principios que determinan el funcionamiento de dichos instrumentos.

Dentro de ese esquema (cuyas concomitancias con la propia estructura de todo plan son evidentes¹⁴), la planificación económica se sitúa como instrumento conducente al logro de objetivos generales; instrumento sometido a los principios del orden económico constitucional del que forma parte como uno de sus elementos.

b) *El Sistema Económico Constitucionalizado y sus Elementos: la Planificación Económica como límite del Derecho a la Libertad de Empresa*

No siendo del caso entrar en el largo debate que supuso el análisis del eventual sistema económico constitucionalizado¹⁵, conviene destacar, sin embargo, el papel que la doctrina otorga a la planificación económica dentro del mismo.

Es evidente que la referencia al «marco de la economía de mercado» contenida en el art. 38 CE es insoslayable; como también lo es el

ñola de 1978», en VV.AA. (ed. ALVAREZ CONDE, Enrique), *Diez años de régimen constitucional*, Universidad de Valencia/ Tecnos, Madrid, 1989, p. 32.

En un sentido estricto, el concepto sólo integraría las normas que sobre el orden económico se hallan encuadradas en el propio texto constitucional. En esta línea, ARAGÓN REYES, Manuel, *op. cit.*, p. 9; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «Constitución, modelo económico y nacionalizaciones», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 9, año III, enero-marzo 1983, p. 17.

¹³ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *op. cit.*, p. 251.

¹⁴ Véase, epígrafe «II. La planificación como técnica de intervención pública en la economía, a) Consideraciones preliminares», pp. 00 y ss.

¹⁵ Un tratamiento exhaustivo de las diversas opiniones vertidas sobre el particular excede de las dimensiones del presente trabajo y posiblemente ha ocupado más páginas de las que el tema en realidad merece. La disparidad de los criterios que se manejan —cuestión sobre la que no hay unanimidad, ni siquiera muchas veces un consenso mínimo— y la inexistencia de formulaciones precisas que, desde el propio ámbito económico, sirvan de referencia definitiva, convierten la polémica en una discusión bizantina que suele quedarse en mera discrepancia sobre los significantes que sirven para rotular uno u otro sistema económico.

A ello debe unirse el hecho —éste sí incontrovertido— de que el sistema no difiere en sustancia del existente en el período franquista (aunque, obviamente, con valores, principios y objetivos disímiles a los de éste) y que, por lo demás, es el imperante en los países de nuestro entorno. Sobre la «novedad» que implica la constitucionalización de las fórmulas de intervención económica ya conocidas, *vid.* GARCÍA-PELAYO, Manuel, *op. cit.*, pp. 50-51.

hecho de que perfilar el sistema económico que la norma fundamental pretende garantizar exige una interpretación conjunta y sistemática de los preceptos constitucionales de contenido social y económico que, en todo caso, no se agota en las meras declaraciones formales «sino que debe ser completada mediante el conjunto de derechos, deberes y responsabilidades reconocidos a los agentes, tanto públicos como privados, que en aquel participan»¹⁶.

Se ha venido afirmando que el orden económico ínsito en la CE está configurado como un engranaje de contrapesos en el que, a modo de balanza, se sitúa por un lado el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE) y el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) y, por otro, toda la panoplia de mecanismos públicos de intervención que actúan como límite de aquéllos, a saber: la iniciativa pública en la actividad económica, la reserva al sector público de recursos y servicios esenciales, la intervención de empresas (todos ellos previstos en el art. 128.2 CE) y la planificación (art. 131 CE)¹⁷.

En este sentido puede advertirse que la controversia doctrinal ha girado en torno al mayor o menor alcance asignado a tales instrumentos y, fundamentalmente, a la interpretación que se hace de los mismos a la luz de otros preceptos constitucionales de contenido económico-social avanzado (arts. 1.1, 9.2, 33.2, 40.1, 128.1, 129.2, 130 CE,...)¹⁸.

Idéntica interacción se produce en la interpretación del art. 131 CE: por un lado, y en cuanto elemento indiscutible —y posiblemente el más extremo— de la Constitución económica, ha servido de pauta en el intento de dibujar el sistema que aquélla contempla; pero, paralelamente, su misma dicción literal se ha visto acrisolada por otros preceptos constitucionales que, como veremos, determinan su objeto, alcance y los límites a los que se somete.

¹⁶ GISPERT PASTOR, María Teresa de, «La noción de empresa en la Constitución Española», en VV.AA., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 42.

¹⁷ A esta enumeración puede añadirse la forma extrema que implica la propia privación de bienes y derechos a través de la expropiación forzosa (art. 33.3 CE).

¹⁸ Esta lectura de los instrumentos de intervención en relación con los postulados del Estado Social y Democrático, determina que, aún partiendo del mismo sistema u orden económico, el modelo se dinamice convirtiéndose en objeto de elección entre una pluralidad de opciones. Empleando una elocuente frase de LUCAS VERDÚ, podemos decir que « (...) subyacente al texto constitucional que desde luego lo *condiciona* pero no lo *determina* (...) está un subsuelo socioeconómico que puede expresarse como *neocapitalismo en transformación*». LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estimativa y política constitucionales. Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 62.

Desde posiciones teóricas, la inserción de la planificación económica en el texto constitucional se ha contemplado con relevancia desigual. Así, mientras para García Cotarelo es «piedra de toque del carácter del sistema económico de que se trate»¹⁹, Brey Blanco la califica de «elemento corrector»²⁰ del propio sistema, Boyer como elemento coordinador entre la libre iniciativa privada y la acción del sector público²¹ o Duque Domínguez, más asépticamente, como «un elemento más de la ordenación de la economía de mercado»²².

Mayor preocupación ha suscitado la interrelación entre planificación económica y derecho a la libertad de empresa, no tanto por la consideración particularizada del art. 131 CE, como por la inclusión de aquel término en la dicción del art. 38 CE. Este artículo, al que se concede una posición central en el sistema económico constitucional²³, reúne en su seno disposiciones jurídicas y formulaciones económicas²⁴, dando lugar a interpretaciones de variado signo.

El reconocimiento del derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» (art. 38 CE), abona la idea de una planificación que, aunque potestativa («...*en su caso*...»), se

¹⁹ GARCÍA COTARELO, Ramón, *op. cit.*, p. 79. En parecido sentido se pronuncia GARCÍA ECHEVARRÍA para quien el contenido que vaya a darse al art. 131 CE constituye la «verdadera incógnita del orden económico que esboza la Constitución». GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, *op. cit.*, p. 58.

²⁰ BREY BLANCO, José Luis, «Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional», en VV.AA. (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), *XV Jornadas de Estudio... op. cit.*, pp. 102 y 104.

²¹ BOYER, Miguel, «El sistema económico en la futura Constitución Española», en VV.AA., *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 272. Dan también primacía de la cualidad coordinadora de los planes, ALBORCH BATALLER, Carmen, «Reflexiones en torno a la iniciativa económica privada e iniciativa económica pública en la Constitución Española», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, p. 167; CASAS PARDO, José y FERNÁNDEZ CAÍNZOS, Juan Jesús, *op. cit.*, p. 38.

²² DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Consideraciones sobre...», *op. cit.*, p. 107.

²³ ALBORCH BATALLER, Carmen, *op. cit.*, p. 160; GARRIDO FALLA, Fernando, «Introducción general», en VV.AA. (dir. y coord. GARRIDO FALLA, Fernando), *El modelo económico... op. cit.*, p. 48; FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 225;

²⁴ DAGO ELORZA atribuye a esta adición de elementos heterogéneos la complejidad que el art. 38 CE tiene para el intérprete. DAGO ELORZA, Iñigo, «Las ayudas del Estado en la economía de mercado: planteamiento», en VV.AA. (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), *XV Jornadas de Estudio... op. cit.*, p. 196.

Otros autores advierten que el auténtico «elemento de indeterminación» se halla en la referencia a la «economía de mercado» como marco en el que la libertad de empresa debe desenvolverse. FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, pp. 222 y 224.

coloca como límite al propio derecho. *Límite a su vez limitado*, por cuanto con base en el art. 53.1 CE, aquélla deberá en todo caso respetar el contenido esencial del derecho²⁵.

Despejar las incógnitas que este galimatías contiene pasa por desentrañar dos cuestiones fundamentales: qué debe entenderse por «derecho a la libertad de empresa» y, dentro de esa significación, cuál es el núcleo infranqueable que conforma el «contenido esencial».

Respecto a la primera de las cuestiones, se ha puesto de manifiesto que el art. 38 CE presenta un doble plano²⁶: a) En su *vertiente institucional*, el derecho a la libertad de empresa actúa como garantía para el mantenimiento de la economía de mercado, de modo que los poderes públicos se ven comprometidos a asegurar las reglas de la libre competencia y a someterse a ellas en lo atinente a la actividad económica desarrollada por el sector público; b) En su *vertiente subjetiva*, permite al titular del derecho reaccionar frente a cualquier medida restrictiva, excluyente o que resulte desproporcionada para la consecución del fin de interés general que justifique aquélla²⁷.

Este carácter bidireccional, unido a la primacía que el TC otorga al 38 CE como garantía institucional²⁸, convierte la determinación

²⁵ Frente a ciertas opiniones que, acogiéndose al art. 53.1 CE, han pretendido ver una superioridad del art. 38 CE sobre los preceptos que recogen los diversos instrumentos de intervención (entre ellos, el art. 131 CE), RICO-RICO RUIZ hace notar que la salvaguarda del 53.1 CE «no es sino una manifestación del «principio general de constitucionalidad» del art. 9.1 que somete a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». RICO-RICO RUIZ, Gerardo, «La libertà di impresa nella costituzione spagnola: con particolare riguardo al principio di libera concorrenza», en VV.AA. (dir. MEZZETTI, Luca), *Costituzione economica e libertà di concorrenza. Modelli europei a confronto*, Centro italiano per lo sviluppo della ricerca (CISR)/ G. Giappichelli Editore, Torino, 1994, p. 46.

²⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago y BAÑO LEÓN, José María, «Libertad de empresa y unidad de mercado», en VV.AA., *La empresa en... op. cit.*, pp. 214-220.

²⁷ En contraposición a las opiniones que dan preeminencia al aspecto institucional, MARTÍN-RETORTILLO argumenta que «el modelo se apoya, básicamente, en la sanción de la libertad de empresa como auténtico derecho (...) cuyo titular ostenta un status jurídicamente protegible por los Tribunales de Justicia». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 86. Merece destacarse que esta vertiente individual se formula prioritariamente de un modo negativo de manera que «lo decisivo no sería la protección del derecho subjetivo del empresario a desarrollar autónomamente su actividad en el sistema económico, sino la posibilidad de rechazar las inmisiones de los poderes públicos en el sistema de mercado regulado autónomamente (...) cuando no estuvieran justificados por la protección de otros intereses constitucionalmente protegidos». DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Constitución económica y...», *op. cit.*, p. 97.

²⁸ Predominio que, según el TC, «es patente». STC 83/1984, de 24 de julio, FJ Tercero (BOE de 24-08-1984).

del «contenido esencial» del derecho en tarea que algunos han considerado «imposible»²⁹. Rojo es probablemente quien con más precisión ha definido los contornos del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, distinguiendo en él tres aspectos: libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio o permanencia en el mercado y libertad de cesación o de salida del mismo³⁰.

Atendiendo a lo expuesto, el siguiente paso consiste en fijar el posible campo de acción de la actividad planificadora, extremo sobre el que no hay total acuerdo. La posición mayoritaria —que nosotros compartimos— concibe la planificación económica como límite externo y, más específicamente, como límite a la libertad de ejercicio empresarial³¹. Otros, por contra, lo configuran como un límite intrínseco que, a la postre, viene a «funcionalizar» el derecho del art. 38 CE hacia exigencias socioeconómicas prevalentes³² y, por tanto, en un sentido

²⁹ SÁNCHEZ-BELLA CARSWELL, Alfredo, «El principio de libertad de empresa», en VV.AA., *La Constitución Española. Lecturas para después de una década*, Editorial de la Universidad Complutense/Fundación para la Libertad y la Democracia, Madrid, 1989, p. 220; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 85.

El propio TC, reconociendo que ésta es una «cuestión que no está exenta de graves dificultades de definición a priori con carácter abstracto y de general aplicación» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ Quinto; BOE de 14-4-1987), ha evitado durante mucho tiempo pronunciarse sobre la misma, actitud que ha merecido severas críticas doctrinales. Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons/Idelco, Madrid, 1995, p. 84.

³⁰ ROJO, Angel, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 169-170, julio-septiembre 1983, pp. 327-335.

³¹ ROJO, Angel, «Actividad económica pública...», *op. cit.*, p. 331; DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Consideraciones sobre...», *op. cit.*, p. 102. Desde este mismo planteamiento, ENTRENA CUESTA hace notar que las condiciones de ejercicio que por razón de la planificación puedan imponerse «han de ser en todo caso conformes al mercado», lo que implica que deberán estar justificadas finalísticamente por la adecuación al mismo e instrumentadas por los cauces formales que la CE impone. ENTRENA CUESTA, Ramón, «El principio de libertad de empresa», en VV.AA. (dir. y coord. GARRIDO FALLA, Fernando), *El modelo económico... op. cit.*, p. 140.

³² Partiendo de esta idea, la planificación económica «no interfiere en el «marco de la economía de mercado» sino en el *modus operandi* de la libertad de empresa, de manera que aquélla no puede alterar o quebrar la *estructura modélica básica* del sistema económico constitucionalizado». FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 232.; en similar sentido, COTARELO GARCÍA, Juan, *op. cit.*, p. 157. Como es fácilmente advertible, las consecuencias derivadas de esta concepción varían sustancialmente de las expuestas en la nota anterior: en la medida en que la planificación entra a formar parte de la propia «esencialidad» del derecho, modulándolo, su ámbito de actuación es potencialmente mucho más amplio.

análogo al modo de operar de la función social del derecho de propiedad³³ (art. 33.2 CE).

II. La planificación como técnica de intervención pública en la economía

a) *Consideraciones preliminares*

En el terreno del Derecho Público la planificación se ha venido considerando como «la forma extrema de intervención de la Administración en la economía»³⁴, «la técnica superior para reducir los conflictos y determinar el desarrollo económico social»³⁵. Este planteamiento, de fuerte componente político, determinaría la existencia de un «Estado del Plan» como etapa ulterior al «Estado intervencionista»³⁶, y consiguientemente, más allá de su consideración estricta como instrumento de intervención en el sentido que ahora nos ocupa.

En términos generales —y, por tanto, al margen de las adjetivaciones que puedan unirse al concepto— la planificación implica un proceso de racionalización en la toma de decisiones; proceso que, en su aspecto

³³ ENTRENA CUESTA, a nuestro entender de manera forzada, va incluso más allá: con base en la íntima conexión entre derecho de propiedad y derecho a la libertad de empresa, sostiene que «las limitaciones y deberes inherentes a la función social de aquél (...) influyen, a su vez, para condicionarlo, en el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa». ENTRENA CUESTA, Rafael, «El modelo económico de la Constitución Española de 1978», en VV.AA., *La empresa en... op. cit.*, p. 31.

³⁴ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la Economía*, Tecnos, Madrid, 1966, p. 133. En el mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ AGESTA para quien la planificación constituye el «último eslabón de la cadena» en el proceso de intervención económica creciente por parte del Estado. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «Planificación económica y régimen político», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, septiembre-diciembre 1950, p. 31.

³⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo, «Constitución - Administración - Planificación. Tres principios básicos reguladores de la convivencia política occidental», en VV.AA., *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1960, p. 881.

³⁶ Las expresiones entrecomilladas corresponden a CAZORLA PRIETO, LUIS M.^a, «El marco económico en el anteproyecto constitucional: intervencionismo y planificación», en VV.AA., *Estudios sobre el proyecto...*, p. 248. LUCAS VERDÚ sintetiza esas fases con las siguientes palabras: «el principio básico regulador de la convivencia política occidental, en la etapa del Estado liberal, es la Constitución; el principio básico regulador de esa convivencia en la etapa del Estado democrático liberal intervencionista es el derecho administrativo; por último, el principio fundamental que regula la sociedad occidental en la etapa de declinación del Estado contemporáneo es la planificación». LUCAS VERDÚ, Pablo, «Constitución - Administración ...», *op. cit.*, p. 859.

estático o estructural, puede descomponerse en tres elementos básicos: a) Ordenación sistemática y global de la concreta realidad sobre la que va a incidirse; b) Determinación de los objetivos al servicio de los cuales se instrumenta la planificación; y c) Concreción de los medios —jurídicos, financieros y actuaciones materiales— que, proyectados temporalmente, tiendan a la consecución de los fines prefijados³⁷.

Partiendo de ese esqueleto, la planificación es junto con el Presupuesto (art. 134 CE) una de las dos grandes magnitudes de actuación global sobre el sistema económico por parte de los poderes públicos³⁸. Sin embargo, mientras el presupuesto es una institución inherente al Estado constitucional, la planificación económica es una técnica de actuación y de intervención ligada a condicionamientos ideológicos y económicos previos. Esta circunstancia determina que su definición conceptual presente perfiles borrosos y, en ocasiones, de difícil deslinde respecto a términos afines³⁹.

La planificación de la actividad económica general es, en realidad, un fenómeno moderno⁴⁰ que surge tras la primera conflagración

³⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, pp. 325-331.

³⁸ BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema... op. cit.*, p. 213. Las concomitancias entre planificación económica y presupuestos están fuera de toda duda: de un lado, la planificación exige tener su correspondiente reflejo en las previsiones presupuestarias de tal modo que pueda soportarse el coste de las medidas que aquélla contempla; de otro, la configuración de los presupuestos y su carácter de instrumento de política económica, los asimilan a una planificación económica, de la que se distingue por su duración más limitada. MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Público de la Economía*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1985, p. 46. En parecidos términos, el TC ha destacado «la vocación planificadora de los Presupuestos Generales, programa económico anual de la Hacienda Pública (...)» (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ Cuarto; BOE de 20-1-1993).

³⁹ BAENA DEL ALCÁZAR distingue entre *planeamiento*, *planificación* y *programación* en los siguientes términos: «El planeamiento no es más que una actividad de estudio inicial que corresponde sobre todo a los órganos de asesoramiento o de staff. Consiste esencialmente en realizar los estudios previos necesarios, elaborar el plan y someterlo a los organismos competentes (normalmente el Parlamento) para su aprobación. La planificación es, por el contrario, la actividad encaminada a coordinar el conjunto de actividades de la Administración del país, en orden a la ejecución y cumplimiento del plan. Por último la programación se refiere a la aplicación por cada sector de la Administración de las medidas previstas en el Plan». BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, «El papel del Derecho Administrativo en la Economía», *Documentación Administrativa*, núm. 94, octubre 1965, p. 51. En línea análoga a ésta MARTÍN MATEO distingue entre *planes económicos* y *programas*. MARTÍN MATEO, Ramón, *op. cit.*, pp. 42-44.

Por el contrario, GIANNINI entiende que «planificación» y «programación» son «términos equivalentes, salvo en el lenguaje de la norma positiva». GIANNINI, Massimo Severo, *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1991, p. 155.

⁴⁰ SÁNCHEZ AGESTA atribuye la primera formulación científica de la «planificación económica» a Walter RATHENAU. Por su parte, es Bertrand DE JOUVENEL —hacia 1928— quien bautiza el fenómeno en Francia con el término «dirigisme», mientras en Alemania

bélica⁴¹ y que conoce su máximo desarrollo en el marco de la economía socialista de los países del este europeo⁴².

La radicalidad de este tipo de planificación económica condujo a una distorsión perversa de la fórmula planificadora que terminó siendo asimilada con la idea de dirección centralizada de la economía y asunción por parte del Estado de la totalidad de los medios de producción. Provocó, en suma, la ideologización del concepto hasta el punto de que, en muchos sectores, planificación y libertad se presentaron como nociones antagónicas⁴³.

En todo caso, debe constatar que cualquier reducción de la planificación económica a modelos de dirigismo estatal pugna con la propia realidad histórica. Los países occidentales con economías de mercado han hecho uso de este instrumento, si bien no siempre con resultados satisfactorios⁴⁴.

LEDERER ya la denominaba «Planwirtschaft», economía de plan o economía planificada. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «Planificación económica...», *op. cit.*, p. 32.

⁴¹ La conversión del «derecho de guerra» en «derecho de paz» se produce, según ROJO, en tres fases, cuyo primer estadio es precisamente la sustitución del «laissez-faire, laissez païser» por la planificación indicativa y la idea de Administración como prestadora de servicios públicos, hecho éste que conllevó una ampliación decisiva de las fórmulas clásicas de actuación administrativa (policía, fomento y servicio público). Un segundo paso estaría marcado por el «principio de la iniciativa pública en la actividad económica en concurrencia —e igualdad— con la privada»; siendo la tercera y última de tales fases, la aparición de un nuevo orden jurídico llamado a cumplir una doble función: por un lado, como «instrumento para la constitución de un nuevo orden económico»; por otro, «como instrumento para su mantenimiento». ROJO, Angel, «El Derecho económico...», *op. cit.*, pp. 983-984.

⁴² Sobre la planificación económica en la URSS y países de su entorno, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, pp. 342-347; GIANNINI, Massimo Severo, *op. cit.*, p. 133.

⁴³ La obra de HAYEK —*Camino de servidumbre*— tuvo una influencia decisiva en este hecho que, por lo demás, se encuentra en la base de las posturas más virulentamente contrarias a la planificación. Esa identificación de la planificación económica con sistemas políticos totalitarios tuvo igualmente reflejo en el debate constituyente y ha presidido algunas de las posturas doctrinales sobre este tema. LÓPEZ RODÓ, Laureano, «El modelo económico de la Constitución», en VV.AA., *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, p. 448; GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, *op. cit.*, pp. 50 y 52; en relación con el modelo franquista, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «Constitución, modelo...», *op. cit.*, p. 25.

⁴⁴ Esta experiencia planificadora ha vivido dos momentos claramente diferenciados: a) Durante el período de entreguerras, en el que se intenta la planificación como vía para superar la crisis imperante tendiendo hacia fórmulas de democracia económica participativa; b) Tras la II Guerra Mundial, cuando la planificación económica comienza a desvincularse de la concepción política marxista y se asume como técnica de acción pública en el ámbito económico íntimamente ligada al «desarrollismo». En este sentido,

Los expuestos no son, sin embargo, los únicos factores que han incidido negativamente en la formulación de la planificación económica: a la ideologización del concepto y el fracaso de las experiencias occidentales, se suma, como tercer ingrediente, las dificultades intrínsecas al propio proceso planificador. Escollos, primero, de carácter técnico centrados en la dudosa probabilidad de anticipar de un modo realista las condiciones futuras evitando la contingencia de las múltiples variables económicas⁴⁵. Y obstáculos, en segundo lugar, de naturaleza jurídico-institucional, fundados ya en el elevado grado de formalización que encierra su procedimiento de aprobación⁴⁶ (art. 131.2 CE), ya en las dimensiones del aparato administrativo que la ejecución de un plan económico requiere⁴⁷, ya en la complejidad inherente a los Estados compuestos que —como el español— tiene sus competencias económicas distribuidas en diversas instancias territoriales⁴⁸.

Tal vez sean todas estas razones —y algunas otras que expondremos seguidamente— las que permitan explicar por qué la fórmula del art. 131 CE aún no ha visto la luz y que, mucho nos tememos, continuará inédita sine die⁴⁹.

b) *Objeto*

El art. 131 CE define con relativa sencillez el objeto de la planificación: «la actividad económica general». Sencillez más aparente que real, como lo demuestra la disparidad de opiniones doctrinales y la propia

hay ensayos planificadores inmediatamente después del conflicto bélico y, posteriormente, en torno a la década de los 60, con resultados ciertamente dispares. BASSOLS COMA, Martín, «La planificación y la intervención pública en la economía», en VV.AA., *La empresa en...* op. cit., pp. 141-142; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, op. cit., pp. 341-355.

⁴⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, op. cit., p. 42.

⁴⁶ BASSOLS COMA, Martín, «La planificación y la intervención...», op. cit., p. 146.

⁴⁷ GIANNINI, Massimo Severo, op. cit., p. 158.

⁴⁸ BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema...* op. cit., pp. 284-303. Respecto a esta objeción, MARTÍN-RETORTILLO reconoce que la planificación económica «se formaliza más fácilmente (...) en esquemas políticos de carácter centralizado», pero no considera que «sea, por sí, causa bastante para explicar su abandono». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, op. cit., p. 358.

⁴⁹ El tiempo parece haber quitado la razón a quienes vieron el recurso a la planificación como una necesidad ineludible para el nuevo Estado. CAZORLA PRIETO, Luis M.^a, op. cit., p. 255. Por el contrario, otros —quizás más realistas— ya vaticinaron que la planificación del 131 CE era una opción poco probable o que, de darse, ésta sería puramente ocasional. MARTÍN MATEO, Ramón, op. cit., pp. 42-43; SÁNCHEZ-BELLA CARSWELL, Alfredo, op. cit., p. 221.

posición cambiante del TC. No obstante, esta polémica parece haber quedado zanjada en favor de una lectura común que, en nuestra opinión, no es plenamente convincente.

Desde posiciones teóricas se ha puesto de relieve que la planificación puede extenderse a la economía en su conjunto, a sectores económicos concretos e, incluso, a la actividad empresarial en sentido estricto. Esta idea tolera, por tanto, tres tipos distintos de planificación económica: la global, la sectorial o parcial y la particular o singular⁵⁰.

Entendemos que una concepción de semejante amplitud no es admisible. La planificación como técnica de intervención posee una dimensión exclusivamente macroeconómica⁵¹. Pretender que, además, abarque el ámbito microeconómico no resulta una hipótesis razonable y, desde el prisma constitucional, no es viable salvo en el supuesto y con las condiciones previstas para la llamada «intervención de empresas» (art. 128.2 *in fine* CE).

Situado así el objeto en el campo macroeconómico, cabría concluir que la CE permite tanto la planificación global —esto es, la que recae sobre la economía en su integridad—, como la parcial —aquella que versa sobre sectores económicos determinados—, posibilidades ambas que, de hecho, fueron inicialmente admitidas por el TC:

«[El legislador estatal] puede, a través de los planes previstos en el art. 131 CE, fijar las bases de la ordenación de la economía general y de sectores económicos concretos —dado que el art. 149.1.13 CE no establece límites en cuanto al contenido de la planificación económica—(...)» (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ Decimocuarto)⁵²

Esta primera interpretación sufrió un giro radical en la STC 29/1986, cuyo criterio permanece inalterado hoy en día y que, previsiblemente, se mantendrá como definitivo:

«(...) debe señalarse que *el art. 131* responde a la previsión de una posible planificación económica de carácter general como indica su

⁵⁰ En este último sentido se pronuncia ARIÑO ORTIZ, para quien planificar consiste en «sustituir la decisión empresarial por la decisión estatal». ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios constitucionales... op. cit.*, p. 123.

⁵¹ URRUTIA, Juan, «Una nota sobre Constitución y Ciencia económica», en VV.AA. (ed. PECES-BARBA, Gregorio), *Estudios sobre la Constitución Española*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/ Universidad Carlos III de Madrid/ BOE, Madrid, 1994, p. 196; MORISI, Massimo, *op. cit.*, p. 412; CASAS PARDO, José y FERNÁNDEZ CAÑZOS, Juan Jesús, *op. cit.*, p. 38.

⁵² BOE de 18-08-1983.

propio tenor literal, y que de los trabajos y deliberaciones parlamentarias para la elaboración de la Constitución se deduce también que *se refiere a una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica*. Por ello, resulta claro que la observancia de tal precepto no es obligada constitucionalmente en una planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser como en el caso de la reconversión y reindustrialización» (STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ Tercero)⁵³.

Desde nuestro punto de vista, esta reducción de la planificación a los casos de planificación global no está suficientemente justificada y es, en realidad, consecuencia de la confusión entre planificación económica y distribución de competencias económicas, dos ámbitos que, debiendo ser deslindables, se han entrecruzado perturbadoramente en detrimento del instrumento planificador⁵⁴.

Por lo demás, compartimos la tesis de Bermejo Vera para quien el modelo de planificación ha de ensamblarse con el «carácter democrático propio de la planificación económica», lo que a priori limitaría las posibilidades de elección del legislador⁵⁵. Limitaciones que,

⁵³ BOE de 21-03-1986. SÁNCHEZ BLANCO resalta que, frente a lo afirmado por el TC, «los antecedentes parlamentarios muestran que, en el artículo 131 de la Constitución, la *planificación general de la economía no se contrapone a la planificación económica sectorial, y que la referencia a la planificación general de la economía sólo se contrapone a la planificación territorial que pueden realizar las Comunidades Autónomas*». De hecho la incorporación del adjetivo «general» es fruto de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco que, en consonancia con el carácter democrático de la planificación, hacía del plan estatal el elemento que posibilitaba la coordinación de la planificación efectuada por los entes territoriales autonómicos. SÁNCHEZ BLANCO, Angel, *El sistema económico de la Constitución Española (Participación institucional de las autonomías territoriales y dinámica social de la economía)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 189-190.

⁵⁴ Con ánimo de no ser reiterativos, nos remitimos a las reflexiones que sobre esta cuestión se apuntarán en el epígrafe III. «Las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” como título competencial: su sobredimensionamiento en la jurisprudencia constitucional», en especial apartados b) «La invención de un título competencial inexistente: la ordenación de la economía general» (pp. 00 y ss) y c) «Las consecuencias de la jurisprudencia constitucional: el vaciamiento efectivo del art. 131 CE» (pp. 00 y ss).

⁵⁵ Este autor constata que «no existe un único modelo planificador», distinguiendo la llamada «planificación en cascada» de la «planificación pirámide o humo». La primera nace de una previsión general a partir de la cual se va descendiendo en la escala de planificación; procediendo la segunda en sentido inverso de manera que a partir de planificaciones sectoriales se va ascendiendo hasta la consecución de una planificación general. Partiendo de esta diferenciación, BERMEJO señala que este último modelo constituye «la única forma de adquirir la necesaria información sobre las deficiencias sectoriales y terri-

lejos de cristalizar en la práctica, han venido a volatilizarse como consecuencia de la jurisprudencia constitucional a la que después aludiremos.

c) *La virtualidad de los fines*

De acuerdo con lo apuntado en líneas precedentes, los fines u objetivos constituyen un elemento estructural de cualquier esquema planificador, «pieza básica»⁵⁶ del mismo por cuanto en ellos encuentra su «causa legitimadora»⁵⁷.

En el caso español, el propio art. 131.1 CE contiene una enunciación expresa de los fines a los que debe servir la planificación económica; enunciación que se proyecta en una triple dirección:

Art. 131.1 CE: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para *atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*».

Dos son las consecuencias inmediatas que, a nuestro entender, se derivan de dicha dicción literal: en primer lugar, los fines de la planificación económica constitucionalizada vinculan positivamente a los poderes públicos implicados (al Gobierno que ostenta la iniciativa del procedimiento y a las Cortes Generales en cuanto competentes para la aprobación de la ley como instrumento formal que le sirve de cauce). Esto comporta que, si bien no es necesario tender simultáneamente a todos los objetivos indicados, alguno, algunos o la totalidad de ellos son el marco finalista necesario de la planificación económica estatal. Por otra parte, y en segundo término, la formulación

toriales concretas que permitan a posteriori la planificación más general, con la que se logren la armonización y corrección de las distintas planificaciones sectoriales (...); por el contrario la planificación descendente «no sería en ningún caso un plan democrático, al no haber tenido el poder legislativo acceso a la información necesaria que garantice que su decisión, de indudable trascendencia socioeconómica y no meramente política, haya podido ser tomada valorando todas las circunstancias técnicas y todos los complejos intereses en juego». BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1994, pp. 679-680.

⁵⁶ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, «La ordenación del mercado interior», en VV.AA. (dir. y coord. GARRIDO FALLA, Fernando), *El modelo económico... op. cit.*, vol. I, p. 177.

⁵⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 327.

seguida se cohonesta con la expresión de los postulados inherentes al Estado Social⁵⁸ que impregnan asimismo otros muchos preceptos de la norma fundamental⁵⁹ y, de un modo especialmente intenso, el tenor del art. 40.1 CE⁶⁰.

Más allá de lo hasta ahora apuntado, la auténtica virtualidad práctica de la determinación constitucional de los fines de la planificación radica en su cualidad de parámetro interpretativo proyectado en un doble plano: de un lado, en cuanto facilitan un criterio esencial para medir la constitucionalidad de los propios planes económicos; de otro, porque se convierten en principio inspirador cardinal sobre el que la ejecución de aquéllos debe apoyarse⁶¹.

d) *La eficacia jurídica de los Planes: Planificación Indicativa versus Planificación Vinculante*

Conforme al art. 131.1 CE la planificación económica se contempla incontrovertiblemente como una mera posibilidad («El Estado, mediante ley, *podrá* planificar...»). En este sentido, el carácter potestativo de la planificación es un aspecto sobre el que prácticamente no hay desacuerdo doctrinal.

⁵⁸ RICO-RICO RUIZ, Gerardo, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁹ A partir de esta constatación, MARTÍN-RETORTILLO ha tachado el enunciado del art. 131.1 CE de «vago y excesivamente general», incluso de «innecesario» por redundar en objetivos que otros artículos de la CE ya contemplan. Sostiene, además, que «puede incluso conducir a interpretaciones restrictivas» en la medida en que no recoge otros fines a los que la planificación puede ir dirigida. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 366; critica también la excesiva generalidad, VALLE SÁNCHEZ, Victorio, «Reflexiones sobre los aspectos económicos en el anteproyecto de Constitución», en VV.AA., *Estudios sobre el proyecto... op. cit.*, pp. 286 y 290. Disentimos de esta opinión fundamentalmente por dos razones: por una parte, la determinación de los objetivos en el propio artículo 131 CE evita las dificultades interpretativas que, en su caso, pudiera ocasionar el silencio sobre tal extremo; por otra, la enunciación ha de ser necesariamente general, porque otra alternativa constreñiría en exceso un instrumento que, en su propia esencia, se caracteriza por la generalidad de su objeto. Desde este punto de vista, entendemos que la posibilidad de traer a colación fines que, diseñados en otros artículos de la CE, no tuvieran cabida en la formulación del 131.1 CE es más ficticia que real.

⁶⁰ Para MORISI la planificación económica «extrae sus connotaciones culturales y finalistas» del referido art. 40.1 CE, subrayándose de este modo «la relación funcional entre el plan económico y los objetivos señalados en este último artículo». MORISI, Massimo, «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis», en VV.AA. (dir. PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo), *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1988, p. 395.

⁶¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 328.

Cuestión distinta es la referida a la eficacia jurídica de los planes, extremo éste que ocupó buena parte de la discusión en fase constituyente⁶² y sobre el que, de un modo consciente, la CE no se pronuncia de forma expresa.

De la prolija bibliografía obrante en la materia destaca una afirmación común que, a nuestro entender, adolece de ausencia de matices: nos referimos a aquélla según la cual la planificación económica es —*sólo puede ser*— indicativa, ya que cualquier nota de compulsión choca frontalmente contra el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa y es incompatible con los cimientos sobre los que sustenta la economía de mercado⁶³.

Obviamente la planificación económica entendida como dirección total e imperativa de la actividad económica es, sin duda, contraria al sistema económico constitucional, por muy flexible que quiera considerarse a éste⁶⁴. Sin embargo, la opción contraria (esto es, una planificación exclusivamente adjetivada de indicativa), tampoco parece realista puesto que, como evidencia ROJO, los modelos puros no existen⁶⁵.

Partiendo de esta premisa, creemos más acertadas las posturas que estiman que toda planificación económica encierra elementos vinculantes u obligatorios y elementos orientadores o indicativos⁶⁶, alcance que en todo caso es distinto según sea la titularidad —pública o privada— del sector económico que sirva de referente. Así, nada parece obstar a que la ordenación que incorporen los planes económicos, en cuanto decisión normativa del propio Estado, adquiera fuerza vinculante para el sector público⁶⁷. Mayores dificultades entraña, sin embargo, la eficacia jurídica de la planificación para el sector privado; dificultades derivadas del blindaje que supone el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa y la necesaria garantía de la libre

⁶² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 365.

⁶³ Sin ánimo agotador, MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz, «El principio de libre iniciativa económica privada en el Anteproyecto de Constitución», en VV.AA., *Estudios sobre el proyecto...* *op. cit.*, pp. 311-313; PUCHADES NAVARRO, Miguel, «Sector público, sistema económico y Constitución», en VV.AA. (ed. ALVAREZ CONDE, Enrique, *Diez años... op. cit.*, págs 57 y 59; ALBORCH BATALLER, Carmen, *op. cit.*, p. 167; ENTRENA CUESTA, Rafael, «El modelo económico...», *op. cit.*, p. 35.

⁶⁴ GISPERT PASTOR, M.^a Teresa de, *op. cit.*, p. 43; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «Constitución, modelo...», *op. cit.*, p. 21.

⁶⁵ ROJO, Angel, «Actividad económica pública...», *op. cit.*, p. 332.

⁶⁶ BOYER, Miguel, *op. cit.*, p. 269.

⁶⁷ LÓPEZ RODÓ, Laureano, *op. cit.*, pp. 447-448; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 367.

competencia consustancial a la economía de mercado. De este modo, el exigible respeto a estos límites parece únicamente compatible con una planificación de corte indicativo⁶⁸ cuyos efectos empiezan y terminan en una función informadora sobre las pautas de comportamiento del sector público⁶⁹ y las directrices generales a las que se orienta el Estado en su actividad económica; pautas que, aunque pueden servir de orientación en la toma de decisiones por parte del empresario individual⁷⁰, están exentas de todo componente de intromisión pública coercitiva.

Esta última afirmación, válida en términos generales, debe ser completada; y ello porque la eficacia jurídica de los planes no se agota en su aspecto inmediato, sino que, muy al contrario, puede tener consecuencias mediatas nada desdeñables. Es incuestionable que el plan económico, como instrumento singularmente considerado, no puede dirigirse de un modo directo a los procesos económicos⁷¹, entendidos éstos como la esfera inmune en la que se despliega la capacidad de decisión empresarial. Pero es igualmente cierto que, en virtud del art. 131 CE, el plan se instrumenta mediante ley, norma con capacidad para habilitar la puesta en marcha de los múltiples mecanismos de intervención pública, los cuales llevan aparejados, en su propia esencia, el ejercicio de potestades administrativas que permiten ampliar, modificar o limitar la esfera jurídica de los ciudadanos. La constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales medidas no es factible determinarla a priori y exige, de cualquier modo, un análisis caso por caso⁷².

⁶⁸ FONT GALÁN, Juan Ignacio, *op. cit.*, p. 228.

⁶⁹ GARRIDO FALLA, Fernando, «Introducción...», *op. cit.*, p. 59.

⁷⁰ DE JUAN ASENJO destaca que la existencia de un plan económico general «contribuye a aumentar la certidumbre de los agentes económicos» sobre aspectos tales como «la situación actual de la economía, la evolución previsible de las principales variables económicas y el comportamiento de los restantes agentes», información que «mejora la fluidez del proceso económico» y permite la toma de decisiones empresariales a medio y largo plazo. JUAN ASENJO, Oscar de, *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 206.

⁷¹ GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, *op. cit.*, p. 53.

⁷² Los pocos autores que han dedicado cierta atención a este punto, se limitan a considerar la posibilidad de modular la actividad empresarial mediante técnicas de fomento (subvenciones, exenciones fiscales,...), en su doble virtud: incentivadora de las actividades estimuladas y desincentivadora en relación con aquéllas que no merecen el apoyo económico público. GARRIDO FALLA, Fernando, «Introducción...», *op. cit.*, p. 60; MARTÍN MATEO, Ramón, *op. cit.*, p. 42.

Sólo algunos, y con grandes cautelas, apuntan a intervenciones puntuales de carácter restrictivo derivadas de la propia planificación. CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *op. cit.*,

III. Las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» como título competencial: su sobredimensionamiento en la jurisprudencia constitucional

a) *Una primera incógnita*

Hasta ahora hemos analizado la planificación económica como instrumento que, individualmente considerado, permite la intervención pública en el ámbito económico. Una técnica de prospección macroeconómica que, espacial, temporal y materialmente, se dirige al cumplimiento de fines de interés general situándose como límite externo del derecho a la libertad de empresa.

No obstante, la referencia constitucional al fenómeno planificador no se circunscribe a los arts. 38 y 131 CE, sino que, con evidente ambigüedad, se cuela en el diseño competencial del Estado autonómico por el cauce del art. 149.1.13 CE, según el cual corresponde en exclusiva al Estado las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica».

La primera duda que inevitablemente surge del artículo transcrito es si «planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE) es equivalente semánticamente a «planificación de la actividad económica general». Una simple permuta de términos que algunos han considerado irrelevante⁷³ y que, sin embargo, se ha revelado crucial.

A nuestro entender, la planificación a la que alude el precepto atributivo de la competencia estatal no remite a la del 131 CE o, siendo más precisos, *no sólo remite* a ella. Indudablemente una ley de planificación económica puede convertirse en cauce válido para el establecimiento de una ordenación de carácter básico, pero aquella no constituye, desde luego, el único y exclusivo camino a seguir. Esta aseveración se ve confirmada por la delimitación que del concepto «bases» ha llevado a cabo la propia jurisprudencia constitucional y que, en materia económica, es especialmente destacable. Posteriormente nos referiremos a ello.

Partiendo, pues, de que las locuciones de ambos artículos no responden a una misma significación, la cuestión estriba en determinar dónde radica la diferencia. Dos deben ser, a nuestro juicio, los puntos de partida:

p. 278; BASSOLS COMA, Martín, «La planificación y la intervención...», *op. cit.*, p. 145; ROJO, Angel, «Actividad económica pública...», *op. cit.*, pp. 332-333; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *op. cit.*, p. 368; resalta con más fuerza el poder de la ley de plan para «regular y delimitar los derechos del empresario y del propietario», JUAN ASEÑO, Oscar de, *op. cit.*, pp. 216-217.

⁷³ LINDE PANIAGUA, Enrique, *op. cit.*, p. 61.

en primer lugar, la necesidad de conectar el art. 149.1.13 CE con otros preceptos constitucionales que atribuyen al Estado poderes en el ámbito económico. Y, en segundo término, la idea de que la planificación como técnica no puede constituir un título autónomo de atribución de competencias o, en otros términos, la planificación como *instrumento* y la planificación como *título competencial* actúan en planos distintos de suerte que, aunque ésta pueda servirse de aquélla, sus respectivas naturalezas no son intercambiables. Ambas cuestiones serán objeto de análisis en los siguientes epígrafes.

b) *La invención de un título competencial inexistente: la Ordenación de la Economía General*

Es inobjetable que el diseño de la distribución competencial en materia económica constituye un auténtico encaje de bolillos, hecho al que coadyuvan diversos factores. La «sectorialización» del ámbito económico con un distinto grado de atribución competencial según los casos o la diversa asunción competencial operada por cada Estatuto de Autonomía, determinan la imposibilidad de ofrecer un dibujo homogéneo. Sin embargo, y paralelamente, se incluyen elementos que, en última instancia, tratan de dar unidad y coherencia al sistema: aquí se enmarcan la potestad conferida al Gobierno de la Nación para dirigir la política económica (art. 97 CE) o la competencia del art. 149.1.13 CE que ahora nos ocupa.

En relación con este último precepto reviste singular importancia la doctrina sentada por el TC, cuyos pronunciamientos han venido a dotarle de una fuerza expansiva ciertamente insólita vertebrada en torno a tres ejes:

a) *El concepto «bases»*. Tal y como ha establecido el TC, el término «bases» («legislación básica», «normas básicas»...) remite a una «noción material», cuya pretensión no es otra que disponer de «una regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación» que asegure «en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ Primero)⁷⁴.

⁷⁴ BOE de 26-2-1982.

Esta significación de lo básico adquiere en el ámbito económico una peculiar flexibilidad por la amplitud con la que la jurisprudencia constitucional admite su instrumentación formal⁷⁵. Así, en la Sentencia recién citada se señala:

«Dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley. Sin embargo, puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de modo complementario alguno de los aspectos básicos de una materia determinada. (...).

Dado su carácter general y fundamental respecto al resto de la ordenación de la materia, las bases de la misma deben tener estabilidad, pues con ellas se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales. Ahora bien, ciñéndonos en concreto a la ordenación de sectores económicos como el crédito, la consecución de aquellos intereses generales perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito, exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito, pues al Gobierno de la Nación le corresponden tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política monetaria general (...), en cuanto partes de la política económica general (art. 97 CE) como la coordinación de las mismas con las que pueda tener cada Comunidad en su ámbito respectivo (...)» (FJ Primero).

En suma, lo básico en este contexto se configura como el común denominador normativo, debiéndose establecer éste preferentemente por ley⁷⁶,

⁷⁵ Apoyándose en «la especificidad de lo económico», MALARET considera que no puede trasladarse a aquel ámbito «de forma mimética el esquema de relación competencial bases-desarrollo»: la «realidad económica como cambiante, dinámica, fluctuante» y «la concurrencia de diferentes instancias en el desempeño de funciones públicas» obligan a que «la formulación e implementación de determinadas políticas [deba] realizarse de forma unitaria para obtener un todo coherente, por encima del carácter fragmentario de las competencias estatales y autonómicas». MALARET, Elisenda, «Aplicación de las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de competencias económicas», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo V, pp. 4053 y 4056.

⁷⁶ Conforme a este «principio de preferencia de ley», «corresponde, siempre que así sea posible, definir lo básico a la norma emanada del poder legislativo del Estado, que es la que mejor garantiza la generalidad y estabilidad de las reglas básicas y, por consiguiente, el respeto debido a las competencias autonómicas de desarrollo» (STC 147/1991, de 4 de julio, FJ Cuarto C); BOE de 29-7-1991)

pero con la posibilidad de hacerlo a través de reglamentos⁷⁷ y, excepcionalmente, mediante actos de aplicación⁷⁸.

b) *La coordinación*. Según el TC «la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema». Competencia en todo caso «distinta a la de fijación de bases» y que «presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado», es decir, requiere la existencia de competencias autonómicas en la materia como objeto de coordinación. Partiendo de esos presupuestos, la coordinación «debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» (STC, 42/1983, de 20 de mayo, FJ Tercero C)⁷⁹.

Desde este planteamiento, la coordinación se presenta como un mecanismo que, pudiendo incidir en competencias autonómicas, no debe producir su vaciamiento efectivo; incidencia que puede producirse «ex post», esto es, con posterioridad al ejercicio de aquéllas por parte de las

⁷⁷ Así la STC 76/1983, de 5 de agosto (cit.), reconoce que «existen supuestos en que la Ley puede remitir al reglamento para regular aspectos básicos que completan el contenido de la misma. En el presente caso, la habilitación al Gobierno aparece justificada porque la materia a que se refiere, de carácter marcadamente técnico, es más propia del reglamento que de la Ley» (FJ Vigésimocuarto); y la STC 86/1989, de 11 de mayo (BOE de 13-6-1989) en la que puede leerse: «si bien este Tribunal ha manifestado, que efectivamente, la Ley aprobada en Cortes es el medio ordinario de fijación de bases, también ha admitido la potestad reglamentaria en este extremo en materias que, por su naturaleza cambiante y coyuntural, exijan una actividad normadora que reúna unas características de rapidez y capacidad de ajuste que la Ley no tiene» (FJ Vigésimotercero).

⁷⁸ En este sentido la STC 48/1988, de 22 de marzo (BOE de 12-4-1988) apunta que «excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases» (FJ Tercero c); igualmente, la STC 49/1988, de 22 de marzo (BOE de 13-4-1988) cuando dice: «(...) en algunos casos, las bases pueden comprender regulaciones detalladas de aspectos concretos de una materia e incluso pueden incluir la potestad de realizar actos de ejecución. Pero conviene insistir en que esos casos son excepcionales y sólo pueden admitirse cuando sean realmente imprescindibles para el ejercicio efectivo de las competencias estatales» (FJ Decimosexto).

⁷⁹ BOE de 17-6-1983

Comunidades Autónomas e incluso, «ex ante», mediante técnicas «preventivas u homogeneizadoras»⁸⁰, lo que en definitiva faculta al Estado para establecer condiciones de naturaleza material que deban ser cumplidas con carácter obligatorio.

c) *La inopinada aparición de una competencia inexistente*. El paso decisivo en este proceso expansivo del art. 149.1.13 CE, lo constituye la aparición de un nuevo término que, ausente en la letra del propio precepto, se asigna al mismo de un modo enigmático. Nos referimos a la eventual competencia estatal para la «ordenación de la actividad (actuación) económica general»⁸¹ o, incluso más sorprendente, para la

⁸⁰ STC 45/1991, de 28 de febrero, FJ Cuarto; BOE de 27-3-1991.

⁸¹ MALARET ha tratado de justificar el empleo de esta fórmula afirmando que tales vocablos vienen a designar abreviadamente todas las competencias estatales en materia económica, de modo que sin consistir en «una nueva y sustantiva competencia estatal», posee una «función expositiva al sintetizar en un todo coherente y sistemático los múltiples títulos competenciales que atribuyen al Estado facultades para orientar e incidir en la economía» y que se configuran como «la garantía de la unidad de mercado». Esta explicación —que apoya la postura del TC— no impide las críticas que la propia autora vierte sobre sentencia 29/1986. *Vid.* nota al pie núm. . MALARET, Elisenda, *op. cit.*, pp. 4060-4061.

Planteamientos más radicales son los mostrados por GÓMEZ-FERRER MORANT (ponente, por cierto, de la referida sentencia 29/1986) y GARCÍA TORRES que no dudan en afirmar la existencia misma de una competencia sustantiva estatal para la «ordenación general de la economía», apoyándose en argumentos a nuestro entender cuestionables, cuando no sorprendentes. El primero de los ahora citados recurre a la literalidad de algunos Estatutos de Autonomía que atribuyen a sus respectivas Comunidades Autónomas competencias para la «promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica de acuerdo con la ordenación general de la economía», para concluir que «la ordenación general de la economía, que era una competencia del Estado con anterioridad a la Constitución, no queda afectada por los Estatutos de Autonomía, los cuales no se limitan a respetar las competencias que la Constitución reserva al Estado en el artículo 149.1.13 de la Constitución en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). (...) En todo caso, es lo cierto que los Estatutos respetan expresamente la competencia preconstitucional del Estado de ordenación general de la economía que constituye un límite de las asumidas por las Comunidades Autónomas». Un argumento realmente asombroso y que, entendido en sus propios términos, sepultaría cualquier competencia económica residenciada en las CCAA por mor de una competencia estatal que se remite a las atribuciones del Estado en la etapa preconstitucional. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Bases y ordenación general de la economía», en VV.AA. (coord. PÉREZ CALVO, Alberto), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, Madrid, 1990, p. 125.

Más moderado (y desde nuestro punto de vista con mayor corrección técnica) se muestra GARCÍA TORRES, para quien «la competencia estatal de dirección y ordenación general de la economía casi ha venido a ser una *competencia por virtud de la naturaleza de la cosa*», cuyas raíces se encuentran en la necesaria unidad de la economía española y que, en último término, actúa como fundamento de la «*proyección sectorial*» entendida como «ele-

«dirección de la actividad económica», llegándose —suponemos que por pura reiteración— a una interiorización tal que dichas locuciones se entrecomillan como expresiones literales del artículo.

Este reproche se quedaría en una mera cuestión técnico-lingüística, de no ser porque a los vocablos se les ha concedido un contenido que, en nuestra opinión, excede ampliamente de la formulación del 149.1.13 CE:

«(...) corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica general, lo cual ha de interpretarse como ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos, es decir, de la propia intervención del Estado en materia económica. Esta actuación del Estado, por medio de sus órganos, no puede llegar sin embargo a un vaciamiento de las competencias asumidas por la Comunidad en materia de planificación, de donde se deduce la necesidad de articular la competencia del Estado y de la Comunidad.»

Para determinar los criterios de acuerdo con los cuales puede producirse esta articulación debe recordarse también el *principio constitucional de unidad económica*, proyección en dicha esfera del principio de unidad del Estado (art. 2 CE), como ya ha expuesto el Tribunal en su S 1/1982 de 28 enero (f. j. 1.^o), y que se refleja en diversos preceptos constitucionales; esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado, indica dicha sentencia, es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de la organización territorial (Tít. VIII CE); *la unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y disgregadores.*

Desde esta perspectiva parece claro que, cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de

mento mediador que iguala los campos de aplicación de las normas de competencia». Esta construcción falla cuando el autor aduce que «la inexistencia de una planificación económica en sentido formal [en alusión al 131 CE] ha llevado al Tribunal Constitucional a interpretar el artículo 149.1.13 CE como portador de una competencia estatal de «ordenación general de la economía» (...).» Pensamos que este razonamiento no es válido: la cuestión no está en que el TC recurra al 149.1.13 CE porque el Estado no ha hecho uso del 131 CE; el problema a resolver se halla en si el Estado al planificar debe hacerlo o no a través del 131 y, en caso negativo, si el 149.1.13 es título habilitante suficiente para ello. GARCÍA TORRES, Jesús, «Máximas de interpretación sobre el artículo 149.1.13 CE en la reciente jurisprudencia constitucional», en VV.AA. (coord. PÉREZ CALVO, Alberto), *Normativa básica en el...* op. cit., pp. 138 y 141.

asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado en el ejercicio de la competencia de ordenación de la actuación económica general podrá efectuar una planificación de detalle, siempre, y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación» (STC 29/1986, de 20 de febrero —cit.—, FJ Cuarto)⁸².

Esta primera formulación ha dado lugar con el paso del tiempo a una doctrina reiterada según la cual «dentro de la *competencia de dirección de la actividad económica general* tienen también cobijo las *normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos*, así como las *previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector*»⁸³.

El peligro que una concepción tan vasta entraña para las competencias autonómicas es evidente, máxime si consideramos que cualquier parcela de actividad tiene, en mayor o menor grado, derivaciones de signo económico. Un riesgo que de alguna manera se ha materializado en cuanto este criterio ha servido para avalar la regulaciones estatales más variadas: así, en materia de reconversión y reindustrialización⁸⁴, establecimiento de los topes máximos de incremento retributivo a los empleados públicos⁸⁵, actuaciones de construcción y rehabilitación de viviendas de protección oficial⁸⁶, ordenación de los recursos hidráulicos⁸⁷, ordenación y mejora de las explotaciones ganaderas⁸⁸, medidas para el fomento del cultivo de maíz⁸⁹, desarrollo integral de las zonas de agricultura de montaña⁹⁰,

⁸² MALARET ha criticado esta fundamentación jurídica señalando como puntos débiles de la argumentación «la consideración de la ordenación económica como un título específico y la no distinción de diferentes momentos en la planificación», haciendo notar igualmente que la sentencia «confunde uniformización con centralización». MALARET, Elisenda, *op. cit.*, en nota al pie núm. 76, p. 4076.

⁸³ Por todas, STC 152/1988, de 20 de julio, FJ Segundo; BOE de 24-8-1988.

⁸⁴ STC 29/1986, *cit.*, FJ Cuarto.

⁸⁵ STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ Undécimo; BOE de 13-6-1986.

⁸⁶ STC 152/1988, *cit.*, FJ Segundo.

⁸⁷ STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ Vigésimo; BOE de 23-12-1988.

⁸⁸ STC 145/1989, de 21 de septiembre, FJ Tercero, FJ Quinto y FJ Sexto; BOE de 18-10-1988.

⁸⁹ STC 188/1989, de 16 de noviembre, FJ Cuarto; BOE de 5-12-1989.

⁹⁰ STC 45/1991, *cit.*, FJ Tercero.

libertad de horarios comerciales⁹¹, mejora de la competitividad de las empresas turísticas⁹², determinación de las existencias mínimas de seguridad que han de mantener los operadores de gases licuados del petróleo⁹³,...

Consciente de que esta interpretación podría conducir a la alteración de hecho de la distribución competencial⁹⁴, el propio TC ha tratado de matizar el recurso al 149.1.13 CE advirtiendo que «la ordenación general de la economía que corresponde al Estado no puede extenderse de forma excesiva hasta enmarcar en él cualquier acción de naturaleza económica si no posee una *incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general*»⁹⁵.

Una matización cuando menos chocante, que permite al Estado regular una variada tipología de sectores económicos por su «incidencia directa y significativa» en la economía y, paralelamente, y con base en ese mismo hecho, eludir el cumplimiento del art. 131 CE⁹⁶.

⁹¹ STC 225/1993, de 8 de julio, FJ Tercero D); BOE de 2-8-1993.

⁹² STC 242/1999, de 21 de diciembre, FJ Duodécimo; BOE de 20-1-2000.

⁹³ STC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ Decimosexto; BOE de 19-10-2000.

⁹⁴ En este sentido resultan significativos los Votos particulares formulados a las SSTC 152/1988, 225/1993, ambas citadas, y 284/1993, de 30 de septiembre (BOE de 26-10-1993) que entienden que la aplicación a tales casos del art. 149.1.13 CE «lleva a una ablación total de las competencias autonómicas» (Rubio Llorente en su Voto particular a la STC 152/1988) y que «dado que en principio toda medida de ordenación económica puede tener alguna incidencia sobre el sistema económico en su conjunto (...) atribuir la competencia al Estado llevaría a otorgar una expansión ilimitada a la competencia estatal sobre bases de la ordenación general de la economía» (Viver Pi-Sunyer en su Voto particular a la STC 225/1993, al que se adhieren los Magistrados De la Vega Benayas, Gimeno Sendra y Mendizábal Allende; a este razonamiento se remite el propio Viver Pi-Sunyer en su Voto discrepante a la STC 284/1993)

⁹⁵ STC 76/1991, de 11 de abril, FJ Cuarto; BOE de 14-5-1991. Sentencias más recientes utilizan el término «determinante» de manera que, aún reconociendo la incidencia económica de la regulación objeto del conflicto, el TC considera que ésta es «tangencial o secundaria». Un planteamiento que, frente a iniciales fallos que enfocaban la resolución de los asuntos desde el punto de vista de la finalidad de dicha regulación, se centran —más adecuadamente— en el objeto de la misma. STC 95/2001, de 5 de abril, FJ Tercero; BOE de 9-4-2001; STC 95/2002, de 25 de abril, FJ Séptimo; BOE de 22-5-2002; STC 190/2002, de 17 de octubre, FJ Quinto, BOE de 12-11-2002.

⁹⁶ SÁNCHEZ BLANCO, Angel, *op. cit.*, pp. 190-191. Advuértase que el TC ha convertido así la planificación económica en un *instrumento doblemente potestativo*, porque al carácter previamente facultativo que contiene sin duda la dicción del 131 CE (reforzada por el art. 38 CE), se une el que le atribuye la jurisprudencia constitucional al señalar que aún cuando «la observancia de tal precepto no es obligada constitucionalmente en una planificación de ámbito reducido (...) ello no quiere decir que no entre en el ámbito de la libertad del legislador (...) el llevar a cabo la planificación por Ley, y previas las consultas que se estimaran pertinentes en la fase de elaboración de cada plan, para garantizar su mayor acierto y oportunidad» (STC 29/1986, *cit.*, FJ Tercero).

c) *Las consecuencias de la Jurisprudencia constitucional: el vaciamiento efectivo del art. 131 CE*

En los distintos procesos seguidos ante el TC, y que han dado lugar —entre otras— a las sentencias citadas en el apartado anterior, los recurrentes han esgrimido invariablemente la posible vulneración del art. 131 CE con el resultado conocido: El Tribunal, acogiendo al art. 149.1.13 CE, entiende habilitado al Estado para efectuar una planificación sectorial fundada ya en su competencia para dictar regulación básica, ya en sus facultades de coordinación, ya en ese virtual título genérico para la ordenación o dirección de la actividad económica general. Una «potestad estatal de planificación sectorial»⁹⁷, que ha dejado al art. 131 CE en el reduto de una poco probable planificación global, omnicompreensiva, de la actividad económica general «en la doble acepción de su ámbito geográfico y de su contenido»⁹⁸.

Hemos afirmado en líneas precedentes que *el art. 149.1.13 CE no debe leerse a través del 131 CE*, por cuanto ello conduciría a la desmesura de considerar la ley de plan económico como el único instrumento válido para establecer las bases y/o coordinar la planificación de la actividad económica general. Sin embargo, hemos de llamar la atención sobre la validez de la afirmación contraria, esto es, *tampoco el art. 131 CE debe leerse a través del 149.1.13 CE*, porque las consecuencias de una interpretación de ese signo nos llevan a resultados igualmente desmedidos: por un lado, porque —como se ha visto— limita el objeto de la planificación hasta convertirlo en un precepto inoperante en la práctica; por otro, porque resulta inaceptable que la planificación económica instrumentada por ley formal deba limitarse al establecimiento de las bases y/o coordinación⁹⁹, sin mayor precisión sobre su distinta funcionalidad según cual sea el sector económico que se esté planificando. En relación con este último aspecto, no conviene olvidar que la distribución competencial de las materias económicas entre Estado y CCAA no se diseña de un modo homogéneo, razón por la cual habría que remitirse

⁹⁷ STC 45/1991, *cit.*, FJ Tercero. No deja de sorprendernos que, en el mismo fundamento, se aluda al «título estatal «ex» art. 149.1.13: *bases y coordinación de la planificación económica en un determinado sector* (sic); título que, sin embargo, ha de ponerse en conexión con la competencia autonómica para la promoción, fomento y planificación del desarrollo económico (...).

⁹⁸ STC 237/1992, *cit.*, FJ Octavo.

⁹⁹ Concretamente la STC 144/1985, de 25 de octubre (BOE de 26-11-1985), desliza esta idea cuando rechazando la aplicabilidad al caso del art. 131 CE, afirma: «En efecto, el art. 5 a) LRJAP 25/1982 *no es un precepto directamente planificador, pues no contiene siquiera norma básica alguna referente a tal materia* (...)» (FJ Quinto).

a ésta para conocer el auténtico margen del que dispone el Estado al hacer uso de este instrumento.

IV. Recapitulando

Considerando todo lo expuesto, la conclusión sobre la virtualidad práctica del art. 131 CE no puede ser muy halagüeña: instrumento cuyas virtudes se ensalzan en el plano teórico pero que, en la praxis, está plagado de dificultades de toda índole; una pieza cuya eficacia es mermada por el complejo juego del entramado constitucional y que se ha visto definitivamente arrinconada por una jurisprudencia constitucional cuando menos discutible; el paradigma, en suma, de lo que Herrero R. de Miñón denominó «lenguaje catártico, que se consume a sí mismo en la medida en que da salida a sentimientos que se satisfacen con ser expresados»¹⁰⁰.

Ahora bien: este panorama desolador que torna en letra muerta el contenido del art. 131 CE, ¿tiene alguna trascendencia real? Desde una perspectiva puramente pragmática, las consecuencias son probablemente mínimas. La planificación como proceso racionalizador se sirve de múltiples instrumentos que, se llamen o no planes, programas, leyes de planificación, etc., de hecho se orientan en la misma dirección. Las propias técnicas de intervención administrativa que, presididas por el «principio de intercambiabilidad», dan lugar al ejercicio de potestades con incidencia directa en la esfera jurídica de terceros, no son sino un modo de planificar; no en vano —como recuerda Giannini— «las planificaciones existen desde siempre, desde cuando existe la actividad administrativa»¹⁰¹.

Sin embargo creemos que el abandono de esta técnica posee una derivación última que debería ser motivo de preocupación y que consiste en el déficit democrático que implica una planificación realizada por vehículos formales que, aunque indudablemente más sencillos, obvian un procedimiento —el recogido en el art. 131.2 CE— diseñado para aunar el máximo número de voluntades posibles que permitan, a su vez, dotarle del también máximo grado de legitimidad. Un procedimiento que constituye «la manifestación más trascendente de democracia económica»¹⁰².

¹⁰⁰ HERRERO R. DE MIÑÓN, Miguel, «La Constitución económica», en VV.AA. (ed. ALVAREZ CONDE, Enrique), *Diez años...op. cit.*, p. 24.

¹⁰¹ GIANNINI, Massimo Severo, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰² JUAN ASEÑO, Oscar, *op. cit.*, p. 212.

NOTAS SOBRE LA PERSONALIDAD Y EL PENSAMIENTO DE D. PABLO LUCAS VERDU

Javier Caño Moreno

Director del Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad de Deusto

Sumario: 1. La persona. 2. Su pensamiento, ideas y contribución al Derecho Público vasco. 2.1. Concepción del Derecho. 2.2. Contribución al Derecho Autonómico vasco.

En el intento de ordenar las diferentes ideas, imágenes y sensaciones que me suscita la persona de Don Pablo —afecto, reconocimiento, respeto y admiración— he venido a parar en el concepto de *institución* y, ciertamente, me parece que es el más ajustado para expresar lo que él representa para la Universidad de Deusto.

No olvido que fue él mismo quien advirtió del peligro de abusar de esta categoría¹, pero recuerdo también que A. Brown² definió la institución como concepto «ómnibus» porque dentro de él tienen derecho a viajar todo tipo de significados: sociológicos, jurídicos, culturales, políticos y personales.

La característica externa de toda institución es la duración y permanencia en el tiempo, pero la razón de esta permanencia, y por tanto la esencia de la institución, es la vigencia y actualidad de las ideas y valores que representa y la aceptación y adhesión que sigue suscitando en el medio social.

Desde este punto de vista, Don Pablo es una institución deustense. No sólo porque dura y permanece en el tiempo —lo cual es obvio— sino porque su persona e ideas se mantienen actuales, gozan de aceptación y siguen suscitando adhesiones en este medio académico y más allá de él.

De ambas cosas pretendo hablar, aunando afecto y agradecimiento a la persona con respeto y admiración por sus ideas, por más que resulte difícil separar ambas dimensiones ya que su biografía, como ha escrito su esposa, Dña. Carmen Murillo de la Cueva, es esencialmente biografía universitaria³.

¹ LUCAS VERDÚ, P., *Principios de Ciencia Política*.

² BROWN, A., *Institución y Sociedad*.

³ MURILLO DE LA CUEVA, C., *Libro Homenaje a D. Pablo Lucas Verdú*.

1. La persona

Don. Pablo a su paso por Deusto no sólo ha dejado escuela y discípulos, sino simpatía y amigos. Profesor singular y arquetipo de vida y docencia universitarias. Su mundo y su vida ha sido y sigue siendo la Universidad: estudio, investigación, docencia y dedicación. Todo ello en estado académicamente puro, sin contaminación mercantil alguna, en auténtica dedicación exclusiva.

De mi etapa de doctorando recuerdo su preocupación no sólo por el progreso intelectual de los trabajos de tesis, sino por las circunstancias personales, familiares y profesionales de los doctorandos, estableciéndose una relación personal que acompañada de un magisterio discreto, cercano y respetuoso, constituyen una experiencia inolvidable y convierten a cada discípulo en amigo.

Cualquier comentario le sirve de pretexto para suministrar generosamente información, datos y bibliografía sobre autores clásicos y modernos. En realidad, él mismo es un clásico y, por tanto, actual, ya que los clásicos no lo son por antigüedad, sino por modernidad y actualidad. Es, en fin, una sorpresa continua y amena. Es D. Pablo, para todos nosotros singular e irrepitible.

Nacido en Salamanca, en 1923, presenta una trayectoria académica de más de cincuenta años:

- En 1948 defiende su primera tesis doctoral en la Universidad de Madrid.
- En 1950 lee su segunda tesis en Bolonia, incorporándose ese mismo año como profesor adjunto a la Universidad de Salamanca. Esta etapa salmantina, que dura hasta 1958 le permitió contactar con Tierno Galván y R. Morodo y crear el «Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político», desde el que comenzaron a ejercer un notable influjo sobre los estudiantes de la época con sus aportaciones y comentarios críticos al sistema político vigente⁴.
- En enero de 1958 toma posesión de la cátedra de Derecho Político de Santiago de Compostela, etapa que dura seis años.
- En 1964 comienza su relación con la Universidad de Deusto que dura hasta el día de hoy. Primero como catedrático y luego como Presidente del Tribunal de Licenciatura de la Facultad de Derecho. Aunque más tarde pasó a Valladolid (1977) y luego a

⁴ MURILLO DE LA CUEVA, C., *op. cit.*

Madrid (1978), sus lazos con Bilbao y el País Vasco, desde Deba a Algorta, no se han interrumpido nunca.

Este cordón umbilical con el País Vasco, reforzado y prolongado en descendencia vasca, le permitió escribir un magnífico artículo —«Entender y sentir al Pueblo Vasco»— merecedor del Primer Premio de Periodismo del «Correo Español y el Pueblo Vasco» en el que refleja esa actitud de comprensión y apertura tan característica de su persona.

Fue el P. Alvarez, S.J., quien se acercó a Santiago de Compostela para ofrecerle la cátedra de Derecho Político en la Universidad de Deusto, y no parece que se demorase mucho la decisión a pesar, como comenta su esposa⁵, de las dificultades de trasladar a una familia, ya por entonces numerosa. Lo cierto es que esta decisión supuso un doble beneficio. Para Deusto, porque se benefició de su docencia y prestigio y para D. Pablo, porque tuvo la oportunidad de entrar en contacto directo con una realidad políticamente *rica* y potencialmente atractiva para un investigador de Ciencia Política.

Tuve la fortuna de conocer a D. Pablo en esta época, y mis recuerdos hasta el día de hoy abarcan al Profesor, al compañero de Claustro, al colaborador en Congresos y Jornadas de aquella primera Administración Vasca, al Director de Tesis y al Presidente del Tribunal de Licenciatura.

—Como profesor le conocí en 1967. Catedrático con texto propio —*Principios de Ciencia Política*— cuyo Tomo I publicó precisamente ese año. El nombre de la asignatura era Derecho Político, ya que por aquel entonces ni teníamos ni estábamos en Constitución. Según sus palabras, esta obra la comenzó en Santiago de Compostela y la terminó en Bilbao *donde encontró tranquilidad académica, consideración y nuevos alumnos que en nada se diferenciaban en talante, curiosidad científica y preocupaciones políticas de los agudísimos estudiantes gallegos*⁶.

Como alumno de aquella época, puedo confirmar que las clases de D. Pablo, sus comentarios y críticas al sistema vigente, constituían reclamo natural para la asistencia masiva. Clases eruditas y amenas que sembraron más de un compromiso y vocación políticas y a muchos nos abrieron horizontes y nostalgia constitucional

⁵ MURILLO DE LA CUEVA, C., *op. cit.*

⁶ LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar.*

por un Estado de Derecho parangonable al que gozaban otros países europeos.

Singular en la manera de hablar y de decir. Catedrático de una pieza, en el fondo y en la forma. Desde el vestir enlutado por aquel entonces, al caminar combinado de impulsos frontales y oscilaciones laterales a derecha e izquierda.

Si es cierto, como antes he dicho, que ni teníamos ni estábamos en Constitución, sus clases hicieron posible que al menos nos sintiéramos en Constitución durante unas horas.

- En 1971, al incorporarme como Profesor a la Universidad de Deusto, coincidí con D. Pablo en el Claustro de la Facultad de Derecho. Recuerdo algunas de sus intervenciones, esperadas y respetadas por quienes éramos entonces profesores *in fieri* especialmente la que tuvo lugar en el caso *Añoveros* que fue una lección de finura académica y esgrima ideológica entre los pesos pesados del Claustro en torno a la figura canónica del *odium plebis*, justificación aducida por Arias Navarro para remover de la sede episcopal al Obispo de Bilbao.

En torno al Seminario de Derecho Político reunió a un selecto grupo de jóvenes, hoy destacados Profesores, con quienes gustaba pasear por los tránsitos en rigurosa y peripatética formación eclesiástica: hacia delante y hacia atrás. Hacía Universidad en las aulas, en el Seminario y en los pasillos.

- En los años 80, incorporado yo al Gobierno Vasco y D. Pablo en Madrid, siguió siempre dispuesto a colaborar cuantas veces se le solicitó, en Congresos y Jornadas, aportando sus conocimientos a la consolidación del Estado Autonómico y a la solución de los problemas políticos del País Vasco. Recuerdo entre otras:

- *Primeras Jornadas de Estudio sobre el Estatuto de Autonomía*, en 1981.
- *Primer Congreso de Derecho Civil Vasco*, en 1982.
- *Jornadas de Estudio sobre la actualización de los derechos históricos*, en 1985.
- *II Congreso Mundial Vasco*, en 1987.

- En 1992, finalizada mi etapa política, decidí enfrentarme al compromiso de la tesis doctoral, circunstancia que me permitió conocer nuevas dimensiones de la personalidad humana e intelectual de D. Pablo.

Llegué una tarde de verano a su casa de Algorta con proyectos claros pero sin coberturas doctrinales ni bibliográficas. Expuse mi idea en pocos minutos e inmediatamente me sorprendió con

un torrente de sugerencias y bibliografía. Aquel encuentro fue un regalo. Fui de simple consulta y salí con ideas, planes, lecturas y Director. Este encuentro providencial cuajó en una sintonía intelectual y afectiva que he tenido oportunidad de profundizar posteriormente como Decano de la Facultad de Derecho y miembro del Tribunal de Licenciatura que él preside.

Esta relación desordenada de impresiones personales y subjetivas quedaría incompleta, puesto que su biografía es básicamente universitaria, sin una mención final a las distinciones con que ha sido galardonado y a su producción intelectual⁷.

D. Pablo ha sido galardonado con las siguientes distinciones:

- Encomienda con placa de Alfonso X el Sabio.
- Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Doctor Honoris Causa por seis Universidades.

En cuanto a su producción intelectual —libros, ensayos, artículos, etc...— hasta el año 2002 alcanzaba la cifra de 232, distribuidos así:

—Sobre pensamiento político y social	24
—Sobre Ciencia Política	44
—Sobre Derecho Constitucional	150
—Sobre Derecho Internacional y Europeo	8
—Otros	6

2. Su pensamiento, ideas y contribución al Derecho Público vasco

A D. Pablo le gusta repetir, parafraseando a Fichte, que el tipo de doctrina y de filosofía que se tiene depende del hombre que se sea⁸.

Según su esposa⁹, la cosmovisión de D. Pablo parte de la dignidad humana y de la influencia de la Teología Cristiana en la Teoría del Estado. Se inspira en el iusnaturalismo crítico, personalista, comunitario y valorativo, lo que le induce a destacar la dimensión axiológica de las Constituciones.

Este *plus* valorativo, superador del normativismo y del sociologismo, le aproxima al institucionalismo, más en la línea de Hauriou que

⁷ Datos recogidos de MURILLO DE LA CUEVA, C., *op. cit.*

⁸ LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar.*

⁹ MURILLO DE LA CUEVA, C., *op. cit.*

de Romano, y a posiciones cercanas a las defendidas por R. Smend, H. Heller y Mortati.

En su monografía *La lucha contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimar*¹⁰, el propio D. Pablo define así su pensamiento:

- «Mis convicciones profundas y últimas y, por supuesto, la educación y formación recibidas, me alejaron, en principio y hasta hoy, de cualquier clase de positivismo jurídico: voluntarista, formalista y sociológico».
- «Mi larga estancia en Italia, donde trabajé con los Profesores Battaglia y Pergolesi contribuyó a dos cosas: a ensanchar mis conocimientos filosófico-jurídicos, puesto que con Battaglia me adentré en el ámbito del espiritualismo cristiano, y con Pergolesi seguí la dirección del método técnico-jurídico. Ayudado por ellos tomé contacto con las principales obras y autores del período weimeriano: Smend, Schmitt, Heller y otros».
- «De Smend me atrajo su reacción contra las evaporaciones de normativismo de Kelsen. Por otra parte, era conveniente alejarse de las tentaciones hiperrealistas para no incurrir en un exagerado reduccionismo socio-económico y centrar la problemática constitucional: ni una especulación hiperformalizada, ni una relativización sociologizante. La lectura de Mortati y Kagi me ayudaron a adoptar tal posición ponderada».

Aprueba en Smend el afán de «integrar» el Estado aunque a veces pierde de vista la capacidad normativizadora del Derecho y de la Constitución destacadas por Kelsen, a quien, por el contrario, se le escapa la realidad subyacente. Por ello, ve en Heller el equilibrio, el intento de mediar entre normatividad y normalidad para conseguir la normalización.

Finalmente, reconoce la influencia del institucionalismo de Hauriou, cuyas tesis armonizadas con las de Smend, le permitieron ensayar una conceptualización del Estado Autónomico como «pluralidad institucional integrada»¹¹.

2.1. *Concepción del Derecho*

De acuerdo con las premisas expuestas y con sus propias manifestaciones su concepción del Derecho parte de la necesidad de superar el

¹⁰ LUCAS VERDÚ, P., *op. cit.*

¹¹ LUCAS VERDÚ, P., *op. cit.*

positivismo y el normativismo jurídicos¹² de raíz Kelseniana, a quienes imputa haber incurrido en *solipsismo jurídico*:

- «Para el normativismo, en el Ordenamiento Jurídico no existe nada *más allá* —derecho natural, valores—, *ni más acá* —costumbres, instituciones *ni por debajo*— realidades sociales. Las magnitudes trascendentes no interesan. Lo que importa es el Derecho Positivo, el establecido por el Estado: la Ley».
- «El positivismo jurídico es la ideología, la teoría y la técnica al servicio de un sistema establecido. Es prepotente y conservador. Ha olvidado las raíces iusnaturalistas que lo alentaron contra los abusos del Antiguo Régimen, su carácter revolucionario original, y recluta a sus servidores entre burócratas identificados con el “establishment”, entre profesores temerosos del cambio y entre abogados ávidos de notoriedad y prebendas».

Estas duras críticas ideológicas a los fundamentos del normativismo no pretenden anular el positivismo jurídico, ni el tratamiento técnico-jurídico del Derecho, sino como diría Germann, integrarlo en un sistema valorativo.

En conclusión, su concepción del Derecho y especialmente del Derecho Constitucional, contiene tres ingredientes básicos, a tener en cuenta:

- raíz sociológica e historicidad;
- ley, costumbre e instituciones;
- valores, fines, estimativa y fundamentos axiológicos.

De ahí su *lucha* por liberar al Derecho Constitucional del peligro de *Administrativización*¹³, superar una exclusiva concepción *racional - normativa* de la Constitución, puramente formal. Esta visión, que separa el ser y el deber ser, es más propia de las normas administrativas que de las políticas y supone volver a Kelsen, olvidando la lucha de Smend, Schmitt y Heller.

El Derecho Constitucional hunde sus raíces en la realidad social y en la historia, es la normación e institucionalización de estructuras y realidades políticas preexistentes. Este enlace con la realidad histórico-social, debe complementarse con los aspectos técnico-jurídicos, normativos e institucionales de la Constitución y con su dimensión axiológica y estimativa, representada básicamente en los valores superiores.

¹² LUCAS VERDÚ, P., *op. cit.*

¹³ LUCAS VERDÚ, P., «Como Derecho Administrativo». *Rev. Derecho Público*, 1982.

2.2. *Contribución al Derecho Autonómico vasco*

No está de más recordar en estos tiempos de crisis constitucional y estatutaria por los que atraviesa la presente coyuntura política, al menos en el País Vasco, que las potencialidades de autogobierno del Estatuto, dependen directamente del desarrollo e interpretación de la Constitución.

No es lo mismo una concepción normativista, técnico-jurídica, estricta, legalista y formal, propia del Derecho Administrativo, que otra flexible, abierta, integradora propia de un Constitucionalismo útil.

Desde mi punto de vista, a partir de 1981, el testigo del desarrollo autonómico ha sido entregado a un equipo de juristas *expertos*, que sumando sus argumentos administrativistas a una voluntad política desfalleciente han logrado transformar la Constitución y el Estatuto, de lugar de encuentro e integración políticas, en normas frías y desnudas.

Han perdido por el camino la sustancia política, de forma que el envaramiento normativista que les rodea, resulta difícilmente conciliable con aquella vocación aperturista y plural que permitía soluciones y arreglos jurídico-políticos diversos.

Lo característico del Derecho Político no es patrocinar interpretaciones únicas, sino señalar alternativas jurídicas distintas para aplicar en cada caso la más conveniente para la solución de los problemas, la integración y el consenso. Herrero de Miñón¹⁴ dice que hay dos formas de entender el Derecho Político: como *ratio scripta* a la que ha de plegarse la realidad, o como flexible aproximación a la vida para encauzarla de la manera más pacífica posible. La primera es una mecánica, la segunda es un arte.

D. Pablo al defender su concepción de Derecho Constitucional como Derecho Político y no como Derecho Administrativo, se adscribe a la concepción del Derecho como arte, no como mecánica. Al buscar la integración política, sin desdeñar el método técnico-jurídico, equilibrando realidad social, norma, instituciones y valores, salva no sólo la validez, sino la eficacia constitucional.

Esta es, por tanto su principal aportación.

En un ámbito más concreto sus contribuciones más directas se han concentrado, especialmente, en el ámbito de los derechos históricos —«*penetración de la historicidad en la Constitución española*»—, en la concepción institucional de estos derechos —como «*constitución sustancial*»—, en la «*Teoría preposicional de la Constitución*» —que yo

¹⁴ HERRERO DE MIÑÓN, M., *Ideas sobre el Problema Vasco*, 2003.

me he permitido aplicar al Estatuto y a los derechos históricos— y en la compatibilidad Fueros y Constitución.

Precisamente, con motivo de esta última cuestión, frente a quienes tildan de conservadurismo la alegación a los derechos históricos incompatible con un constitucionalismo racional y moderno, escribe unas páginas clarificadoras y de máxima actualidad, con las que pongo punto final a este trabajo¹⁵:

- «La burguesía insatisfecha se sirvió en un primer momento, para derribar las estructuras anquilosadas del Antiguo Régimen, del iusnaturalismo revolucionario. Pero, cuando se acomoda en el nuevo sistema, se desprende de los ideales y lo transforma en positivismo legalista y garantista que la salvaguarda frente a grupos y regiones que esgrimen derechos e historia anteriores a la Constitución».
- «El concepto racional-normativo de Constitución, fruto de la imaginación jurídico-política de la burguesía, utiliza la dogmática jurídica para garantizar el monopolio legislativo del parlamento y el rechazo de factores jurídicos irreductibles a una formulación normativa».
- «El concepto racional-normativo formaliza el poder constituyente de la nación en poder del Parlamento, representación de los grupos de intereses, hoy monopolizado por los Partidos políticos. Así se evita que los nuevos movimientos revolucionarios amenacen al sistema invocando argumentos análogos a los del iusnaturalismo revolucionario fundador del constitucionalismo. Así, este iusnaturalismo se desustancializa y se convierte en mera técnica garantista».
- «De este modo tienden a petrificarse, a deshistorificarse, pregonando la rigidez constitucional del poder constituyente que ya no radica en la nación, sino en los partidos. En ello late una clamorosa contradicción: nacidos de la protesta de una clase ascendente, ahora se oponen al cambio que piden nuevos estratos sociales, grupos o regiones que no han renunciado a su legado histórico. Resulta que invocaron argumentos democráticos en una coyuntura histórica, y ahora impiden que se esgriman razones democráticas de los marginados que reclaman su propia historia».

¹⁵ LUCAS VERDÚ, P., *Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español*.

—«Para conseguir este logro —permanencia y garantismo— recurren a la dogmática jurídica positivista. Se utilizaron valores y principios para conseguir el Poder, y una vez instalados en él, se renuncia a los valores y a la historia para refugiarse en la Ley».

Con la transcripción de estos fragmentos pongo fin a estas líneas, en la confianza de haber transmitido y justificado la dimensión institucional, moderna y actual, de la persona y el pensamiento de D. Pablo Lucas Verdú.

NOTAS PARA UN BREVE ENSAYO SOBRE «CONSTITUCION E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL»

José Luis Cascajo Castro
Universidad de Salamanca

Magistro et Amico, Profesor Don Pablo Lucas Verdú,
Grato Animo et Memori Mente

I

Cada vez son más complejos y variados los fenómenos de relieve constitucional que se presentan a la consideración del jurista de nuestros días. Y cada vez son más difíciles de enmarcar en las clásicas coordenadas de espacio y tiempo. Se explica pues que haya podido declararse el final del monismo metodológico y se busque, consecuentemente, un tipo de interpretación alejado tanto del dogmatismo plano como del empirismo exasperante.

Se pretende de este modo explorar el amplio campo que oscila entre las posiciones propicias a la búsqueda de la única interpretación posible, hasta las que caen en el más puro relativismo. Además, la política constitucional ha dejado de ser motivo de atención sólo en tiempos de crisis, para convertirse en moneda corriente de la crónica diaria. De modo que la materia constitucional, difícilmente definible, queda sometida a complejos procesos de cambio que ponen a prueba las funciones de certeza y seguridad que son exigibles de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Todo lo cual termina repercutiendo en los procesos de interpretación y aplicación judicial del Derecho Constitucional.

Lamento enfriar los ánimos y las expectativas de otros tiempos, si me inclino a pensar que la justicia constitucional no debe ser considerada como el paradigma último del saber jurídico, ni como el punto alfa y omega de todo el ordenamiento. No pretendo con ello restar méritos al carácter innovador, a veces realmente brillante, de la jurisprudencia constitucional en materia de ordenación del sistema de fuentes, o de distribución de competencias entre diversos entes públicos territoriales o de garantía de derechos y libertades. Pero tampoco es de recibo contribuir a la euforia judicialista de tanto jurista oblató, que sólo entiende la naturaleza y el carácter de la Constitución reducido al enfoque mera-

mente procesalista y forense de la misma. Esta estrecha visión de la materia pasa por alto que el consenso de ideas y creencias, valores e intereses, sobre el que se fundamenta toda sana constitución, no funciona como un dato fijo e invariable. Más bien está obligada por su propio «modus operandi» a suponerlo, y en la medida de sus fuerzas también a mantenerlo.

Quizás no haya que olvidar, como se ha dicho con acierto, que a los juristas nos gusta pensar en los Tribunales con cierto romanticismo, e imaginarlos inmunes a cualquier influencia, aunque lo cierto es que no dejan de estar sometidos a limitaciones de tipo político (L. Lessig).

Sería una banalidad insistir, a fecha de hoy, en la mutilación que supone la consideración de un Derecho Constitucional indiferente a su alto voltaje político. Pero quizás falte hacer un alto en el camino, sobre todo después de esta deslumbrante marcha triunfal de la Jurisdicción Constitucional, que ha representado un capítulo brillante y denso de la teoría y práctica constitucional .

II

En fechas bien marcadas por una coyuntura especialmente crítica para Alemania, Carl Schmitt entendía «que la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría». Sostenía además que este tipo de prima política, «constituida por las tres ventajas de la interpretación arbitraria, la presunción de legalidad y la ejecutividad inmediata» era en una situación anormal «completamente incalculable e imprevisible». Y para socavar aún más las concepciones racionalistas y normativistas del Derecho, añadía que «en una competición de velocidad entre el ejecutivo y la justicia, ésta llegaría casi siempre demasiado tarde, aun cuando se pusiese en sus manos el eficaz instrumento de poder dictar disposiciones y decretos provisionales, en los casos políticos interesantes». Han transcurrido más de setenta años desde que se escribieran estas líneas y sin embargo me siguen pareciendo la descripción más lúcida, no exenta de un cierto aire de superioridad dialéctica, de cómo la mayoría deja repentinamente de ser un partido para convertirse en el Estado mismo, o de cómo la justicia no puede ser decisiva en la lucha política ante la carencia de lealtad de todos sus participantes.

Traigo a colación este pensamiento «schmittiano», con el que de un modo u otro ha tenido que medirse el Derecho Constitucional del pasado siglo, entendiéndolo que puede resultar un buen antídoto frente a los

que todavía se afanan, inútilmente, en no contaminar el Derecho con la Política.

Tampoco se puede pasar por alto que la pérdida progresiva de efectividad del marco estatal ha terminado por afectar a las categorías del Derecho Constitucional. Se han hecho más difusas al abrirse a decisiones propias de instituciones internacionales. También se han visto afectadas por la insidiosa presencia de nuevos poderes fácticos de carácter económico o mediático que erosionan los perfiles constitucionales de las instituciones. En ocasiones el puro valor normativo de lo fáctico es quien pretende romper los consensos básicos, forzando los vigentes procedimientos de reforma.

Como si el estatuto epistemológico de nuestra disciplina no fuera ya lo suficientemente precario, se añaden nuevas dificultades. Solventes juristas advierten que hoy nos encontramos con una Política cada vez menos dotada de finalidades constitucionales, y por otra parte con una Constitución siempre más emancipada de la Política, o dicho en otros términos, una Constitución que pretende auto-representarse en forma de una especie de «razón universal», de naturaleza distinta y superior a las constituciones políticas nacionales.

Entre nosotros la doctrina se afana por explicar estos fenómenos. Pero no sabría decir, exactamente, si lo hace con suficiente grado de acierto y solvencia. Desde luego la ocasión y el momento son convencionalmente propicios para todo tipo de análisis y balances de aniversario. Pero dejando de lado los conocidos usos festivos, sí parece una tarea intelectual necesaria y sería la de buscar, entre todos, unos criterios interpretativos que colaboren al mantenimiento y renovación del consenso constituyente. Dentro de la limitada y peculiar objetividad que cabe esperar dentro del Derecho Constitucional, no se puede dejar de aspirar a un mínimo entendimiento entre todos aquellos que operan, desde distintas perspectivas y funciones, con las normas constitucionales. Autores alemanes se han lamentado, con razón, de no poder recurrir a un derecho constitucional general —no escrito— del Estado democrático de Derecho, debido también a la falta de la correspondiente continuidad y tradición, en comparación, por ejemplo, con los principios del Derecho Administrativo general (E-W. Böckenförde). Entre nosotros está resultando alarmante la carencia de las convenciones constitucionales más elementales y los titulares de los órganos constitucionales deberían demostrar en este terreno menos inverecundia y más oficio.

Debiera recordarse (G.U. Rescigno) que los comportamientos de los órganos supremos del Estado completan la estructura normativa, necesariamente fragmentaria, que rige la actuación de los poderes públicos y son fruto de un acuerdo, consensualmente aceptado. En este

campo, no creo que haya ningún tipo de dudas: el resultado ha sido claramente insuficiente.

III

Acaso el acento puesto, casi de modo obsesivo, en el carácter normativo de la Constitución, ha postergado el problema de sus fundamentos. Se olvida así que toda norma, y más si cabe la norma constitucional, es algo más que una proposición lingüística estampada en un papel, que no puede agotar su aplicación en la interpretación o en el entendimiento de un texto (F. Müller). Se corre el riesgo pues de sustancializar los conceptos jurídicos y los componentes verbales de la norma, infiltrándose en la práctica del Derecho elementos irracionales de imposible comprobación.

Es habitual en la cultura jurídica francesa resaltar positivamente la proximidad del pensamiento «constitucionalista» con la filosofía, en cuanto supone una reflexión sobre la estructura fundamental de la sociedad política y sobre las prerrogativas de la persona humana en el orden social (P. Pescatore). Y en este sentido el Derecho Constitucional actual se ha enriquecido, como no podía ser de otra manera, del importante trabajo que la mejor Filosofía jurídica, política y moral de nuestros días ha realizado sobre conceptos y categorías fundamentales del mismo. Resulta bastante evidente que el ámbito normativo constitucional comprende no sólo una suma de factores de la realidad, sino también unos presupuestos conceptuales y valorativos que no pueden desconocerse.

Pocas ramas del Derecho se resisten tanto como la nuestra a ser tratadas sólo «sub specie legis o iurisprudentiae». Tampoco se trata a estas alturas de desconocer los imperativos del principio de la división del trabajo en el campo de las ciencias sociales. Sólo se pretende defender la importancia práctica que supondría el poder contar con una teoría constitucional adecuada. No quiero decir en absoluto que el Derecho Constitucional deba entenderse como un espacio propicio para los vuelos, generalmente bajos, de cualquier doctrinario. Tampoco creo que deba ser considerado como un campo de batalla para juristas de cámara (hoy de partido político), expertos de presumible «auctoritas» a los que se intenta neutralizar recíprocamente o servicios jurídicos de las instituciones públicas que, reglamentariamente, tratan de cumplir con sus funciones.

En estos últimos supuestos resulta inevitable que la polifonía mediática tronante amplifique el tono de las disputas, que por otra parte y

al margen de su mayor o menor nivel, son necesarias en un régimen democrático de opinión pública. Incluso surge en los distintos medios de comunicación, dado el interés y alcance de los problemas constitucionales, una especie de doctrina, bautizada por algunos como «hemero-doctrina» en razón del medio elegido para manifestarse, que puede coincidir o no en su autoría con la llamada doctrina académica, es decir con la expresada a través de otro tipo de publicaciones, buscando, aunque a veces no se consiga, la cita a favor o en contra de lo allí expresado. Esta última modalidad doctrinal se ha visto afectada por las circunstancias de tipo administrativo-universitario bien conocidas, junto a otros factores en cuyo análisis no debo detenerme ahora, privándola del debido alcance más allá de los ámbitos corporativos de la profesión.

No creo estar sólo al solicitar un esfuerzo colectivo y plural, que se pueda traducir en aportaciones sólidas a un Derecho Constitucional sustantivo, interesado en temas como el de la Nación española, los hechos diferenciales en el Estado de las Autonomías, el derecho a la vida, la configuración constitucional del Poder Judicial, el significado y alcance del principio democrático, las relaciones entre ordenamientos jurídicos o la cuestión de la ciudadanía, entre otros.

IV

En el Derecho Constitucional han sido especialmente visibles los estragos reduccionistas que han producido las diversas versiones del positivismo normativista. Conviene no olvidar tampoco que la norma constitucional, por naturaleza, tiene un contenido material complejo que supone poder ser considerada al mismo tiempo límite y mandato; estructura y función. Todo ello además viene potenciado por su singular posición jerárquica en el sistema de fuentes del Derecho.

Por otro lado un Derecho Constitucional entendido como un mero instrumento coercitivo de poder, corre el riesgo de situarse en lugares poco aconsejables de la contienda política. Más bien se debería esperar de él que imponga, legal, social e institucionalmente, los fines y valores propios del constitucionalismo. Esta ha sido la vitola histórica del carácter troncal y propedéutico que lo distingue, al menos hasta hoy en que debilitado el vínculo estatal del Derecho en el marco de un cambio radical y acelerado, se quedan a la intemperie numerosísimos y legítimos intereses que no encuentran tutela en un contexto caótico donde sólo parece reinar la ley del más fuerte y la del beneficio.

La cuestión es, como escribía recientemente un ilustre civilista, que nosotros los juristas no estamos delante de este mundo sino dentro, y

no podemos tratarlo y manipularlo con las categorías de ayer. Y reconocía que debilitada la creencia de los juristas en la racionalidad de los códigos y en la soberanía de los Estados, el método jurídico no puede dar ya forma a lo que no tiene forma ni restituir la unidad allí donde sólo hay indefinida casualidad de fines (N. Irti). Pero esto no significa, claro está, que se deban tirar por la borda doscientos años de dogmática jurídica por muy nihilista, dúctil o posmoderno que uno se considere. Sólo exige por nuestra parte mayor atención a los resultados obtenidos por la actual filosofía hermeneútica, sensible a los temas del lenguaje y de los textos que transmiten al intérprete la idea de continuidad de las formas y categorías jurídicas. Tampoco cabe olvidarse, como expresión de nuestra función mediadora, de los aspectos relativos a la comunicación, que equivale a decir del consenso.

Los actos jurídicos de los principales actores de la Constitución tienen generalmente carácter vinculante. Pero ganarían peso sus decisiones si además tuvieran fuerza de convicción. Este último factor ha sido descuidado, con demasiada frecuencia, en la dinámica constitucional española. Se echan en falta esfuerzos conjuntos en la búsqueda de la decisión más justa a los casos planteados y de orientaciones al bien común. La complejidad de los problemas planteados aumenta notoriamente y resulta obligado adoptar un enfoque cooperativo y solidario en la resolución de las demandas sociales, políticas y económicas. Los parámetros constitucionales experimentan también el natural desgaste del tiempo y necesitan nutrirse de su correspondiente dosis de legitimación a través del ejercicio democrático de todos los actores implicados y comprometidos de buena fe en el mantenimiento de esta meta-regla del juego político y del orden social. También los compromisos del momento constituyente se erosionan o se desplazan hacia las instituciones europeas, volviéndose difícil la exigencia de sus cumplimientos. En este sentido un mínimo realismo político indica que serán los factores determinantes de la realidad política efectiva, entre los que cabe citar a una creciente atonía moral junto a una acomodaticia disponibilidad poco sensible al valor de la solidaridad, quienes terminarán por ajustar las cuentas a nuestro ordenamiento constitucional.

V

Cualquier estudioso del Derecho Constitucional que no ande demasiado perdido por extraños arrabales de nuestro objeto de estudio, o que en el extremo opuesto no se sienta sólo preocupado por cuestiones reglamentarias de dudosa entidad constitucional, sabe muy bien que tiene

que habérselas, de un modo u otro con el concepto de Constitución, ese concepto indefinible pero siempre presente.

En el ámbito de nuestra cultura el acervo funcional que corresponde a la Constitución está ya suficientemente determinado: integrar, legitimar, limitar o controlar a la par que se establece el «orden jurídico fundamental de la comunidad»(K. Hesse). Sin embargo quien entiende, frente a las concepciones comunitarias, que una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar la igualdad de todos en los derechos fundamentales y las libertades públicas, está más interesado en señalar la crisis de garantía que afecta al papel de la Constitución, en relación con nuevos y más peligrosos contrincantes escondidos entre los complicados vericuetos del Derecho Privado y el mundo de la Economía.

Recientemente J.R. Capella ha llamado la atención, críticamente, sobre la asunción por las grandes instituciones privadas de un poder de conformación de la sociedad muy superior al que tienen algunas de las políticas e instituciones públicas, denunciando la aparición de una «lex mercatoria» privada metaestatal que funciona de manera similar a la del antiguo derecho internacional, sin instancias legislativas ni jurisdiccionales superiores a las partes y, por supuesto, como un derecho opaco y silente, creado en las grandes empresas por sus servicios jurídicos.

Es ya un hecho que los cambios materiales que vienen asociados al fenómeno de la globalización económica, están afectando la capacidad de los Estados para estabilizar la vinculación social entre los individuos. Aparecen nuevas fuentes de poder y nuevos actores de la sociedad civil que median entre el Estado y el mercado. Se acentúa el papel del Estado como administrador que ejecuta políticas públicas foráneas.

Aparecen también algunas disfunciones de lo que, en términos de Wahl, constituía el «triángulo mágico» del Derecho Constitucional de la posguerra: imperativo constitucional de realización del sistema de valores incorporado al orden constitucional, judicialización del control de esa realización a través de las jurisdicciones constitucionales, y libertad de configuración del legislador en su cualidad de concretizador de esos valores normativos constitucionales. En cualquier caso el citado esquema de trabajo ha dado ya excelentes resultados. Otra cuestión es que haya llegado el momento de dosificar, de modo diferente, el activismo de las jurisdicciones constitucionales con un mayor protagonismo de la función legislativa en cuanto cauce natural del proceso político.

Algún reflejo debiera encontrar en los textos constitucionales, de la forma más clara posible, la comprometida cuestión de la soberanía, dividida hoy entre numerosos organismos nacionales, regionales e internacionales y limitada por su propia pluralidad. Aunque la cuestión es

tan insidiosa que acaso no sea factible, conocido el proceso de elaboración del artículo 2.º de la Constitución española vigente, ni tampoco muy inteligente volver sobre el camino andado.

Como enseñó el napolitano T. Accetto en su barroca obra sobre la Disimulación Honesta, hay momentos en que no por falta de coraje o, peor aún, por cesión ante la intimidación, el deber máximo casi desesperado de la prudencia, parece aconsejar el silencio. Puede incluso resultar práctico, sin ánimo del más mínimo cinismo, hacer de la necesidad virtud, de la obediencia deserción interna, impaciencia en la paciencia o grito en el silencio. Actitudes éstas bien conocidas por el pensamiento español del Barroco.

VI

La dificultad de toda Constitución para ordenar normativamente sistemas sociales en permanente y acelerado cambio es bien patente. Se señala así el «déficit regulativo» de la norma fundamental, que pone en riesgo su singular posición central en el ordenamiento para convertirse en un derecho de «restos». Aunque quizás sea conveniente recordar que por el momento la constitución no conoce equivalentes en su función estabilizadora, también para las generaciones futuras, de un consenso fundamental históricamente alcanzado. Como enseña D. Grimm las constituciones exoneran al proceso político de una continua y reiterada discusión de los fundamentos en que se apoya la unidad a la vez que sirven de cierto control a los procesos de cambio social, tareas que como es fácil advertir son de la máxima importancia. Se comprenden fácilmente los efectos perversos que pueden ocasionar las propuestas de política constitucional que podríamos calificar como «extra ordinem», en cuanto que desbordan inequívocamente el derecho vigente, o se sirven de él para materialmente conculcarlo. De modo que sería conveniente estar de acuerdo en que «una sociedad está articulada y constitucionalizada cuando se confronta consigo misma en las adecuadas formas institucionales y en los procesos normativamente dirigidos de adaptación, resistencia y de autocorrección» (U. Preuss). En este punto la retórica de la ambigüedad y el disimulo pueden desembocar en un terreno donde ya puede decir poco el Derecho Constitucional, incluso en su versión más relativista como mero compromiso de posibilidades.

Dentro de una tradición rica en episodios de escamoteamiento de los textos legales y simultáneamente de hipócrita acatamiento, las demandas de reforma constitucional producen una natural suspicacia. Pero ya comienzan a poder leerse monografías que argumentan sobre la

exigencia de reforma en función de la normatividad y supremacía constitucionales (C. de Cabo).

De manera que no se ve la necesidad de ir siempre a remolque de los acontecimientos o, lo que es peor, tener que esperar que se produzca una especie de catarsis colectiva, para poner en marcha los mecanismos de garantía establecidos. La dificultad de su puesta en práctica no es argumento suficiente en contra. Y por otro lado, las bases culturales y políticas del modelo de Estado Constitucional en Europa representan una importante cláusula de salvaguardia.

VII

Como era de esperar y tal como ha sucedido en otros ordenamientos análogos, también entre nosotros se han debido ajustar las relaciones entre el Derecho Constitucional y el derecho ordinario. Sería absurda por imposible la tarea de buscar límites precisos. La interpretación constitucional y la casacional no tienen los mismos límites de actuación, aunque la adopción de criterios claros en esta materia podría contribuir a reducir la inseguridad de los límites de actuación de ambos Tribunales (E. Bacigalupo). Recientemente R. Alexy matiza posiciones anteriores, diciendo que asumida por los ordenamientos modernos la máxima validez formal de la norma constitucional, ésta sólo es asumible a condición de que la densidad normativa material esté suficientemente delimitada y determinada. De este modo puede seguir siendo la Constitución un ordenamiento marco frente a un entendimiento expansivo de los Derechos Fundamentales, que por su crecimiento y densidad amenaza con el peligro de una sobreconstitucionalidad, que tan sólo es evitable a través de una intensificación de la dogmática de los «márgenes de acción» del legislador en relación con la ponderación de los Derechos Fundamentales. Gana pues el factor de libre configuración democrática del ordenamiento y se limita la carga de buscar una única y óptima solución constitucional.

En este contexto es fácil ver que la fijación del ámbito de protección de un Derecho Fundamental es sobre todo un problema interpretativo. Surge así el protagonismo del principio de proporcionalidad que contribuye a dar operatividad a otros principios interpretativos constitucionales como el de unidad y concordancia práctica. Además contribuye en la aclaración de los límites semánticos entre enunciados constitucionales. Apoyado en los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ha demostrado su enorme potencial hermeneútico en

los procesos de aplicación de las normas constitucionales relativas a Derechos Fundamentales.

En este punto, y dada la relación que se establece, necesariamente, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, es fácil ver la amplitud de enfoque que experimenta el punto de vista constitucional en esta materia. Parece deseable aquí un correcto funcionamiento del necesario principio de subsidiariedad entre jurisdicciones, así como una generosa aplicación de su jurisprudencia en el orden interno de los Estados. Es patente que no puede funcionar como un Tribunal que fija hechos, ni tampoco sustituir al legislador democrático, pero en todo caso su potencialidad para establecer normas mínimas comunes es de la mayor importancia. El papel «constitucional» de este alto Tribunal es comúnmente valorado por su capacidad para adoptar decisiones de principio que crean auténtica jurisprudencia.

VIII

Con motivo del proceso de elaboración de la denominada Constitución Europea, no ha habido constitucionalista activo en la profesión que no se haya sentido concernido, de una u otra forma, ante tan comprometedor y singular ocasión. Basta echar un vistazo a las publicaciones habituales para poder comprobarlo.

No vale la pena repetir lo que ya se ha escrito acertadamente sobre las dificultades de este debate, entre otras, la de problematizar la idea misma de constitución y de sus contenidos básicos, cuestionando la razón de ser de algunos postulados básicos en los que la constitución aspira a reconocerse (P. Cruz Villalón).

No han faltado tampoco autores que han contribuido, con claridad y rigor, al análisis de las diferencias entre las figuras del Tratado Internacional y la Constitución, o de la existencia problemática de un «demos» como cuerpo político de Europa, o de las repercusiones que para nuestro Estado de las Autonomías supone el proceso de integración europeo (L.M. Díez-Picazo). Al resultado de este oportuno y necesario empeño doctrinal, resulta obligado remitirse.

Es además de sobra conocido, como enseña la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que los Tratados institutivos de organizaciones internacionales pueden ser sistemáticamente interpretados con criterios propios del Derecho Constitucional. A fin de cuentas quienes trabajan en el campo del Derecho Comunitario, utilizan también las herramientas conceptuales propias del Estado de Dere-

cho, como no podía ser de otra forma, toda vez que es común la cultura jurídica matriz.

Y un razonamiento análogo cabe hacer, por lo que respecta a las construcciones del Federalismo o de la Ciudadanía.

En un breve plazo de tiempo el constitucionalista español ha tenido que adaptarse a una nueva situación, desde el momento en que han penetrado nuevos ordenamientos en un escenario, que antes se componía básicamente del derecho estatal. El alcance de estas transformaciones, por insólitas, es difícil exagerarlo. Cualquier materia jurídica, objeto de estudio, tiene su correspondiente dimensión en el plano del Derecho Autonómico y del Comunitario, que precisan ser integradas desde el obligado punto de referencia constitucional. El mayor o menor éxito de esta perspectiva jurídica tridimensional es ya otra cuestión.

IX

A modo de cierre, no precisa ser recordado el desarrollo del Derecho Constitucional que se ha producido desde la entrada en vigor de la actual Constitución. Baste decir que por la novedad, la magnitud de la tarea y quizás también por la ausencia de autorizadas referencias metodológicas, aspecto este último deficientemente explicado en el que no puedo detenerme ahora, surgió una legión de constitucionalistas que, carentes de un imposible «espíritu de escuela», han procurado estar a la altura de las circunstancias. Mi implicación en el gremio impide una valoración objetiva del fenómeno, que puede incluso carecer de un interés más allá de lo puramente corporativo.

La apremiante demanda de nuevos hallazgos y enfoques en el tratamiento de amplísimos sectores del ordenamiento jurídico, volvía superfluo detenerse en puras cuestiones metodológicas, salvo para cumplir por mandato reglamentario con los sabidos ritos de las pruebas de acceso al profesorado universitario. Era más importante, también más rentable desde casi todos los puntos de vista, ocupar los territorios jurídicos que iba colonizando una práctica política, que trabajar en la paciente elaboración de una doctrina crítica, rigurosa e independiente.

Abierta la veda y al amparo sobreentendido de que la materia constitucional es para quien la trabaja, cada uno quedó a merced de la propia posición y fortuna, además de, claro está, la consistencia de sus propios saberes. Las carreras que se produjeron para adquirir la condición de experto en alguna especialidad de nuestra disciplina, fueron de vértigo.

Ya se sabe que entre colegas puede resultar tan habitual escatimarse los méritos como, al contrario, adularse sin ningún tipo de recato ni pudor. Intentando alejarme de sendas actitudes que no practico, sí quiero terminar estas breves líneas dejando expreso testimonio de consideración de la persona y obra del Profesor Lucas Verdú, punto de referencia y encuentro entre diversas generaciones de profesores, que ha contribuido a explorar muy vastos territorios de la cultura constitucional.

PENETRACION DE LA HISTORICIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Adrián Celaya Ibarra

Sumario: 1. La Constitución y la Historia. 2. Necesidad de la Historia. 2.1. Democracia y foralismo civil. 2.2. El foralismo y la democracia en el Derecho Civil. 2.3. El constante retorno del Derecho Foral. 2.4. La regla general y la excepción. 2.5. Democracia y foralismo en Derecho público. 3. La Constitución sustancial.

Con este título pronunció don Pablo Lucas Verdú una luminosa conferencia en San Sebastián que sigue teniendo actualidad porque, aunque se expuso en una fecha en que la Constitución era aún muy reciente, abría notables perspectivas para su interpretación y aplicación¹.

1. La Constitución y la Historia

Ponía de relieve don Pablo Lucas las numerosas referencias de la Constitución a la Historia o a hechos que solamente se entienden como una realidad histórica que está más allá de la propia Constitución. Ya en su preámbulo declara la voluntad de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Son palabras y conceptos que solamente se pueden entender acudiendo a la realidad histórica y social.

Pero además Lucas Verdú citaba una diversidad de textos en que la Constitución española hace referencia a hechos históricos y sociales:

1. El artículo 2 se refiere a «las nacionalidades y regiones» que integran España, conceptos que no se explican por la propia Constitución.
2. El artículo 2.2 habla de las «lenguas españolas» y en el párrafo 3 de las «distintas modalidades lingüísticas de España» como un patrimonio cultural.

¹ Pablo LUCAS VERDÚ, «Penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español», conferencia pronunciada en el Primer Congreso de Derecho Vasco, San Sebastián 1982, pp. 21 a 71 en la edición de I.V.A.P. Oñati, 1983.

3. En el art. 143, que inicia la regulación de las Comunidades Autónomas exige que las provincias que las constituyan, además de ser limítrofes, tengan «características históricas, culturales y económicas comunes» Y si se trata de provincias aisladas deben tener «entidad regional histórica».
4. La referencia a la Historia es básica cuando se trata de regular las competencias en materia de derecho foral, en el art. 149.1.8.º en el que solamente se reconoce competencia «para la conservación, modificación y desarrollo» de «los derechos civiles forales o especiales, a las Comunidades Autónomas «allí donde existan».
5. La discutida disposición adicional primera respeta y ampara «los derechos históricos de los territorios forales».

No dejaron de observar y comentar estos textos que llaman a la Historia los primeros civilistas que al comentar la Constitución vieron que ésta rompía con una línea tradicional en España en la que las Constituciones, no acudían ni a la Historia ni a otros criterios externos a ella, como los valores que abiertamente proclama el artículo 1.º de la Constitución actual, entre los cuales llama la atención el del pluralismo político.

No sorprende que los comentarios de los civilistas no fueran siempre favorables, y deseo subrayar la crítica de Clavero Arévalo, que Lucas Verdú compendia en estas tres afirmaciones:

1. Felizmente pasaron los tiempos en que el concepto de Constitución histórica imperaba entre las ideas antidemocráticas.
2. Nuestra Constitución, en la cuestión de las autonomías, se remite a tópicos históricos en momentos bastante delicados, introduciendo el tema en el **terreno incierto de las ideologías** (subrayado de Lucas Verdú) y de los nacionalismos de raíz histórica.
3. Impulsados por los artículos 143,1 y 147,2 a) de la Constitución que apuntan en esa dirección, la segunda hornada de proyectos de Estatuto siguen invocando una identidad histórica como razón o fundamento de su autonomía: se hable o no de nacionalidad ya se está introduciendo de todos modos en el sustrato resbaladizo de la historia. *(Este último comentario carece de valor actual, una vez aprobados y con amplia vigencia todos los Estatutos).*

2. Necesidad de la Historia

La crítica de Clavero a la presencia del hecho histórico en la Historia se basa en una concepción constitucional de tipo liberal garantista, que debe superarse. Exponía Lucas Verdú una serie de dicoto-

mías que el liberalismo clásico consideraba, antítesis como las de colocar el Derecho escrito frente al consuetudinario; la democracia representativa frente a la democracia directa, o la Constitución escrita y codificada frente a la Constitución consuetudinaria e histórica. A estas dicotomías añade Lucas la del monismo formalista frente a pluralismo histórico social y el quietismo jurídico-político frente al dinamismo jurídico-social. Los ordenamientos constitucionales clásicos se resisten, seguía Lucas Verdú, a la estimación trascendente y a la relativización sociopolítica que implacablemente les afectará. De este modo tienden a petrificarse. «Los ordenamientos constitucionales demoliberales clásicos tienden a congelar la Historia, añadía en su conclusión tercera. Al pretender su permanencia y regular su producción y cambio de acuerdo con sus propias prescripciones formales, propenden a soslayar la historicidad o realidades como los partidos políticos».

Quiero detenerme en comentar este extremo. Ninguna Constitución ni Código, ni otra disposición general puede desentenderse de la realidad histórica y social en la que vive. Es imposible aislarse de ella. Aunque lo pretendieran, las Constituciones de corte liberal no lo consiguieron, no se puede vivir de espaldas a la realidad.

El entusiasmo que, especialmente en momentos de cambio sustancial, acompaña a los creadores de una Constitución les conduce a glorificarla y casi adorarla viendo con recelo cualquier interpretación libre y oponiéndose a su modificación. En España se ha producido también este fenómeno. Hay quien quiere mantener la Constitución a la letra (lo que es imposible) y considera poco menos que una traición cualquier intento de hacerla avanzar, aunque lo exija la realidad social. Este quietismo es la muerte de cualquier progreso o avance.

El jusnaturalismo del siglo XVIII pretendía hallar leyes eternas, basadas únicamente en la razón, para todos los hombres y todos los tiempos. La Revolución francesa y algunas posteriores pensaban hallar ese Derecho natural que descansa en la razón de todo hombre y que no exige ser jurista para encontrarlo y formularlo, un argumento con el que Napoleón se sentó a presidir la Comisión redactora del Código Civil. Redactado este Código, tan racionalmente, no podían admitirse cambios ni versiones diferentes y, según se dice, Napoleón se dolió en su destierro de que aparecieran los primeros comentarios, afirmando que su obra se había perdido.

En materia civil se hizo muy pronto patente el error de esa posición anti-histórica de la Constitución y el Código. Los revolucionarios querían acabar con toda interpretación y establecieron un recurso de casación directo al Parlamento, sin permitir otros alegatos que el texto de la

ley. Parecían sobrar Jueces y Abogados, pero naturalmente la experiencia fracasó.

En el orden administrativo Francia fue dividida en departamentos desligados de la Historia y la realidad social, tomando en cuenta únicamente la superficie y población, algo que no ocurrió en la reforma de Javier de Burgos en España. Creo que todavía padece Francia esta desviación de la realidad y el espíritu jacobino enarbola la Constitución con la fuerza de la vieja expresión castellana, «defendella y no enmendalla».

En Alemania, donde la Codificación se retrasó hasta fines del siglo XIX, el dogmatismo jurídico trabajó sobre Constituciones y Códigos, como realidades puramente formales que la jurisprudencia de conceptos elaboró con gran maestría. Si la escuela de Savigny supuso, en la primera mitad del siglo XIX una reivindicación de la costumbre, pronto se impuso la dogmática conceptual y aprobado el Código Civil que es una gran obra legislativa, podía pensarse que se rozaba la perfección. Aquella obra admirable podía justificar el positivismo. Alemania tenía un gran Código y no había que buscar nada fuera de él. La ley es la ley y nada cabe fuera de ella. La única arma que debe usar el jurista, según este criterio es la ley positiva, analizada y pormenorizada por el método dogmático.

Parecía lógico suponer que si las leyes del sistema liberal se fundaban en la razón natural, era obligado proclamar su validez en todo caso. Y esto es lo que hizo el positivismo. Pero pronto hubo que reconocer que es muy difícil dictar normas universales basadas simplemente en la recta razón. Cada pueblo tiene criterios distintos sobre los mismos hechos, y por ejemplo, aunque todos estén de acuerdo, más o menos, en que hay que punir el asesinato, nunca estarán de acuerdo en la pena aplicable. Y nadie puede proclamar que la pena de muerte es más justa que la reclusión, y ésta más acertada cuando se limita a diez años que cuando se extiende a cuarenta. En el terreno civil, nadie puede demostrar que sea más injusto dejar a un padre que distribuya sus bienes entre los hijos como quiera que imponerle una legítima obligatoria. Aún hoy nos escandaliza pensar que el mismo Napoleón que como un hombre de razón se codeaba con los mejores juristas comenzara una sesión de la Comisión codificadora diciendo: «La naturaleza ha hecho de las mujeres nuestras siervas».

Además, aunque una Constitución o un Código fuera el más acertado para la generación que lo redactó, el paso del tiempo impone la necesidad del cambio. Las costumbres y los modos de vida exigen normas distintas. En la Edad Media se cortaba una mano a los ladrones, y hoy esta pena nos horroriza. ¿Quién puede prever la forma en que verán nuestros descendientes las penas de encierro en nuestras cárceles

tan poco confortables y tan repletas que es incluso difícil cumplir las reglas de la Ley penitenciaria?

El positivismo paraliza la marcha del Derecho, que es algo dinámico, sobre todo en nuestros días, no se detiene nunca, y al pretender que la ley se imponga contra viento y marea termina llegando a resultados injustos.

«El concepto racional normativo de Constitución, decía Lucas Verdú (l.c. p. 29) formaliza el poder constituyente soberano que, teóricamente, reside en la nación, pero en realidad en el Parlamento, en la clase o grupos de la clase burguesa que lo controlan durante el siglo XIX y primeros decenios del actual (siglo XX) o en el conjunto interclasista monopolizado por los partidos en nuestros días. El hecho histórico-político del poder constituyente con sus justificaciones revolucionarias iusnaturalistas frente al Antiguo Régimen se difumina y se olvida, para evitar que nuevas instancias revolucionarias amenacen al sistema recién establecido invocando argumentos análogos al iusnaturalismo revolucionario fundador del constitucionalismo».

Las ideas revolucionarias del siglo XVIII se convirtieron en el siglo XIX y XX en la base sobre la que descansaron grandes abusos. Nunca el derecho de propiedad privada se había afirmado con tanta fuerza como en el sistema liberal que permitió enormes injusticias, ni la contratación había respaldado formas de explotación como las que surgieron en estos siglos, y aún padecemos en formas más soterradas, aun cuando se amparen en Constituciones democráticas.

El advenimiento del régimen nazi en Alemania, en plena euforia positivista, puso de relieve la debilidad del constitucionalismo formalista, que durante el III Reich impedía que surgieran instrumentos jurídicos o movimientos doctrinales que pudiesen frenar los abusos del dictador.

El positivismo reinante lo impedía. No puede sorprender que el positivismo se convirtiera, como dice Lucas Verdú, en una «*reductio ad Hitlerum*»

El positivismo, decía Radbruch, con su punto de vista de que «ante todo hay que cumplir las leyes» dejó inermes a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario e injusto².

² Gustav RADBRUCH, «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes», edición española por Ed. Aguilar, «Derecho injusto y Derecho nulo», Madrid 1971, p. 12.

Cuando hablo de Historia no me refiero a los comentarios e interpretaciones de los historiadores, sino a la innegable realidad de los hechos y condiciones de vida en que los hombres y los pueblos viven y se mueven. Por muy enemigo de la Historia que yo quiera ser nunca podré evitar que yo mismo, mis ideas, mis sentimientos, mis costumbres y mis mo-

2.1. *Democracia y foralismo civil*

La verdadera democracia no pierde su sentido por aceptar los hechos históricos y la tradición. Nadie puede negar el carácter democrático de la Constitución inglesa aunque no exista un texto codificado.

Hay que reconocer que muchas vivencias históricas fueron no sólo antidemocráticas sino inhumanas, aunque también pueden encontrarse signos de autoritarismo en algunas Constituciones históricas que se titulan democráticas. Pero los derechos humanos que los ingleses afirman haber recibido en la Carta Magna o en el bill de derechos, aunque se hayan adecuado con enmiendas al mundo actual, nadie puede negar que son la raíz de la Constitución inglesa, como algunas de nuestras viejas costumbres, y especialmente las que obligaban al Rey o Señor, a jurar los Fueros y someterse a ellos, son la base de lo que llamamos democracia foral. La base del Estado de Derecho es la sumisión de todos, incluso los reyes o los gobernantes, a la ley.

Quizá la vivencia más inmediata del integrismo de algunos foralistas del siglo XIX nos fuerce a pensar que se trata de experiencias históricas caducadas, pero el análisis de las instituciones, tanto públicas como privadas, nos descubre cuáles fueron los pasos decididos que por la vía de la costumbre pusieron a pueblos antiguos en camino hacia formas menos autoritarias, como lo hizo el inglés al obligar a Juan sin Tierra a someterse a la Carta Magna, pero también algunos pueblos españoles, como el de Aragón con sus instituciones, o Bizkaia cuando al redactar sus Fueros impuso al rey o Señor la obligación de jurarlos y someterse a ellos, creando la figura del pase foral como modo de control de la foralidad.

Sin perder de vista la conferencia de Lucas Verdú voy a plantear el problema de la perfecta compatibilidad de los derechos históricos con la democracia, separadamente, desde el punto de vista del Derecho civil, que fue el tema central de la conferencia o el del Derecho Público.

dos de vida, me hayan sido dadas por la sociedad en que vivo y en la que me he educado. Y por mucho que me condicione la actualidad, dependo aunque lo quiera negar, de muchas circunstancias que me han acontecido y me han formado.

Y es casi esencial a la vida, la diversidad. El artículo uno de la Constitución al proclamar como valor esencial el pluralismo político está haciendo un llamamiento a la vida, a la realidad y a la historia, pues son ellas las que explican la diversidad de nacionalidades y regiones, de lenguas o de culturas. Ignorar esto, como han hecho en España todas las Constituciones históricas, es dejar la puerta abierta a la discordia, porque la realidad es más poderosa que todas las leyes. La Constitución de 1978, al reconocer estas realidades históricas, supone un avance notable respecto de todas las Constituciones anteriores.

2.2. *El foralismo y la democracia en el Derecho Civil*

La reivindicación foralista en materia civil es muy antigua, anterior a la aparición de los nacionalismos, y quizá por ello no suscita tanta enemiga y oposición como en materia de Derecho Público. El movimiento a favor de las leyes y costumbres forales es una consecuencia del pluralismo que en materia de Derecho civil, estuvo siempre vivo en España. Los territorios de la Corona de Aragón (el mismo Aragón, Cataluña, el reino de Valencia y el de Mallorca e islas Baleares) mantuvieron hasta el siglo XVIII una autonomía, que era más bien soberanía del rey de Aragón, ejercida de un modo casi federal, que les permitió mantener sistemas jurídicos civiles propios, e incluso crear una literatura jurídica original. Esta situación se mantuvo, tras la reunión de los reinos de Aragón y Castilla en los Reyes Católicos, y, salvo en el caso de Valencia, ni siquiera se interrumpió por las tentativas centralizadoras y abolicionistas de Felipe V, que en los Decretos de Nueva Planta, accedió a mantener la vigencia de las leyes civiles de los antiguos territorios. Es cierto que Felipe V, al mismo tiempo que presionado por la protesta social, reconocía los derechos forales (salvo los de Valencia) los hería de muerte al eliminar los órganos creadores de Derecho de estos sistemas jurídicos, sus Parlamentos y Cortes, prohibiendo además usar el catalán en los tribunales. A partir de entonces conservaron sus leyes civiles congeladas y sin posible desarrollo y así llegaron hasta los días de la transición democrática, porque el Código Civil de 1889, en sus artículos 12 y 13 mantuvo aún vivos los derechos civiles de los territorios forales.

Navarra fue también un Reino con su Derecho propio y en materia civil mantuvo esta condición aun después de la conquista por Fernando V, que no hay que olvidar que era un rey aragonés, hasta la Compilación de 1973. Los territorios vascos, en cambio, incorporados a Castilla durante la Edad Media, tuvieron más dificultades para crear y cultivar su Derecho civil, que únicamente quedó formulado por escrito en el Fuero de Vizcaya y en el Fuero de Ayala. El derecho de estos territorios se mantuvo en una convivencia no siempre fácil con el Derecho de Castilla.

Por todo ello, en la época en que se elaboraba el Código Civil había en España una serie de sistemas jurídicos que tenían vigor en pie de igualdad. ¿Qué decisión debían tomar los redactores del Código Civil?

Los sistemas jurídicos europeos, por lo común, al codificar su Derecho civil siguieron el modelo francés que hacía aplicable el Código en toda la República, eliminando las diferencias territoriales. En Francia fue esto posible por la fuerza de la Revolución, a la que las regiones no pudieron resistir, no sin que se sufriera en muchos lugares, como en

Labourd, Soule o Benabarre, los territorios vascos del lado frances, la violencia de esta imposición, pues al fin y al cabo, pese a los alardes de universalismo el Código de Napoleón era muy francés y tuvo muy presentes las costumbres de París y en general el Droit coutumier, con olvido de los demás sistemas vigentes en el País y que se inspiraban en fundamentos muy distintos.

Cuando en el siglo XIX se planteó en España la necesidad de la codificación, los territorios de Fuero, y singularmente catalanes y aragoneses, habían preparado la defensa de sus sistemas jurídicos y resistieron la tentación centralizadora, muy presente en el primer proyecto de Código Civil de 1851.

Podía pensarse que la diversidad de Fueros podía ser superada con ventaja en un Código único de elaboración racional, que acabase con todas las peculiaridades de los derechos civiles forales. Esto podía hacer más sencillo el conocimiento de nuestro Derecho, aunque es ingenuo pensar que el Derecho que se expresa en la forma más sencilla sea el más perfecto.

Antes de la Codificación, pese a estar cegadas las fuentes de producción de los Derechos forales, se mantenían éstos vivos, pero encerrados en textos cada vez más antiguos, por lo que no puede sorprender que haya caído sobre ellos la tacha de ser un montón de arcaísmos, muchas veces anacrónicos. El proyecto de Código de 1951, que no llegó a entrar en vigor, se decidió a eliminarlos y seguir el modelo uniformador del Código francés.

Pero el Derecho Foral sobrevivió y resistió frente al proyecto de 1851. Le habían salido para entonces importantes valedores que formaban nuevos cuerpos de doctrina, defendidos por juristas notables, sobre todo en Cataluña, y, por supuesto la escuela histórica había alcanzado mucho prestigio. En esta situación, el legislador de 1888, prefirió mantener vivos los Derechos forales, aunque acordando que se redactaran unos Apéndices que recogieran el Derecho propio de cada uno de los territorios forales.

2.3. El constante retorno del Derecho Foral

La situación de los Derechos forales en la época de la Codificación era difícil. No solamente se habían eliminado los órganos legislativos en los Decretos de Nueva Planta, sino que, con la abundante producción legislativa en Castilla, que iba prodigándose en leyes generales, se ocupaban importantes parcelas del llamado Derecho foral, mientras los sistemas forales, que no se permitía mejorar, se presentaban cada día como más antiguos, y parecían cerrados a la modernidad.

Hay que salir al paso de la acusación de arcaísmo, entre otras razones porque el Derecho civil evoluciona mucho más lentamente que el Derecho Público y las leyes antiguas pueden muchas veces mantener su vigencia en sociedades modernas. Al fin y al cabo, el Código Civil debe buena parte de su contenido al Derecho Romano, a las Partidas, a la reforma napoleónica e incluso al Derecho visigótico. Y pese a su pretensión racionalista el Código francés es hijo de su entorno histórico, del Derecho francés de los territorios de *Droit coutumier*, del Derecho Romano, en buena medida y también de alguna influencia germánica.

Se reconoce generalmente que el Derecho Civil evoluciona mucho más lentamente que el Derecho Público. Las Constituciones modernas dependen muy poco o nada de todo el Derecho anterior al siglo XVIII, mientras que en materia civil hay que buscar las raíces en distintas épocas de la historia y, por contraste, en el siglo XIX en Alemania, la resistencia a la codificación se apoyaba aún en el Derecho Romano.

El Derecho civil es también más resistente al cambio porque es muy difícil cambiar los hábitos y costumbres de un pueblo por ley, como la dura experiencia de la legislación civil soviética lo demuestra. Pese a que en el Derecho europeo haya gran similitud entre las instituciones, de origen romano, germánico, canónico, etc., lo cierto es que cada País y especialmente los que han vivido una historia independiente o autónoma, mantiene con tenacidad su apego a las costumbres civiles más arraigadas, que con frecuencia son mezcla de algunos de los elementos que he citado. Y así se explica que en España los territorios forales mantengan sistemas civiles propios, diferentes entre sí y diferentes del que existió en Castilla antes de la vigencia del Código Civil.

No hay que sorprenderse de que siempre que se quiere uniformar el Derecho civil existan fuertes resistencias y que pueda hablarse del retorno del Derecho foral, porque es un conjunto de normas vividas, difícil de erradicar cuando son fruto de costumbres centenarias.

Necesariamente nos debemos preguntar si realmente es buena la unificación, si el legislador debe romper esas que parecen excepciones al sistema (no son nada de eso, pues son sistemas distintos) y dictar un Código general para todos los españoles.

La única ventaja que puedo ver a la unificación es la que siempre se aduce, que simplifica y facilita el mejor conocimiento de un sistema único. Nadie puede demostrar, en cambio que el sistema catalán sea inferior al del Código civil o al del Código italiano o el alemán. Probablemente cada uno de ellos es mejor en el territorio que lo ha creado. El objetivo de una ley no es el de la sencillez y simplicidad, sino el de la justicia y seguridad.

El mantenimiento de los Derechos forales es una riqueza para España, pues posee sistemas diversos, acomodados a las distintas partes de su geografía y, lo que es más importante, acomodados al talante y el carácter de los diferentes pueblos y culturas. La historia ha creado, por ejemplo, el sistema de legítimas y el de libertad de testar, y un castellano puede estar muy convencido de que la legítima es una exigencia de la Justicia porque se acomoda a los campos de Castilla, pero un navarro o un ayalés defenderán con muchas razones la libertad de testar porque es lo mejor para ellos y para su paisaje, que en palabras de un jurista vasco, es también una fuente del Derecho.

El legislador optó por la variedad, aunque en la época del Código Civil, desprovistos los territorios forales de un órgano legislativo, es claro que se les condenaba a una vida residual, cada vez con fórmulas menos actualizadas, más estancadas en el tiempo, y, en definitiva, se les llevaba a una previsible extinción, al menos a largo plazo. Podía decirse, y se dijo, que el objetivo era el de lograr un Código civil único para todas las Españas.

Para que los derechos forales tuvieran vida era necesario que reviviera alguno de los órganos de creación de su Derecho. Esto era difícil en el siglo XIX, en el que ni siquiera se reconocía la existencia de pueblos distintos en España (como lo hace la Constitución actual desde su preámbulo) ni, por supuesto, se confesaba la diversidad de idiomas. Se admitía la validez de algunas normas forales que ya parecían agonizantes, pero en modo alguno se podía admitir que esas normas se desarrollasen, que fuesen auténticamente vivas, para lo que era indispensable que los distintos pueblos de España pudieran crear Derecho nuevo. Por esta razón, la Constitución republicana de 1931, que no fue capaz de asimilar el hecho histórico como tal, se vio en dificultades para regular la vigencia y sobre todo la posible renovación del Derecho Foral y buscó en su artículo 15 la fórmula de que el Parlamento pudiera conceder a las regiones la competencia para legislar en materia civil, en abstracto, sin una referencia a la Historia ni a los Fueros y Constituciones propias de estos territorios.

De hecho, solamente Cataluña tuvo la oportunidad de ensayar una legislación propia y no encontró muchas facilidades.

Hay que reconocer que la fórmula de la Constitución de 1978 es mucho más acertada, pues concede a las Comunidades Autónomas, allá donde exista Derecho Foral, la competencia para su conservación, modificación y desarrollo. Es decir que la Constitución acepta el problema en los términos en que la Historia lo tenía planteado, y permite su actualización y puesta al día por quienes podían tener mayor interés en hacerlo, las correspondientes Comunidades Autónomas. La miseria de

nuestro pensamiento jurídico consiste en que siempre existen personas interesadas en poner dificultades a este objetivo, y otras en exagerar sus dimensiones.

El art. 149,1,8.^a de la Constitución de 1978 al acudir a la Historia, a los Fueros, usos y costumbres, admitía la existencia del problema, no lo eliminaba por simple derogación como en Francia; y lo resolvía de la forma más correcta, manteniendo el Derecho Foral, pero vivo, no disecado, como pretendió hacer el Código Civil. Comprendo la perplejidad de algunos juristas españoles, poseídos de la idea de superioridad del sistema central unificado³, que tienen muchas dificultades para precisar el ámbito al que alcanza esa competencia de las Comunidades Autónomas y constantemente le están buscando límites, pero lo cierto es que la Constitución no pone límites, simplemente se extiende la competencia legislativa de los territorios forales a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral que en esos territorios aún pervive.

Al obrar de esta manera la Constitución es fiel a la trascendental declaración del art. 1, que propugna como un valor superior, además de la libertad, la justicia y la igualdad, «el pluralismo político». El derecho civil en España es también plural y la Constitución lo respeta. Decidirse por la unificación plena hubiera sido lo más simple, lo que otras Constituciones hicieron, pero también algo injusto y que rompía con el patrimonio heredado de la diversidad de sistemas, desconocía la diversidad cultural y los sentimientos de los distintos territorios en que regía el Derecho civil foral. «A mi juicio, decía Lucas Verdú en 1982, la penetración historicista que comporta el Derecho foral se tutela a través del valor pluralismo político (art. 1.1) que se manifiesta como autonómico (artículo 2 y título VIII) y que concretan el artículo 149,1,8.º y la Disposición Adicional primera».

Citaba también Lucas Verdú a Antonio Hernández Gil, que, desde su punto de vista civilista, sostenía que «el ordenamiento jurídico español ha roto con el planteamiento y la concepción formalistas. Las roturas han sido dos. Una arranca de la reforma en 1974 del Título Preliminar del Código Civil, al establecer como criterio interpretativo

³ El hecho de que en las Universidades españolas se explique solamente el Derecho civil común encarnado en el Código Civil explica que los licenciados piensen que ese Derecho es el mejor, una especie de «ratio iuris» y tengan verdadera alergia a la aplicación de los Derechos forales. Estimo que la Universidad debería mostrar el Derecho comparado, que permitiría a los juristas españoles estar preparados para juzgar cualquier sistema, territorial o extranjero. Esta exigencia es más apremiante si se piensa en la diversidad de sistemas civiles de la Unión Europea.

de las normas “la realidad social en el tiempo en que han de ser aplicadas”...».

«La otra gran ruptura es hacia arriba y precede a la Constitución. Mientras la realidad social es un factor de movilidad y de acercamiento a los hechos, los valores cumplen la finalidad de conseguir para el derecho el posible perfeccionamiento ético-social». Sin duda se está refiriendo a los valores que luego se proclamaron en el art. 1 de la Constitución, entre los cuales aparece el del pluralismo político.

La Constitución se propone también romper con la acusación de anacronismo y antigüedad que ha pesado sobre los Derechos forales. En lo sucesivo no quedarán petrificados, han de modificarse y desarrollarse y, por supuesto, utilizando las técnicas de nuestro tiempo.

La ponencia sobre esta materia que se presentó en el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza en 1981 afirmaba que «la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes: legislar supone innovar».

Y puntualizando mejor añadía la ponencia que «los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación e incluso la histórica, no es sino una expresión parcial, informada por principios seculares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen esos principios informadores llega la competencia de las Comunidades Autónomas»⁴.

El punto de vista fundamental es el de esos principios de que habla la ponencia, porque un Derecho foral no es una mera yuxtaposición de leyes, aunque estén reunidas en un texto legal. Lo importante son los principios que inspiran las leyes y las costumbres, principios que constituyen un sistema que es lo que da vida y, al mismo tiempo, originalidad, al Derecho Foral.

En los estudios recientes que hemos hecho los juristas vascos en relación con el Derecho civil vasco damos gran valor a sus principios inspiradores, entre los cuales destacan, el de libertad civil, que es común a otros sistemas forales, y la especial concepción del derecho de propiedad que es más comunitaria, no solamente en el aspecto familiar de la troncalidad sino también en la abundante formación de cofradías y hermandades, que responden a esa idea de actividad común que hace explicable el gran desarrollo que tiene entre nosotros el movimiento cooperativo.

⁴ La ponencia, no publicada, de aquel Congreso fue elaborada por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, y lamentablemente no se publicó, por lo que no puedo citar su edición.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1993 reconoció ampliamente las competencias de las Comunidades Autónomas en materia civil. Afirmó también que esta competencia permite integrar en el sistema autonómico no solamente la Compilación, sino las costumbres y otras normas propias de su ordenamiento.

Sin embargo, la misma sentencia entiende que esta competencia no es ilimitada sino que en todo caso ha de referirse «a instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación u otras normas de su ordenamiento». La palabra «conexión» que dio lugar a dos votos particulares abre una nueva polémica entre los intérpretes.

2.4. *La regla general y la excepción*

Buena parte de la doctrina española ha entendido que el art. 149,1,8 contiene una regla general: «Es competencia exclusiva del Estado “la legislación civil”»; y una excepción «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

Esta interpretación puede conducir a la aplicación del Derecho común, que es la regla general, para cubrir las lagunas, o a interpretar el Derecho foral en sentido restrictivo, como algo excepcional. La consecuencia es pésima para la vida de los sistemas forales que la Constitución trata de amparar, porque si interpretamos el Derecho foral por los principios inspiradores del Derecho común, que es un sistema distinto e incluso puede ser contradictorio, podemos llegar a distorsionarlo totalmente.

Don Pablo Lucas Verdú sostenía muy acertadamente a mi juicio que «hablar de excepciones es un modo de expresión impropio. Se comprende que unos determinados casos escapen a una regla determinada, pero no porque sean excepciones de la misma, sino simplemente porque caen dentro de una regla distinta».

«La norma jurídica, como todas las normas, está condicionada, o sea, opera sólo si se verifican determinados presupuestos y se dan determinadas circunstancias. Está determinada por un orden lógico: el caso jurídico diverso, producido por diversas condiciones de hecho, hace surgir una configuración jurídica diversa, sujeta a una norma diferente. Está también determinada por un orden histórico: según tiempo y lugares, una ley positiva como una forma de gobierno, pueden ser útiles o perjudiciales. Los dos órdenes de determinación no quitan, sino demuestran, que se trata siempre de reglas y no de excepciones».

Y en su conclusión once declara. «El artículo 149,1,8 no debe interpretarse con arreglo al juego regla general-excepción. Por el contrario, contempla una regla general: legislación exclusiva del Estado sobre el

territorio nacional de Derecho común y otra regla distinta, aplicable al ámbito, más restringido, de las Comunidades Autónomas con Derecho foral. No se trata, pues, de excepciones ni tampoco de privilegios de los territorios forales, sino de normativas diferentes. Los ordenamientos forales concretan el pluralismo autonómico en el campo de la legislación civil».

2.5. *Democracia y foralismo en Derecho público*

La conferencia de Pablo Lucas Verdú se pronunció en un Congreso en el que el tema central era la actualización del Derecho civil foral, o más bien las normas constitucionales sobre el Derecho Civil Foral, y el Derecho Público ocupa menos espacio por razones obvias. Además, creo que soy conocido como civilista, por lo que debo ser prudente cuando me adentro en materias de Derecho Público. Pero no sería justo terminar sin una referencia a la penetración del historicismo en la Constitución cuando regula instituciones públicas, teniendo en cuenta que en el trabajo que comento no pasan ignoradas.

Es evidente que toda la regulación de las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978 se funda en las Comunidades naturales que históricamente se formaron en España: una realidad anterior a la Constitución, que ésta no solamente no ignora sino que pretende encauzar por la vía democrática dando fin a las tensiones históricas que plantea. En lugar de esquivar el tema o recurrir a creaciones artificiales la Constitución toma en cuenta como base de la organización territorial de España, la realidad histórica.

En efecto, conforme a la redacción del artículo 143, solamente podrán acceder a la autonomía como Comunidades las siguientes entidades territoriales:

- a) «Las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes». Se atiende a los lazos históricos, los culturales, que no dejan de ser realidades creadas a través del tiempo y los económicos que se refieren a una realidad social inseparable de un desarrollo histórico.
- b) «Los territorios insulares», a los que no se pone ninguna otra acotación, pero no hay duda de que se refiere a Canarias y Baleares, dos conjuntos de islas fundidos en historias comunes.
- c) «Las provincias con entidad regional histórica». Aquí también se recurre a la historia y se exige una identidad «regional» definida a través del tiempo, históricamente. A su amparo accedieron a la autonomía Murcia, Cantabria y La Rioja.

- d) El art. 144 de la Constitución parece romper la necesidad de los lazos históricos cuando autoriza a las Cortes generales para que, mediante Ley Orgánica, puedan autorizar la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna los requisitos del apartado 1 del artículo 143. Este precepto se aplicó únicamente a Madrid. No es discutible que Madrid tenga una clara identidad, aunque no sea precisamente «regional», pero es indudablemente histórica. Y cuando los pactos de la Moncloa decidieron que la autonomía se extienda a todas las tierras de España, no se podía excluir Madrid, que tiene una identidad innegable, y no solamente como capital del país.

El sistema autonómico regulado en la Constitución tiene, por lo tanto, un evidente respaldo histórico, pero no es éste el lugar de ocuparnos del tema con detenimiento. En cambio, conviene detenerse en el análisis de una norma que ya ocupaba la atención de Lucas Verdú en su conferencia de 1979. Es la disposición adicional primera de la Constitución, que ha dado lugar a muchos debates pero que debemos transcribir aquí. Dice así:

Disposición adicional primera. *La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.*

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Estamos ante una disposición insólita en el campo del Derecho Constitucional, decía Lucas Verdú, una disposición que contradice la afirmación de la inconciliabilidad entre el Derecho Foral y el sistema constitucional, aunque la solución adoptada por nuestra Carta fundamental no satisfizo a los grupos nacionalistas vascos en las discusiones en torno a esta disposición. (p. 43)

Destacaba también que la Constitución no ha formalizado los derechos históricos porque ello supondría su desnaturalización. Si la Constitución se hubiera ocupado de describir los que llama derechos históricos, los hubiera convertido en derechos constitucionales y muy difícilmente hubiera acertado, pues no es fácil traer la historia a un texto político. Pero al ampararlos y respetarlos, sin definirlos, ha creado un campo de trabajo para juristas y políticos, que deberán definirlos, y regularlos. Se abre una gran zona de flexibilidad, pues la disposición puede ser entendida de muy diversos modos, y, a mi juicio, La labor de los políticos en un debate racional, es la que puede hacer que esta discutida disposición tenga un lugar central en el desarrollo de la Constitución.

Los llamados, según esta disposición, derechos históricos de los territorios forales, que se crearon con el tiempo y a base de repetidas experiencias, que crearon costumbres arraigadas, caen en el seno de la disposición adicional, con una única condición, la de que no contradigan a la propia Constitución.

La disposición fue una iniciativa del P.N.V., que, no obstante no la votó por su disconformidad con el párrafo segundo que obliga a que la actualización de los derechos históricos se lleve a cabo «en el marco de la Constitución».

Lucas Verdú transcribía las palabras del senador nacionalista Federico de Zabala que se lamentaba de que «de ser unos derechos emanados y originarios del pueblo vasco y apoyados en él, pasen a ser una proclamación más bien retórica de un texto constitucional y, a partir de esta novación, tales derechos quedan viculados a la suerte de la Constitución y no a la voluntad del Pueblo Vasco».

Lucas Verdú pensaba que en lugar de decir la disposición que «ampara y respeta» los derecho forales, debiera haber dicho que «los reconoce y ampara» lo «que cuadra mejor con la naturaleza de dichos derechos». Es exacto, pero a más de veinte años de distancia hay que reconocer que la autonomía vasca, y la navarra, que muchos entendieron que eran los destinatarios únicos de la disposición adicional, se han visto muy favorecidas por su aplicación.

En primer lugar, esta disposición eliminó las dificultades que hasta entonces ponía la Administración para cualquier descentralización en materia financiera. Guipúzcoa y Bizkaia que perdieron su Concierto Económico por el Decreto derogatorio de junio de 1937, pudieron pensar que se abría una esperanza, cuando a la muerte de Franco se creó una Comisión para el estudio de un régimen especial para las dos provincias. Soy testigo de que por parte del Gobierno y de la Administración, que alegaban mil razones legales y de todo tipo, no hubo la más mínima posibilidad de una concesión a las aspiraciones vascas y mucho menos, de algo que se pareciera a una autonomía financiera. Y un buen número de miembros vascos de la Comisión, y yo mismo como asesor, presentamos la dimisión ante la negativa posición del Gobierno. Algo similar ocurrió, cuando años más tarde, el Consejo General Vasco quiso negociar la restauración del derogado Concierto. Cuando se negoció, en cambio, el Estatuto, teníamos el apoyo de la disposición adicional y, pese a que no faltaron las dificultades, el resultado fue muy positivo.

No sé si hemos tenido conciencia de que la autonomía financiera que nos concede el Estatuto, basada en la citada adicional, es la clave de nuestra autonomía y lo que la hace más original. El Gobierno Vasco tuvo la habilidad de negociar el Concierto Económico de modo que

pierda totalmente cualquier aspecto de privilegio, de lo que se le había acusado, pero evidentemente nuestra autonomía, descansa en esta realidad financiera, que, además, vitaliza nuestras Diputaciones ante cualquier tentativa centralista del Gobierno central o del vasco.

Además de esto, el Estatuto utiliza también la Disposición adicional primera en el artículo 17 para autorizar la creación de la policía autónoma vasca «para la protección de las personas y los bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo». Fuera del País Vasco solamente hay algo similar, aunque no idéntico, en Cataluña.

También se aplica la disposición adicional primera en el art. 16 del Estatuto, según el cual «es de la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio del artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el art. 149,1,30.^a, de la misma y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía».

Las referencias a los textos constitucionales limitan ciertamente la autonomía y también es cierto que similares competencias en enseñanza se extendieron a todas las Comunidades sin invocar la disposición adicional 1.^a; pero el Estatuto Vasco fue el primero que se aprobó y dudo mucho de que si no hubiera sido tan amplio, abriendo el camino, las restantes Comunidades Autónoma hubieran alcanzado las mismas competencias. En el Estatuto de 1936, Euskadi podía crear centros de enseñanza, pero el Estado mantenía todos los suyos, podía crear otros nuevos y tenía competencias superiores sobre todos.

Hay muchos interrogantes alrededor de esta adicional primera y reconozco que el Tribunal Constitucional la ha interpretado en forma bastante restrictiva, pero no pierdo la esperanza de que esta doctrina pueda variar. Si la Constitución es muy flexible, ¿por qué la doctrina ha de ser inflexible?

3. La Constitución sustancial

No he de ocultar que estoy omitiendo una idea básica que D. Pablo Lucas expuso en su conferencia y en otros trabajos. Es la idea de la Constitución sustancial, que he dejado de lado casi adrede porque me costaría manejar este hermoso concepto con su maestría, dada mi escasa experiencia en temas políticos.

La Constitución sustancial se contrapone a la Constitución cerrada de los tradicionales modelos liberal-garantistas, que pretenden dejar el Derecho encerrado de una vez y para siempre en el cuadro de la Cons-

titución y leyes que la desarrollan. El sistema liberal-garantista no admite que pueda invocarse el Derecho natural o la doctrina de los valores, ni que se atienda al Derecho consuetudinario, o se tengan en cuenta los cambios de la realidad social, ni los hechos históricos divergentes, como los derechos forales. El Derecho no puede desbordar el sistema cerrado que los grupos que crearon la Constitución o el Código tienen mucho interés en mantener sin merma, aunque aparezcan hechos nuevos o caduquen las viejas proposiciones. Las ideas nuevas no tienen modo de actuar, aunque un fenómeno nuevo, como lo fue el socialismo o los movimientos obreros, ponga en duda ese universo cerrado. El siglo xx ha sido testigo de muchas luchas sociales en que la burguesía constitucionalista no admitía ninguna transacción.

La idea de la Constitución sustancial trata de resolver esta contradicción. Porque la Constitución sustancial es una realidad que nos envuelve, no es un artificio, sino la vida misma en la que la Constitución ha nacido y que puede y debe hacerla evolucionar.

Según Lucas Verdú, la Constitución sustancial española se integra por dos elementos: el Monarca y el pluralismo político social, dos realidades anteriores a la Constitución de 1978. Pero esta Constitución en vez de desentenderse de la realidad sustancial, la respeta y la tutela. Es un conjunto de realidades que participan de la nota común modulada según sus propias características, del pluralismo. «El pluralismo no lo agotan los partidos políticos pues la Constitución vigente recoge un amplio abanico pluralista: *político*, pluripartidismo (art. 6) *autonómico* (art. 2, título VIII) *social asociativo* (art. 22) *empresarial* (art. 7 y 131,8) *organizativo* (art. 105 y 51.2) *fundacional* (art. 34) *religioso* (art. 16,3) *lingüístico* (art 3, 20) *simbólico* (art. 4.2)»⁵.

Según lo expuesto, la penetración historicista en nuestra Constitución se verifica a través de esa Constitución sustancial.

«La historicidad del Derecho foral así como la sustancialidad constitucional, no son realidades antidemocráticas son simplemente *realidades innegables*».

Gracias a este llamamiento a la Constitución sustancial, la Constitución española de 1978 es una realidad viva, no un cuerpo petrificado.

⁵ Este texto lo tomo literalmente, como algunos otros, de la conferencia que comento de D. Pablo Lucas Verdú, en la página 36 del texto publicado.

CRITICA Y CONDENA DEL IMPERIO ROMANO EN LOS ORACULOS SIBILINOS*

Juan Churruca Arellano

Sumario: 1. La obra. 2. Las relaciones políticas de los Judíos y de los Cristianos con Roma. 3. Pasajes sobre Roma en los Oráculos Sibilinos. 4. Conclusiones.

El título y la materia de este artículo dentro del Homenaje al Profesor Lucas Verdú necesita de entrada un intento de justificación. Los Oráculos Sibilinos son una colección anónima y pseudoepígrafa de escritos del género apocalíptico, redactados versos hexámetros griegos por varios autores judíos y cristianos a lo largo de varios siglos (II aC-v pC). Su valor literario es muy escaso. Su aportación de datos históricos es prácticamente nula. Tienen sin embargo notable interés desde el punto de vista de la historia del mundo político romano, porque reflejan la opinión antirromana profunda y constante de un sector de la población que tenía del Imperio Romano una idea muy distinta de la creada y fomentada por la propaganda oficial, mantenida por razones de peso por los sectores favorecidos de la población y generalizada en la historiografía tanto antigua como moderna. Creo que merece la pena examinar con alguna detención este sector divergente de la opinión pública, que se mantuvo constante y firme en condiciones nada fáciles. Antes de examinar su contenido es necesario para comprenderlo debidamente tener en cuenta las características de la obra y sus circunstancias.

* Además de las usuales en el campo jurídico se emplean en este trabajo las siguientes siglas: ANRW = *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* ed. H. Temporini - W. Haase (Berlín New -York); ApcrAT= *Apócrifos del Antiguo Testamento* ed A. Díez Macho (Madrid 1984); BIDR = *Bullettino dell Istituto di Diritto Romano* (Roma); EFHardt = *Entretiens sur l'Antiquité Classique* org. Fondation Hardt (andevres-Genève); KP = *Das kleine Pauly: Lexikon der Antike* ed. K. Ziegler etc (Stuttgart 1964-1975); NTApr¹ = *Neutestamentliche Apokryphen* ed E. Hennecke (+)-W. Schneemelcher (Tübingen 1971); NTApr⁵ = *Neutestamentliche Apokryphen* ed. W. Schneemelcher (Tübingen 1989); RE = *Paulys-Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* ed. G. Wissowa etc (Stuttgart); RGG³ = *Die Religion in Geschichte und Gegenwart* ³ ed. K. Gallig etc. (Tübingen 1957-1965); TU = *Texte und Untersuchungen zur Geschichte der altchristlichen Literatur* (Leipzig-Berlin); ZSS = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (Weimar).

1. La obra

Los Oráculos Sibilinos (*Sibylliakoï chrêsmoi*) son una colección de oráculos atribuidos a la Sibila. La mántica en sus diversas modalidades (adivinación, predicción del futuro, interpretación de fenómenos naturales y de eventuales signos sobrenaturales, etc.) estuvo muy extendida en la Antigüedad. En la época arcaica de Grecia hubo numerosas personas dotadas de una fuerte religiosidad y con conciencia íntima de su unión con lo sobrenatural, lo que les llevaba a transmitir a los demás sus vivencias, percepciones y visiones (entre ellas sus previsiones del futuro). En torno a esas personas se crearon leyendas, se les atribuyeron oráculos y escritos, y se les profesó un respeto notablemente generalizado. En la época clásica griega fue frecuente la utilización de oráculos en la vida política para intentar asegurarse previamente del acierto de una decisión a tomar o para influenciar a la opinión pública¹. En la historia religiosa y política de Israel el profetismo fue un fenómeno extraordinariamente importante durante varios siglos (VIII-V aC) con efectos en el campo religioso y político². En el mundo romano la mántica penetró pronto y se extendió entre todas las clases sociales. Su utilización en la vida política fue también muy frecuente y dio lugar a intentos de perturbar la opinión pública, por lo que constantemente hubieron de tomarse medidas legales (de escasa eficacia práctica) contra magos y adivinos³.

Dentro de la mántica se distinguen dos modalidades: la inductiva que se centra en la interpretación de señales sobrenaturales, y la intuitiva consistente en la manifestación por una persona que cree tener contacto

¹ Sobre la mántica, en el mundo griego y helenístico: M.P. NILSSON, *Geschichte der griechischen Religion* 1³ (München 1967=1976) 164-176; 625-632; 678-684; 794-795.

² Concepto, modalidades características y efectos del profetismo en la historia de Israel en: G. FOHRER, *Einleitung in das Alte Testament*¹² (Heidelberg 1979) 374-396.

³ En el mundo romano la mántica en sus diversas modalidades estuvo muy extendida entre los diversos grupos sociales (L. FRIEDLÄNDER, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*¹⁰ [Leipzig 1922-1923 = Aalen 1964] 3,158-171). Desde la época republicana se habían tomado medidas tomadas contra los abusos (W. SPEYER, *Büchervernichtung und Zensur des Geistes bei Heiden, Juden und Christen* [Stuttgart 1981] 51-56; F.H. CRAMER, *Astrology in Roman Law and Politics* [Philadelphia 1954] 234-267). Ulpiano hace notar al respecto que se discutió entre los juristas si lo que se castigaba en tales casos era el simple conocimiento (*scientia, notitia*) de las artes mánticas o la profesión del oficio (*exercitatio, professio*) y añade que si bien inicialmente se castigó solamente la pública profesión, más tarde se persiguió también el simple conocimiento; y señala también que a pesar de las prohibiciones se siguió practicando (a veces públicamente sin estricta clandestinidad) la astrología, la adivinación y otras artes semejantes, lo que según el jurista debía atribuirse no a que se permitiese oficialmente el ejercicio de tales artes, sino a la contumacia y temeridad de quienes practicaban esas artes y de quienes les consultaban (Ulp, OffProc 7 [Coll 15,2,2-31]).

con lo sobrenatural, de lo que ha visto u oído en estado extático de inspiración. Los Oráculos Sibilinos pertenecen a este segundo tipo.

Entre las diversas personas a las que en el mundo antiguo se consideró dotadas de ese íntimo contacto con lo sobrenatural, estaban las Sibilas. Inicialmente Sibila fue probablemente el nombre propio de una mujer legendaria de Asia Menor a la que la tradición consideraba dotada de poderes mánticos. Con el tiempo tales mujeres legendarias se multiplicaron: en el mundo greco-romano se llegó a hablar de hasta diez Sibilas diferenciadas por el nombre del lugar en el que se decía que habían desarrollado su actividad mántica (Eritras, Samos, Claros, Sardes, Cumas, etc). La creencia en las Sibilas y el respeto generalizado de sus oráculos penetró pronto en el mundo griego y luego en el romano⁴. Incluso en la literatura cristiana a partir del siglo II la Sibila es mencionada sin rechazo y con respeto por diversos autores⁵. Particularidad de los oráculos sibilinos (al menos de los que nos interesan) es que la Sibila no hace sus manifestaciones en respuesta a una pregunta que se le hacía, sino que actuaba directamente sin consulta, a impulso irresistible de la divinidad.

Una clara muestra del respeto y prestigio de que gozaron las Sibilas en el mundo antiguo es la atención que se prestó en Roma a los llamados *Libri Sibyllini*. Se trataba de oráculos atribuidos a la Sibila, cuidadosamente custodiados al menos desde comienzos de la República por el colegio de los *duoviri* (más tarde *decemviri sacris faciundis*) encargados de su guarda y del control de su consulta sólo permitida en ocasiones graves y con previa autorización del Senado. No se conoce exactamente su contenido, pero parece que fundamentalmente fueron una colección de normas expiatorias destinadas a restaurar las buenas relaciones del pueblo romano con sus dioses. Se sabe que tales oráculos fueron consultados en ocasiones graves, y que al quedar destruidos en el incendio del Capitolio (donde estaban depositados) el año 76 aC, se enviaron comisiones oficiales a Eritras (y tal vez a otros lugares relacionados con las Sibilas) para restaurar la colección destruida. Se sabe también que Augusto con ocasión de la celebración de las fiestas seculares (17 aC) potenció la autoridad de las Sibilas y tomó medidas para reprimir las falsificaciones y en general la utilización política de la mántica. Durante todo el Principado se siguieron consultando (aunque con menor frecuencia) los *Libri*

⁴ Sobre las Sibilas: A. RZACH, «Sibyllen»: RE 2A/2, 2072-2078; A. KURFESS, «Christliche Sibyllinen»: NTApkr⁴ 498-500; J.D. GAUGER, *Sibyllinische Weissagungen* (Düsseldorf-Zürich 1998) 345-359.

⁵ Datos sobre la valoración de la Sibila en el Cristianismo en: KRFESS [n 4] 501-502; W. SPEYER, *Die literarische Fälschung im heidnischen und christlichen Altertum* (München 1971) 201; 247-248.

Sibyllini y se siguieron tomando frecuentemente medidas contra los abusos sociales y políticos de la adivinación y de la profecía⁶.

Un hecho particularmente llamativo es la recepción de la figura de la Sibila (nacida y desarrollada en el Paganismo) por la literatura tanto judía como cristiana. Respecto a la literatura judía hay que tener en cuenta que con el cese del dominio persa (332 aC) comenzaron a producirse en ella importantes fenómenos. Por una parte se extinguió el profetismo propiamente tal⁶. Por otra parte la fuerte opresión religiosa de los Sasánidas, sobre todo de Antioco IV (175-164 aC) fomentó la reacción y el desarrollo del género literario apocalíptico. Por otro lado la prosperidad de muchas comunidades judías en territorios helenísticos, sobre todo en Egipto y muy particularmente en Alejandría, dio lugar al nacimiento y desarrollo de la literatura religiosa judía en lengua griega (traducción al griego del Antiguo Testamento, obras varias de carácter religioso, obras filosóficas de Filón de Alejandría, etc.) destinada sobre todo a lectores judíos de habla griega, y también a lectores no judíos con fines apologéticos o proselitistas⁷. En nuestro caso un judío anónimo probablemente de la comunidad de Alejandría para dar mayor autoridad a oráculos que él había recogido o creado, recurrió al prestigioso nombre de la Sibila, y así nació el sustrato más antiguo de los Oráculos Sibilinos. El prestigio de la Sibila era grande y aunque era una figura no judía, lo que decía y lo que se le hacía decir, podía ponerse fácilmente de acuerdo con el monoteísmo. El autor judío de este primer estrato de los Oráculos Sibilinos escribió su obra probablemente ya en el siglo II aC: es muy posible que tuviera a la vista y tal vez utilizara (previa monoteización) oráculos sibilinos paganos anteriores. Posteriormente otros autores también anónimos fueron añadiendo nuevos libros, nuevas secciones a los libros ya existentes, modificaciones varias, interpolaciones etc⁸.

⁶ Sobre los *Libri sibyllini*: A. RZACH, «Sibyllinische Orakel»: RE 2A/2, 2105-2116; GAUGER [n4] 380-401:

⁷ Sobre la literatura religiosa judía en lengua griega y sus características: M. HENGEL, «Anonymität, Pseudepigraphie, und literarische Fälschung in der jüdisch-hellenistischen Literatur»: EFondHardt 18 (1973) 231-308.

⁸ Los pormenores del nacimiento de los OrSib son difíciles de determinar exactamente, y las discrepancias de detalle son numerosas entre los especialistas. Los datos ofrecidos en este trabajo se basan en el consenso básico (aunque con discrepancias de detalle) de los principales especialistas. Por lo que se refiere al origen de OrSib. RZACH [n6] 2122-2131; J. GEFFCKEN, *Komposition und Entstehungszeit der Oracula Sibyllina* (TU 23/1 [Leipzig 1902] 1-16; J.J. COLLINS, «The Development of the Sibylline Tradition»: ANRW 2/20/1,430-435; V. NIKIPROWETZKY, «La Sibylle juive et le Troisième Livre des Pseudo-Oracles Sibyllins: ANRW 2/20/1, 461;538-539; GAUGER [n 4] 440-445; E. SUÁREZ DE LA TORRE, «Oráculos Sibilinos»: ApcrAT 3,250.

Al valorar el hecho de la pseudoepigrafía de este primer autor y la de los que le siguieron, hay que tener en cuenta que la atribución expresa de un escrito propio a una persona prestigiosa, o bien porque el autor se sentía sobrenaturalmente inspirado y quería comunicar su inspiración con mayor autoridad recurriendo al nombre de una persona religiosamente venerable del pasado más prestigioso que su propio nombre, o bien sencillamente porque para para realzar su propio escrito buscando éxito, o bien eventualmente para disminuir los riesgos de conflicto con la autoridad pública, no era valorada en la antigüedad como una burda falsificación rechazable por sí misma y éticamente inadmisibles, como ocurre en la actualidad⁹.

La obra del autor del primer estrato de los Oráculos Sibilinos y la mayor parte de todo lo que a lo largo de los siglos se le fue añadiendo, pertenece al género apocalíptico muy extendido en esa época. *Apokalypetein* en griego significa descubrir (quitar la cobertura) y de ahí pasa a significar también concretamente revelar lo secreto. El contenido básico de las obras de este género es la idea de que Dios que dirige el curso de la historia y protege a Israel (y a los Cristianos), anuncia los males que se van a producir contra los hombres y pueblos perversos que han oprimido y vejado a Israel (o a los Cristianos) y proclama el pleno triunfo futuro y definitivo del bien y de los buenos. Todo ello lo revela un vidente (en nuestro caso la Sibila) quien afirma insistentemente que habla en trance profético, poseída y constreñida a hacerlo por el irresistible poder divino. Característica de este género es la falta de orden sistemático, la abundancia de alusiones vagas y enigmáticas a hechos históricos con frecuencia imposibles de identificar, y el empleo del anuncio como futuro de lo ya sucedido (*vaticinium ex eventu*). Para ello el autor que se presenta como vidente inspirado (en nuestro caso la Sibila) se coloca fuera de la historia y anuncia como futuros multitud de acontecimientos históricos (sobre todo catástrofes) ya sucedidos, con el fin de dar credibilidad al anuncio de un futuro castigo y exterminación definitiva del mal y el correspondiente triunfo también definitivo del bien, presentados con frecuencia como temporalmente cercanos. En el género se manifiesta claramente la reacción amarga del vencido y oprimido, que se siente actualmente ante el poderoso opresor, está lleno de odio y de deseo de venganza, y expresa su esperanza

⁹ Sobre la pseudoepigrafía en el campo religioso: W. SPEYER, «Fälschung, Pseudepigraphie, freie Erfindung undechte religiöse Pseudepigraphie»: *EFondHardt* 18 (1976) 333-366; HENGEL [n7]244; 253; 305-308; I. GRUNEWALD, «Jewish Apocalyptic Literature»: *ANRW* 2/19/1, 97-103.

en el futuro triunfo de la justicia divina. El género apocalíptico se desarrolló en la literatura judía durante la época de opresión por parte de Roma, y en la literatura cristiana de los primeros siglos¹⁰.

Los Oráculos Sibilinos en su estado actual constan de doce libros con total de más de 4.000 versos hexámetros. Los libros son de muy distinta extensión: desde 28 versos el libro sexto, hasta 829 el tercero. La actual colección presenta la particularidad de que al haber sido con el tiempo absorbidos en el libro 8 los anteriormente independientes libros 9 y 10, la numeración actual de los doce libros es: 1-8 y 11-14. La fecha de composición de cada libro (y de las partes integrantes de varios de estos libros) es difícil de precisar exactamente, ya que la determinación de la fecha de composición se basa en gran parte en las fecha de los acontecimientos y personas aludidos con frecuencia con extrema vaguedad e imprecisión. De hecho dentro de un consenso básicos hay notables divergencias en las dataciones propuestas aun por los mejores especialistas. El valor literario de la obra es en general escaso. Domina en ella una continua falta de continuidad lógica con rupturas bruscas, y una marcada tendencia a insistir en lo violento y espantoso de los acontecimientos que se vaticinan. La única gran idea dominante es el inexorable y espantoso castigo divino que recaerá sobre los malos y el triunfo final de los buenos¹¹.

La obra tuvo probablemente una vida relativamente pujante en la época romana: así lo manifiesta el continuo crecimiento de la obra y las numerosas referencias y citas que de ella hacen diversos autores. Otro claro indicio del interés existente por la obra es el hecho de que se escribiera, renovara y difundiera en un ambiente como el romano, en el que era peligroso escribir y difundir tal tipo de literatura subversiva¹² y en el que el coste de los libros era muy alto¹³. Todo ello indica que existió a lo largo de varios siglos un grupo (o unos grupos) interesado por el tema y partícipe de la ideología político-religiosa dominante en la obra. Tras el probable pujante desarrollo a lo largo de la época romana,

¹⁰ Sobre la apocalíptica: A. JÜLICHER-E. FASCHER, *Einleitung in das Neue Testament*⁷ (Tübingen 1931) 239-242; K. KOCH, «Einleitung»: *Apokalyptik* (Darmstadt 1982) 12-29; P. WOLZ, «Die Eschatologie»: *Apokalyptik* 249-257; GRUNEWALD [n 9] 97-103.

¹¹ Descripción general de la obra: origen, autores, evolución, estado actual, tradición manuscrita, ediciones etc en: RZACH [n 6] 2117-2122; GEFFCKEN, KOMP [n 8] passim; SPEYER, LITFÄLSCH [n 5] 159; 163; 201; SUÁREZ DE LA TORRE [n 8] 241-263; NIKIPROWETZKY [n 8] 460-545; COLLINS [n 8] 421-456; GAUGER [n 4] passim.

¹² Sobre las medidas represivas de la literatura subversiva en la época romana: W. SPEYER, *Büchervernichtung und Zensur des Geistes bei Heiden, Juden und Christen* (Stuttgart 1981) 25-33; 56-75; 120-126; 137-154; 180-184.

¹³ Datos sobre el precio de los libros en la Antigüedad: en T. BIRT, *Kritik und Hermeneutik*³ (München 1913) 322-323.

parece que en la época bizantina la colección fue poco leída, o al menos poco copiada. Por el contrario en la época del Renacimiento se multiplicaron las copias de manera que la mayor parte de los manuscritos existentes son del siglo xv¹⁴. La edición utilizada como base en este trabajo es la de Geffcken (Leipzig 1902)¹⁵.

2. Las relaciones políticas de los Judíos y de los Cristianos con Roma

Los primeros contactos históricamente documentados de los Judíos con Roma se produjeron a fines de la primera mitad del siglo II aC, cuando Palestina estaba sometida al poder de los Seléucidas. El régimen teocrático de los sumos sacerdotes judíos vigente durante las dominaciones persa (539-332 aC) y ptolemaica (323-198 aC) fue eliminada por Antioco IV el año 175 aC). Este mismo monarca expolió el templo de Jerusalem (168 aC), prohibió el culto tradicional judío, declaró obligatorio el culto al soberano seléucida, estableció la equiparación de Yahvé con Zeus y tomó otra serie de medidas contra los Judíos. En semejante situación de extrema opresión se produjo el levantamiento de los Hasmoneos (Macabeos). Estos iniciaron contactos con los Romanos, que interesados en debilitar el poder de los Seléucidas apoyaron a los Judíos más en el terreno político que en el militar. La revuelta de los Macabeos llevó a un régimen de creciente autonomía, pero internamente débil con constantes luchas civiles¹⁶.

Un conflicto sucesorio entre Hircano y Aristóbulo dio ocasión a los Romanos para intervenir militarmente en Palestina: Pompeyo apoyó a Hircano, tomó Jerusalem (63 aC) y constituyó a Palestina como estado cliente de Roma con Hircano II como sumo sacerdote y monarca bajo el control del gobernador de la provincia romana de Siria. El año 37 aC de nuevo con ocasión de una contienda civil, fue instalado como rey con apoyo de los Romanos Herodes (37-4 aC). La incapacidad política de uno de sus sucesores dio ocasión a Augusto para crear la provincia romana de Judea (4 aC).

¹⁴ Sobre la difusión, el desarrollo, la tradición y los manuscritos de OrSib: J. GEFFCKEN, *EINLEITUNG* [n 15] XXI-LVI.

¹⁵ *Die Oracula Sibyllina* ed. J. GEFFCKEN (GCS sn) (Leipzig 1902). La mejor traducción castellana es la de SUÁREZ DE LA TORRE [n 8].

¹⁶ Sobre la situación del Judaísmo bajo el dominio helenístico: A. RODRÍGUEZ CARMONA, *La religión judía* (Madrid 2001) 107-112. Sobre los primeros contactos de los Judíos con los Romanos: D. PIATELLI, «Ricerche intorno alle relazione politiche tra Roma e l' *ethnos tôn Ioudaion* dal 161 aCal 4 aC»: *BIDR* 74 (1971) 228-260.

La política romana respecto a los Judíos estuvo condicionada sustancialmente por el hecho de que Palestina estaba situada entre Asia y Egipto y era por tanto importante para el poder romano mantener el control de la región y unas relaciones aceptables con los Judíos de dentro y de fuera de Palestina. De ahí que se les concediera notables privilegios como la liberación del servicio militar y del culto oficial al emperador, posibilidad de contribución económica por los Judíos de la Diáspora al mantenimiento del culto en Jerusalem, gobierno teórico por reyes judíos. El gobierno romano procuró también en general evitar medidas que pudieran herir la susceptibilidad, como el uso de *signa* por las legiones dentro de Judea, entrada de romanos en el Templo, etc. Esta situación de monarquía cliente se mantuvo con ligeras variantes hasta la Primera Guerra Judía (67-70). En la población judía había una minoría económica y políticamente bien situada adicta a Roma; había una mayoría (dividida en diversos grupos) pacífica y sumisa pero abiertamente opuesta a la helenización y a las no infrecuentes medidas opresoras de los Romanos, y había finalmente otra minoría radicalmente antirromana. De hecho la presión fiscal, la falta de tacto de algunos gobernadores y el carácter opresivo de algunas medidas imperiales dieron lugar a numerosos levantamientos más o menos generalizados encabezados por personas carismáticas o por grupos particularmente hostiles a la dominación romana. Todos ellos fueron dura y eficazmente reprimidos por la autoridad¹⁷.

Entre tanto los Romanos habían tenido contacto político con comunidades judías establecidas desde antiguo en territorio de los reinos helenísticos. Roma en su lucha contra esos reinos había favorecido frecuentemente por razones políticas a los grupos minoritarios judíos situados en esos territorios. Entre esas comunidades judías tenían particular importancia las establecidas en Egipto, sobre todo en Alejandría. En ellas el número de judíos fue grande, el nivel económico y cultural de bastantes de sus miembros fue elevado, y en los conflictos que con cierta frecuencia se dieron entre la población helenística y la comunidad judía, las autoridades romanas siguieron una política oscilante de apoyo a uno u otro grupo según las conveniencias políticas del momento¹⁸.

¹⁷ Sobre el dominio romano en Palestina hasta la I Guerra Judía: E. STAUFFER, *Jerusalem und Rom* (Bern-München 1975) 14-18; E. STAUFFER, *Christus und die Caesaren*⁴ (Hamburg 1952) 124-129; M. AVI-YONAH, *Geschichte der Juden im Zeitalter des Talmud* (Berlin 1962) 2-11.

¹⁸ Sobre las relaciones de los Romanos con los Judíos de la Diáspora: J. DE CHURRUCA, «La actitud de Roma ante los Judíos de la Diáspora en los dos primeros siglos del Principado»: *Estudios de Deusto* 23 (1975) 113-140.

En el año 69 se produjo en Palestina el levantamiento antirromano que dio lugar a la I Guerra Judía (69-70). Como consecuencia la situación de los Judíos de Palestina empeoró radicalmente: el Templo de Jerusalem fue destruido por los Romanos, la represión fue muy dura y las instituciones religioso-políticas judías (sumo sacerdocio, sanhedrín, etc.) desaparecieron¹⁹. En el medio siglo siguiente se mantuvo la opresión, y el descontento creciente dio lugar a la II Guerra Judía (132-136), tras la que los Romanos vencedores intensificaron sus medidas represivas contra los Judíos palestinos²⁰.

En esas circunstancias la actitud de los judíos ante Roma y la imagen que de ella tuvieron varió mucho según las circunstancias y las personas²¹. Hubo algunos judíos de alta clase social que se romanizaron plenamente y desde altos cargos administrativos y políticos colaboraron a la opresión de su pueblo por los Romanos: un caso típico fue Tiberius Julius Alexander²². Hubo otros que tras colaborar con los levantamientos antirromanos aceptaron (por convicción o por conveniencia) la supremacía de Roma e incluso la consideraron como un instrumento providencial de Dios para mantener el orden en el mundo. Ejemplo destacado es el gran historiador judío Flavio Josefo²³. Muchos otros como el gran pensador judío Filón de Alejandría oscilaban en su valoración del Imperio Romano según lo aconsejasen las circunstancias y en todo caso evitaban una crítica radical²⁴.

La literatura rabínica, que comenzó a desarrollarse desde el año 70 pC, proporciona relativamente pocos datos para valorar la opinión de los grandes rabinos sobre Roma²⁵. En general domina una gran

¹⁹ Sobre la I Guerra Judía y sus consecuencias: E. SCHÜRER, *Geschichte des jüdischen Volkes im Zeitalter Jesu Christi*⁴ (Leipzig 1901-1909 = Hildesheim 1964) 1,601-661.

²⁰ Sobre la II Guerra Judía, sus precedentes y sus consecuencias: SCHÜRER [n 19] 1,671-697; L. FINKELSTEIN, *Akiba: Scholar, Saint and Martyr* (New York 1936) 199-272.

²¹ Visión general de la apreciación de Roma por parte de los Judíos en: M. HADAS-LEBEL, «L'évolution de l'image de Rome auprès des Juifs en deux siècles de relations judéo-romaines»: ANRW 2/20/2, 7717-846.

²² Tiberius Julius Alexander de familia judía fue *procurator* en Palestina (44-48 pC) y *praefectus* en Egipto (66-69). En el desempeño de ambos cargos tomó medidas muy duras contra los Judíos (SCHÜRER [n 19] 1,567-568).

²³ Sobre Flavio Josefo: W. FOERSTER, «Josephus»: RGG³ 3,868-869; A. DIHLE, *Die griechische und lateinische Literatur der Kaiserzeit* (München 1989) 181-182; G. STERNBERGER, *Die römische Herrschaft im Urteil der Juden* (Darmstadt 1982) 32-37.

²⁴ Sobre Filón de Alejandría: C. COLPE, «Philo»: RGG³ 5,341-346; DIHLE [n 23] 175-181; STERNBERGER [n23] 43.

²⁵ La literatura rabínica comenzó a desarrollarse como reacción de defensa interna inmediatamente después de las represiones consiguientes a la I Guerra Judía el año 70. Visión general en: RODRÍGUEZ CARMONA [n] 179-223.

prudencia y la tendencia a no insistir e incluso a frenar el antirromanismo. Aparecen en los escritos rabínicos ideas varias: que el dominio romano es un castigo por la mala conducta colectiva de Israel; que Roma era un instrumento providencial de Dios; que la grandeza de Roma era un caso admirable de riqueza y de fuerza militar, etc. Aparecen también quejas claras contra los abusos de poder, contra los impuestos, contra el enriquecimiento de los Romanos a expensas de otros pueblos, etc. En todo caso aparece siempre en el fondo claramente la esperanza de que todos los males serán superados y triunfará finalmente el bien y la justicia de Dios. La cristianización del Imperio Romano a partir de Constantino (324-337) no afectó a la valoración que de él se hizo entre los Judíos²⁶.

Las relaciones de los Cristianos con el Imperio Romano fueron muy distintas. Hacia el año 30 la autoridad romana condenó a muerte y ejecutó a Jesús. Probablemente durante bastante tiempo los Romanos consideraron a los Cristianos como una secta judía. Al hacerse patente su diferencia, los Cristianos dejaron de gozar de los privilegios concedidos a los Judíos, fueron considerados como un grupo de conducta social no incorrecta pero animado por una superstición intolerable aunque no perseguible de oficio. En caso de ser acusados y no probarseles ningún delito común, podían ser absueltos previa abjuración de su fe. Esta situación ambigua de ilegalidad tolerada, flexible en la práctica según el talante de los jueces y las conveniencias del momento, se mantuvo hasta el año 250. En la práctica se habían producido hasta entonces numerosos conflictos individuales o colectivos por diversas causas: medidas tomadas por la autoridad con ocasión de actitudes negativas ante el culto imperial, tumultos locales de la población hostil no controlados eficazmente por la autoridad, aplicación eventual a los Cristianos de normas legales no dadas directamente contra ellos, acusaciones ocasionales con actuación rigurosa de muchos jueces, etc. Todo ello no impidió una continua difusión del Cristianismo.

En el año 250 Decio impuso a toda la población la obligación de realizar un sacrificio expiatorio personal a las divinidades oficiales con control de la autoridad: todo ello llevó a una serie de muy numerosas y graves medidas contra los cristianos que se negaron a ello. La situación anterior se restableció tras la muerte de Decio (251). En el año 257 Valeriano y Galieno tomaron medidas expresamente contra

²⁶ Sobre las posiciones ante Roma en la literatura rabínica: STERNBERGER [n 23] 107-120; R. MAIER, *Jüdische Auseinandersetzung mit dem Christentum in der Antike* (Darmstadt 1982) 206-208.

los Cristianos: obligación de adhesión expresa de las autoridades eclesiásticas de acatar a las autoridades imperiales con fórmulas y ceremonias que implicaban expresiones politeístas. Prohibición de determinadas reuniones, etc. El año 260 Galieno promulgó un edicto de tolerancia. Entretanto, aun en esas condiciones de clandestinidad tolerada y de continuo y grave riesgo, el Cristianismo se fue extendiendo territorialmente, fue robusteciendo su organización interna, y fue ganando adeptos progresivamente en todas las clases sociales y niveles culturales.

Los años 303 y siguientes Diocleciano en una serie de decretos dictó importantes y graves medidas contra las autoridades cristianas, contra determinados grupos, contra el culto cristiano, etc. En la práctica la ejecución de esas medidas fue notablemente distinta en las distintas zonas de Imperio. El año 311 Galerio promulgó un edicto de tolerancia y el año 313 Constantino amplió esa tolerancia y durante sus años de imperio único (324-337) se comportó como adicto al Cristianismo y lo proclamó abiertamente. A partir de ese momento el desarrollo del Cristianismo aumentó fuertemente, y en el año 391 el emperador Teodosio lo proclamó religión oficial.

Dentro de ese marco general se dieron desde muy pronto en el Cristianismo dos actitudes diferentes ante el Imperio Romano: el respeto y adhesión manifestada ya por escrito hacia el año 56 por San Pablo, que veía en el poder imperial un instrumento de Dios para mantener el orden y recomendaba respeto y sumisión incluso interna (Rom 13,1-7), y la contraria que veía en el Imperio Romano una clara manifestación del poder del Mal, manifestada en los últimos años del siglo I en el Apocalipsis recogido en el Nuevo Testamento. Ambas actitudes se mantuvieron con matices diferentes durante toda la época que aquí nos interesa²⁷.

3. Pasajes sobre Roma en los Oráculos Sibílinos

En la colección son muy numerosas las menciones expresas a Roma y a los Romanos: el índice de la edición de Geffcken registra 87 pasajes²⁸. A ellos hay que añadir muy numerosas alusiones más o menos veladas.

²⁷ Visión general de las actitudes de los Cristianos ante el Imperio Romano en: L. WENGST, *Pax Romana* (München 1986) 73-146; 167-174; J. DE CHURRUCA, *Actitud del Cristianismo ante el Imperio Romano* (Granada 1999) passim.

²⁸ GEFFCKEN, Ed [n 15] 237-238.

Naturalmente dentro del marco de este trabajo no hay por qué examinar todas ellas. Voy a centrarme en algunas que son claras y particularmente significativas. Las distribuiré por libros (o por secciones de libros) para poder ofrecer al lector una idea (aunque desgraciadamente muchas veces sólo aproximada e hipotética) del ambiente en que se escribieron.

Libro tercero. Es este libro el que contiene el estrato más antiguo de la colección, que fue probablemente redactado en el siglo II aC en Alejandría por un judío que tal vez utilizó materiales paganos más antiguos. El libro fue posteriormente retocado²⁹. Tras una confusa exposición de la sucesión de reinos hegemónicos (Egipto, Persia, Media, Etiopía, Babilonia, Macedonia, de nuevo Egipto y finalmente Roma (OrSib 3,159-161) la Sibila dice entre otras cosas de Roma que extenderá su dominio sobre gran parte de la tierra, que perturbará y producirá pavor a muchos, que luego se producirá su gran decadencia en la que quedará de manifiesto su inmoralidad, su degeneración ética, su soberbia injusta y su afán de mandar (OrSib 3,177-189)³⁰.

En un nuevo anuncio de lo venidero hecho según la Sibila por orden de Dios (OrSib 3,295-299) entre los diversos graves castigos que Dios impondrá a distintos pueblos, se dice de Roma que habrá de pagar a Asia el triple de todo lo que tomó de ella, que Asia hará pagar a Roma su pernicioso ultraje; que irán trabajar Asia en miserable esclavitud veinte veces más Italos que los Asiatas llevados a Italia como esclavos, que la Roma antes estimada y pretendida por todos, será despreciada, ultrajada y maltratada (OrSib 3,350-361). Las mismas ideas de la revancha de Asia contra Roma aparecen con variantes de detalle en el libro cuarto (OrSib 4,145-148). En ambos casos se recogen probablemente elementos de la propaganda antirromana de un amplio sector helenístico de la provincia romana de Asia indignada por la opresión y por la explotación económica de que era objeto: tal propaganda

²⁹ Sobre el origen y fecha probable de composición de OrSib 3: GEFFCKEN, KOMP [n 8] 1-16; RZACH [n 6] 2122-2131; COLLINS [n 8]430-433; NIKIPROWETZKY [n 8] 461,538-539; SUÁREZ DE LA TORRE [n 8] 250.

³⁰ En el Libro de Daniel cuyo origen y proceso de redacción son objeto de discusión y se sitúan generalmente en el segundo cuarto del siglo II aC, aparece en dos amplios pasajes (Dan 2,31-45; 7,1-14) la idea de que conforme al plan salvífico de Dios se da una sucesión de reinos hegemónicos presentados con rasgos simbólicos. La interpretación más extendida y muy generalizada ha visto en esos textos la alusión a cuatro reinos (Asiria-Babilonia, Media-Persia, Macedonia y Daiádocos, Roma). Tras la destrucción del último se anuncia el triunfo definitivo del Altísimo. Esta concepción de la sucesión providencial de reinos hegemónicos se extendió con variantes de detalles en la literatura judía y cristiana. Sobre el tema: K. KOCH, *Das Buch Daniel* (Darmstadt 1980) 182-205.

dio lugar a la revuelta apoyada o fomentada por Mitídates VI en los años 88-66 aC)³¹.

En otro pasaje de procedencia probablemente igual a la del anteriormente examinado (propaganda antirromana de la época mitridática), la Sibila sin mencionar expresamente el nombre de Roma describe minuciosamente las calamidades que sobrevendrán a los Griegos por obra de un poderoso pueblo bárbaro: muertes de hombres, destrucción de ganado, esclavitud, afrentas a niños y mujeres, expolio de propiedades y riquezas (OrSib 3, 521-531).

Libro cuarto Este libro fue escrito muy probablemente por un autor judío helenizado a comienzos del año 80 pC o muy poco antes³². En el anuncio de una larga serie de calamidades que afectarán a distintos pueblos, la Sibila dice que el poder de Macedonia desaparecerá porque desde Occidente se propagará con éxito la gran guerra ítala, como consecuencia de la cual el mundo servirá a los Italos bajo el yugo de la esclavitud (OrSib 4, 102-104), y recaerá sobre Jerusalem una horrible tempestad bélica procedente de Italia, y se expoliará el gran Templo de Dios (OrSib 4,115-116). Luego insiste en la misma idea anunciando que a Siria llegará un magnate de Roma que incendiará el Templo de Jerusalem asesinará a muchos judíos y destruirá el gran país (OrSib 4,125-127).

Libro quinto. Se discute si el libro quinto en su estado actual es obra de un solo autor (con retoques posteriores) o de varios autores con diverso grado de aborrecimiento a Roma. Las varias dataciones hipotéticas de la composición oscilan entre los años 80 pC-180 pC³³. En la primera parte del libro se hace una breve referencia a los emperadores romanos hasta Adriano (117-138). El autor califica a éste de hombre excelente (OrSib 5,38) sin tener en cuenta las muy graves medidas tomadas por Adriano contra los Judíos como consecuencia de la II Guerra Judía, lo que ha hecho pensar que escribía antes del año 133. A Nerón (54-68) en cambio le califica de terrible serpiente que todo lo destruye y perturba (OrSib 5,29-30). A Vespasiano que había tomado medidas duras contra los Judíos, le presenta como un gran exterminador de hombres piadosos (OrSib 5,36).

En otro pasaje la Sibila anuncia que la tierra de Italia será destruida por un astro procedente del cielo (OrSib 5,155-161) y en otro contexto

³¹ Sobre la propaganda antirromana en Asia en el siglo I aC: H. FUCHS, *Der geistige Widerstand gegen Rom in der antiken Welt*² (Berlin 1964) 5-17.

³² Sobre el origen y contenido de OrSib 4: RZACH [n 6] 2331; GEFFCKEN, KOMP [n 8] 19-20; COLLINS [n 8] 427-429; GAUGER [n 4] 451-454; STERNBERGER [n 23] 50 n 13.

³³ Sobre el origen y el contenido de OrSib 5: RZACH [n 6] 2134-2138; GEFFCKEN, KOMP [n.] 24-30; COLLINS [n 8] 436-437; GAUGER [n 4] 454-455; STERNBERGER [n 23] 53-54.

en el que se vuelve a anunciar a diversas ciudades y regiones el espantoso castigo final que recaerá sobre todas ellas, dice la Sibila que Italia será tres veces desgraciada, que quedará totalmente desierta sin que nadie la lllore y que terminará como una fiera dañina (OrSib 5,342-343). Se vuelve a anunciar más adelante la gran catástrofe escatológica que acabará con los malos y con las guerras para dar lugar a la paz y a la felicidad (OrSib 5,375-385). En ese mismo contexto se anuncia el final de los vicios de Roma: matricidio, perversión de muchachas, prostitución, incestos, bestialidad (OrSib 5,386-395).

El agudo antirromanismo del autor se manifiesta en sus repetidas referencia a la leyenda del *Nero redivivus*³⁴. Dice por ejemplo que Nerón cercará toda la tierra y la asolará toda entera, vendrá con el deseo de destruir y arrasar la ciudad de los bienaventurados (OrSib 5, 104-107). Más adelante le califica de rey terrible e impúdico al que odian todos los hombre buenos porque asesinó a muchos y cometió incesto y adulterio (OrSib 5, 143-146). En otro pasaje le califica de matricida (OrSib 5,363) y dice que él fue quien destruyó el Templo construido por Dios y abrasó a los ciudadanos (OrSib 5,150). En el mismo libro aparecen también otras referencias a la leyenda de la supervivencia de Nerón, aludida también en otros libros de la colección.

Libro octavo. El libro es un conglomerado de elementos heterogéneos yuxtapuestos por su último redactor que no logró (o no intentó) dar unidad a los materiales que había utilizado. Una parte de esos materiales eran probablemente de origen judío, y otra de origen cristiano. La redacción final es probablemente poco posterior al año 180 pC, o tal vez algo más tardía (siglo III)³⁵. Las referencias a Roma son numerosas y particularmente duras. A pesar de la monótona insistencia de las mismas ideas, imágenes y calificaciones, y a pesar de la falta de brillantez estilística, voy a reproducir con detención (incluso a veces textualmente) los vaticinios sobre Roma. Los más extensos, duros y detallados son probablemente de origen judío, pero fueron mantenidos por el

³⁴ Tras la muerte de Nerón se formó y extendió la leyenda de que realmente no había muerto, sino que había desaparecido y que volverá para recobrar su imperio. De hecho en Oriente aparecieron algunos pretendientes que se hacían pasar por Nerón. Entre los Judíos y Cristianos se recogió también esa leyenda con otra orientación: Nerón pasó a ser una terrible figura escatológica futuro causante de grandes males inmediatamente anteriores al triunfo definitivo del Altísimo (W. SPEYER, «Religiöse Betrüger» en: Idem, *Frühes Christentum im antiken Strahlungsfeld* [Tübingen 1989] 447). Referencia algunas fuentes que tratan el tema en GAUGER [n 4] 453.

³⁵ Sobre el origen el contenido y las características de OrSib 8: RZACH [n 6] 2142-2146; GEFFCKEN, KOMP [n 8] 38-44; GAUGER [n 4] 455-456; COLLINS [n 8] 446-447.

redactor final probablemente cristiano. En la reproducción de los pasajes doy más importancia a la exactitud textual que a la elegancia literaria.

En la sucesión histórico-providencial de reinos hegemónicos se presenta a Roma en quinto y último lugar (OrSib 8,6-9), se califica a la dominación romana de inicua, ya que acabará causando muchos males a todos los mortales e impondrá sus leyes a todos los pueblos hasta que Dios la reduzca a cenizas (OrSib 8, 10-16). Tras esta presentación hace unas consideraciones generales afirmando que el origen de todos estos males es la codicia y la insensatez con que los mortales estiman sobre todo (incluso por encima de Dios) el oro y la plata; que esa actitud lleva a la impiedad y al desorden y a las guerras; que es enemiga de la paz y destructora del orden familiar (OrSib 8,17-27). Continúa afirmando que esa actitud lleva al injusto reparto de los territorios a favor de los ricos y a la explotación de los pobres a los que se expolia de sus bienes y se reduce a esclavitud (OrSib 8, 27-32).

Tras esas consideraciones la Sibila apostrofa directamente a Roma con estas palabras: «Entonces vendrá desde lo alto sobre ti, altiva Roma; un golpe celeste, y tú la primera doblarás tu cuello y serás amansada, y el fuego te consumirá entera, yacente sobre tus propias ruinas. La riqueza perecerá, los lobos y los zorros habitarán en tus ruinas. Entonces estarás totalmente desierta como si no hubieras existido» (OrSib 8,37-42). «Y entonces tú reina orgullosa descendiente de la Roma de los Latinos te lamentarás al despojarte del manto principesco de amplias bandas de púrpura y ponerte el vestido de luto. Nunca más tendrás la gloria de tu orgullo, ni tú, desgraciada, serás ensalzada, sino que serás derribada, ya que caerá la fama de las legiones portadoras del águila. ¿Dónde estará entonces tu poder? ¿qué país esclavizado inicua-mente por tu vana soberbia será en adelante tu aliado? Porque habrá confusión entre los mortales de toda la tierra cuando el Todopoderoso en persona suba a su tribuna y juzgue las almas de los vivos y los muertos y a todo el mundo» (OrSib 8,73-83) [...] «Primero habrá una inexorable ira contra los Romanos y sobrevendrá una situación sedienta de sangre y una vida miserable. ¡Ay de ti, tierra Itálica, gran pueblo bárbaro! No has sabido de dónde viniste desnuda e indigna hacia la luz del sol, para volver de nuevo desnuda a la misma región para comparecer finalmente en juicio como quien ha juzgado injustamente [...] Tú que sola con manos gigantescas te alzaste por todo el mundo, descendiendo de las alturas, habitarás bajo la tierra y serás aniquilada con nafta, asfalto e inmenso fuego divino y serás polvo ardiente para siempre. Y todo el que lo vea, oírás un gran mugido doliente procedente del Hades y rechinar de dientes, y a ti golpeando tu impío pecho con las palmas de tus manos» (OrSib 8 93-106).

Tras unos versos cuyo texto está probablemente corrompido y en su estado actual son difíciles de entender (OrSib 121-123) la Sibila vuelve a hablar del «amargo día del primer castigo de Roma» y anuncia dirigiéndose a ella que «nunca más ni el Sirio, ni el Griego, ni el bárbaro, ni ningún otro pueblo pondrá su cuello bajo tu yugo: serás totalmente destruida y te serán exigidas cuentas de cuanto has hecho, y te entregarás entre lamentos al terror hasta que lo pagues todo, y serás para el mundo entero una victoria y una vergüenza» (OrSib 8,124-130).

Las citas de pasajes de este tipo podrían multiplicarse, pero parece que con los expuestos basta para hacerse cargo de la ideología, actitud y estilo de los autores anónimos que los escribieron a lo largo de varios siglos.

4. Conclusiones

De lo arriba expuesto pueden deducirse algunas conclusiones de interés para el conocimiento de diversos aspectos de la ideología política de la época.

- a) La primera es la existencia persistente de un grupo hostil al Imperio con ideología muy distinta de la dominante. El cálculo del volumen de ese grupo resulta imposible dado el alto índice de analfabetismo existente en la población del Imperio, a lo que hay que añadir el desinterés por temas teóricos y el sentido práctico de sumisión resignada que cabe suponer con fundamento.
- b) En esa ideología aparecen una serie de ideas bien basadas en la realidad y que son comunes con los de otros de los escasos escritos antirromanos subsistentes, y en general con la crítica de otros imperialismos históricos: condena de la ambición, abuso de poder, violencia, injusticia, explotación económica, rapacidad, falta de humanismo, etc³⁶.
- c) A esas ideas se añaden otras también condenatorias de tipo religioso (destrucción del Templo, persecución de los buenos, depravación moral, etc) que derivan de la ideología religiosa y

³⁶ Datos sobre los aspectos negativos del imperialismo romano y de su crítica en FUCHS [n 31]; E. BADIAN, *Roman Imperialism in the Late Republic*² (Ithaca 1981) 61-92; W. DAHLHEIM, *Gewalt und Herrschaft: das provinzielle Herrschaftssystem der römischen Republik* (Berlin 1977) 12-168; K.H. VOGEL, «Zur rechtlichen Behandlung der römischen Kriegsgewinne»: ZSS 66 (1948) 394-422.

de la ética tanto judía y cristiana, básicamente coincidentes en estos puntos³⁷.

- d) Característica básica de la crítica es la concepción metahistórica de las teologías tanto judía como cristiana, que conciben el devenir histórico como un proceso dirigido por la providencia divina, que permite la opresión de los buenos por parte de los malos, e incluso presenta a veces esa opresión como un castigo temporal de la falta de fidelidad de los elegidos; pero mantiene firme la idea central de la plena victoria escatológica del Bien sobre el Mal³⁸.
- e) En la obra no hay en cambio vestigio ninguno de la idea extendida entre algunos pensadores de ideología pesimista estoica según la cual el progreso material conduce necesariamente a la depravación moral de la sociedad, que tendrá que dar lugar a sucesivas catástrofes destructivas purificadoras para luego empezar de nuevo³⁹.
- f) No existe tampoco en la obra ningún pasaje que induzca a la rebelión armada ni a la protesta violenta.

En consecuencia a pesar del género literario de la obra, de su caso valor literario, de lo remoto del grupo que la escribió, de la monotonía de la desordenada sucesión de ideas, etc., creo que el examen sólo sucinto de los Oráculos Sibilinos puede tener un cierto interés para el conocimiento del pensamiento político de la época romana.

³⁷ Sobre la coincidencia básica de las éticas judía y cristiana: W.H. SCHMIDT, *Die zehn Gebote im Rahmen alttestamentlicher Ethik* (Darmstadt 1993) 3-24; 145-150.

³⁸ Sobre las ideas fundamentales de la escatología judía y cristiana: J. JEPSSEN, «Eschatologie (AT)»: RGG³ 2,655-662; R. MEYER, «Eschatologie (Judentum)»: RGG³ 2,662-665; H. CONZELMANN, «Eschatologie (Urchristentum)»: RGG³ 2,665-672; WENGST [n 27] 147-166.

³⁹ Sobre la concepción pesimista del devenir histórico en algunos pensadores de la *Estoica Media*: W. THEILER, «Poseiconios» KP4,1080-1082.

PARTIDOS POLITICOS Y DERECHO FUNDAMENTAL DE ASOCIACION. ANOTACIONES CRITICAS A LA STC 48/2003, DE 12 DE MARZO

Josu Iñaki Erkoreka Gervasio

Sumario: 1. Introducción. 2. Los postulados del Tribunal Constitucional a propósito de la relación entre los artículos 6 y 22 de la norma fundamental. 3. Observaciones críticas a la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo. 4. Observación final.

—Cuando yo utilizo una palabra —aseguró Humpty— esa palabra significa exactamente lo que yo quiero que signifique, ni más ni menos.

—La cuestión consiste en saber —replicó Alicia—, si se puede hacer que una palabra signifique cosas tan diferentes.

—La cuestión —repuso Humpty— consiste en saber quien manda y punto.

Lewis CARROLL, *Alicia en el país de las maravillas*.

1. Introducción

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos [en adelante LOPP], no faltaron voces —procedentes tanto del mundo político como del académico e incluso del judicial— que cuestionaron vivamente la constitucionalidad de algunos de sus principales contenidos. Curiosamente, sin embargo, una vez aprobada la norma e impugnada ante el Tribunal Constitucional [en adelante TC] ninguna de ellas expresó, al menos públicamente, la más mínima esperanza de que el alto tribunal pudiese llegar a estimar, ni tan siquiera en parte, las alegaciones planteadas por la actora en su recurso. La persuasión de que, en las circunstancias en las que se había producido el debate sobre la LOPP, no era concebible un posicionamiento del TC —de este TC— que osara desautorizar los poderosos apoyos sociales, políticos y hasta mediáticos con los que ésta había concluido el trámite parlamentario, gozaba de una implantación tal que, nadie, ni entre los convencidos de la inconstitucionalidad de la norma, ni, por supuesto, entre los más firmes defensores de lo contrario, se

arriesgó a aventurar la posibilidad de que el pleito fuese a concluir con un pronunciamiento —aun parcialmente— favorable a la parte actora.

Esta generalizada convicción se tradujo en absoluta certeza cuando, en un modélico gesto de imparcialidad, el presidente del alto tribunal hizo las declaraciones que provocaron el incidente de recusación resuelto por el Auto 61/20003, de 19 de febrero. Interrogado sobre si «la eventual ilegalización de Batasuna va a superar el trámite del Constitucional», el presidente del TC —investido, no se olvide, con voto de calidad y, además, ponente del caso— expresó su confianza en que «lo hagamos lo mejor que sepamos», a efectos de conseguir «una ilegala...» de la formación citada.

La *afortunada* intervención del presidente contribuyó decisivamente a iluminar el panorama. Entre otras cosas, dejó claro que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LOPP no iba a prosperar porque, al margen de otras consideraciones, el tribunal encargado de resolverlo se iba a empeñar en «hacerlo lo mejor que supiera» para que eso no ocurriera. Así, pues, si alguien, en algún momento, había llegado a abrigar alguna duda al respecto, se encargaba de disipársela nada menos que el mismísimo presidente del TC y ponente del caso.

Tras estas declaraciones, que desvelaron definitivamente cuál iba a ser el sentido de la sentencia que había de dictar el TC, él único interés que ésta suscitaba tenía que ver con el esfuerzo argumental que sus redactores fueran a desarrollar para alcanzar la meta fijada. Si el tribunal, según confesión de su propio presidente, lo iba a hacer «lo mejor que supiera» para alcanzar la consecución de un objetivo que parecía ya claramente establecido —la «ilegala...» de Batasuna—, sólo quedaba por descubrir cuál era la forma que «mejor sabía» el alto tribunal para alcanzar aquel propósito. O, dicho en otros términos, sólo restaba comprobar la capacidad —y, sobre todo, la creatividad— del alto tribunal, para argumentar en Derecho con objeto de construir una fundamentación jurídica que sirva de soporte a una decisión adoptada con arreglo a parámetros extrajurídicos.

La tarea, hay que reconocerlo, no estaba exenta de dificultades porque, como a continuación veremos, los pronunciamientos que hasta entonces había dictado el tribunal en relación con el modo en el que ha de abordarse la interpretación conjunta y sistemática de los arts. 6 y 22 de la norma fundamental, no parecían dejar vía franca al reconocimiento de supuestos de ilegalización de partidos políticos distintos a los que pudieran asociarse al incumplimiento del deber —expresamente impuesto por el art. 6 CE— de contar con «una estructura interna y un funcionamiento de carácter democrático» y, en su caso, a la previsión

contenida en el apartado 2.º del art. 22 CE que declara ilegales «las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos». Pero el presidente del alto tribunal había prometido que lo haría «lo mejor que supiera» y nadie ponía en duda de que sabría superar los escollos con elegancia. Al fin y al cabo, basta un cierto dominio de los recursos argumentales reconocidos como válidos en el mundo del Derecho para que el operador jurídico pueda desarrollar exégesis prácticamente libérrimas de un texto tan henchido de ambigüedades como el constitucional. Como cualquier jurista avezado sabe, en semejantes condiciones, una adecuada aplicación de argumentos opuestos, permite al intérprete alcanzar, sobre unos mismos presupuestos fácticos, conclusiones radicalmente distintas. Sólo es cuestión de destreza en el empleo de la argumentación jurídica, algo que, evidentemente, no puede negarse al TC.

El presente trabajo se propone desarrollar un análisis crítico sobre una parte del esquema argumental utilizado por el TC para fundamentar la resolución dictada para resolver el recurso¹. Más concretamente, la parte en la que aborda la exégesis conjunta de los dos citados artículos —el 6 y el 22— de la norma constitucional. En este punto, como veremos, el TC «supo hacerlo» bastante bien. Cumplió su cometido con una innegable lucidez. Pero, como también veremos, para alcanzar su propósito, se vio obligado a violentar algunos de los postulados que en los años anteriores había venido sentando en la materia y a desprestigiar, incomprensiblemente, la conveniencia de indagar en el alcance y sentido de algunos preceptos constitucionales de directa aplicación al caso. Pequeños pelos en la gatera que, sin embargo, sólo una lectura atenta de la sentencia y de sus antecedentes permite poner de relieve.

2. Los postulados del Tribunal Constitucional a propósito de la relación entre los artículos 6 y 22 de la norma fundamental

Con anterioridad a la sentencia de 12 de marzo de 2003, el TC dispuso de tres ocasiones para pronunciarse sobre la relación entre los artículos 6 y 22 de la Constitución. En las sentencias 3/1981, de 2 de febrero y 85/1986, de 25 de junio, lo hizo con motivo de la creación de sendos partidos políticos —el Partido Comunista de España (Marxista-Leninista) y el Partido Comunista de Aragón—, sobre cuyo proceso

¹ STC /2003, de 12 de marzo.

de constitución, la Administración pública había pretendido ejercer un control que el alto tribunal consideró incompatible con la naturaleza inequívocamente asociativa de los partidos. En ambos casos, el TC sostuvo, básicamente que, por encima de las peculiaridades que singularizan a los partidos políticos con respecto a las asociaciones de régimen común —el art. 6 establece específicamente para los partidos que «... su creación [...] [es libre] dentro del respeto a la Constitución y a la ley—, a su proceso de constitución le es directa y plenamente aplicable lo dispuesto en el art. 22-3 CE, cuando establece que la obligatoria inscripción de las asociaciones en un registro público, ha de producirse «... a los solos efectos de publicidad».

El Abogado del Estado se esforzó en soslayar la aplicación del art. 22 CE, argumentando que «en todo caso, el artículo fundamental de la Constitución sobre partidos políticos sería el 6 y no el 22» [STC 3/1981, antecedente 3]. Pero el alto tribunal estimó que cualesquiera que fuesen las peculiaridades que aquél precepto atribuyese a los partidos, tales peculiaridades no podían impedir la aplicación del art. 22.3 de la norma fundamental a unas entidades que, ante todo y sobre todo, eran auténticas asociaciones. En otras palabras, que el art. 22 CE es tan nuclear a la hora de fijar el régimen constitucional de los partidos políticos, como el propio art. 6; de suerte que los mandatos de éste, no pueden invocarse como razón obstativa para la aplicación de aquél.

Por su parte, la sentencia 56/1995, de 6 de marzo, conoció —y resolvió— un recurso de amparo que, entre otros aspectos, planteaba el de elucidar el alcance, contenido y efectos del inciso final del art. 6 CE que establece con respecto a los partidos políticos que, «Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos». Pese a las notables diferencias que este supuesto ofrecía en relación con los dos anteriores —nótese que, mientras en aquellos se trataba de armonizar un mandato explícito contenido en el art. 22.3 CE, con una previsión genérica sobre la libertad de creación de los partidos políticos incluida en el art. 6 de la misma norma legal, lo que en este se planteaba era, más bien lo contrario, esto es, conjugar un mandato concreto y expreso del art. 6 con la potestad de autoorganización, que es un contenido genéricamente incluido por la jurisprudencia constitucional en el derecho de asociación— el TC tiende a adoptar una posición similar. Como en las sentencias precedentes, se esfuerza en integrar el mandato expreso del art. 6, dentro del marco del art. 22, reconociendo a éste un valor prevalente en el régimen constitucional de los partidos políticos; un valor prevalente que, en caso de contradicción, sólo puede ceder ante expresas e inequívocas previsiones de aquél, en un esfuerzo exegético que

debe perseguir una interpretación «conjunta y sistemática [de ambos preceptos], sin separaciones artificiosas».

Veamos los principales postulados que el TC ha sostenido en estas tres sentencias.

2.1. *Un partido político es una forma particular de asociación*

Una de las primeras cuestiones a la que tuvo que dar respuesta el TC en su andadura como institución, fue la de definir la relación de los partidos políticos con las entidades asociativas a las que se refiere el art. 22 de la carta magna y, consecuentemente, la de pronunciarse sobre su eventual incardinación en el reforzado ámbito de protección que la norma fundamental contempla para los derechos fundamentales como el de asociación, sistemáticamente ubicados en la sección 1.^a del capítulo segundo, del título I de la Constitución.

Ya en su temprana sentencia 3/1981, de 2 de febrero, el alto tribunal se enfrentó a esta cardinal cuestión, preguntándose si «el derecho a crear partidos políticos es susceptible de amparo en virtud del artículo 22 de la CE que consagra el derecho de asociación». La respuesta fue tan clara como contundente. «Un partido —afirmó el tribunal— es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión». Desde entonces, este postulado ha constituido un elemento nuclear de la jurisprudencia del alto tribunal sobre los partidos políticos. Estos, ha llegado a proclamar el tribunal, son «sin, duda, asociaciones», si bien es verdad que se trata de entidades asociativas «que poseen unas características e incluso una naturaleza propias y específicas» [STC 56/1995, de 6 de marzo, f. J. 3.^o].

La consecuencia principal del hecho de que los partidos políticos, en tanto que asociaciones, se incluyan bajo la protección del artículo 22 CE, es la de que el contenido de este precepto, «... conforma el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos» [STC 85/1986, f. J. 2; STC 56/1995, f. J. 3.^o]. El art. 22 CE, no constituye, como se ve, una mera referencia jurídica a tener en cuenta por el operador jurídico. Constituye nada menos que «el núcleo básico» de su régimen constitucional. Más específica y contundentemente aún si cabe, el alto tribunal ha llegado a sostener que «... las previsiones contenidas en los apartados 2 y siguientes del artículo 22, en tanto que “garantía común” del derecho de asociación [STC 67/1985], son aplicables a todo tipo de asociaciones, incluidos los partidos políticos» [STC 56/1995, de 6 de marzo, f. J. 3.^o].

Los partidos políticos son, pues, ante todo y principalmente, asociaciones. Entidades asociativas con una «forma particular» o, si se prefiere, con «unas características e incluso una naturaleza propia y específica», pero «sin duda, asociaciones». Así lo ha venido postulando sin fisuras el TC. Es más, son —por si alguien albergara alguna duda— asociaciones constituidas al amparo del art. 22 CE y a las que, en lógica consecuencia, les son de aplicación «las previsiones contenidas en los apartados 2 y siguientes» de este precepto que, conforman así, «el núcleo básico» de su régimen constitucional.

Como después veremos, esta opción del alto tribunal por erigir el art. 22 CE en auténtico eje del régimen constitucional de los partidos políticos resulta lógica y razonable en el contexto normativo de la carta magna. El de asociación es un derecho fundamental imprescindible en todo régimen democrático —sin libre derecho de asociación no puede concebirse una sociedad democrática que merezca, de verdad, este calificativo—, mientras que la mención específica que el art. 6 hace a los partidos políticos —que entronca con una tendencia impuesta por el constitucionalismo europeo de posguerra— no era —ni es— indispensable para que la Constitución de 1978 fuera identificada como auténticamente democrática. De hecho, ha habido y aún hay constituciones inequívocamente democráticas que carecen de un precepto equivalente al 6.º de la vigente norma fundamental española.

Por otra parte, el art. 6 CE —un precepto descriptivo donde los haya—, está dotado de un exiguo contenido normativo. Basta una superficial lectura de sus diferentes pasajes —en los que las formas verbales indicativas prevalecen ostensiblemente sobre las formas imperativas características del lenguaje normativo— para reparar en esta circunstancia. Pretender que sus limitados mandatos agoten la disciplina constitucional de los partidos políticos, equivale a privar a éstos de un régimen jurídico-constitucional mínimamente vertebrado. Resulta, por ello, aconsejable, completar sus previsiones con otras de rango —también— constitucional, que permitan definir con una mayor nitidez la naturaleza y las condiciones de creación y funcionamiento de los partidos políticos. Y en este contexto, el precepto constitucional que proclama el derecho de asociación, constituye un asidero que, evidentemente, el TC no podía soslayar.

En fin, tampoco puede olvidarse que, además de las razones anteriores, el derecho de asociación es el marco jurídico en el que tradicionalmente se ha inscrito el régimen de los partidos políticos. Sin necesidad de citar ahora los abundantes ejemplos del derecho histórico y del comparado que avalan esta afirmación, baste recordar el esfuerzo desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —muy especial-

mente desde la sentencia 752/1998, de 30 de enero, caso Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía— para situar a los partidos políticos en el ámbito de aplicación del art. 11 del Convenio Europeo, que consagra el derecho de asociación. En el citado y en posteriores casos, los gobiernos demandados se han venido oponiendo a esta incardinación, apelando, entre otras razones, al carácter cuasi-institucional que revisten los partidos políticos en las modernas democracias pluralistas. Para ello, se han apoyado en el hecho de que, en algunos estados europeos —entre los que se sitúa el español— los partidos políticos reciben un tratamiento constitucional formalmente diferenciado del previsto para la libertad de asociación; un tratamiento que los sitúa «en la parte relativa a las estructuras constitucionales fundamentales», sustrayéndolos del régimen previsto para las asociaciones. Una tesis, como se ve, semejante a la que el Abogado del Estado defendió sin éxito en la STC 3/1981, de 2 de febrero, cuando, al referirse a los partidos políticos, sostuvo la absoluta prevalencia del art. 6 sobre el art. 22 de la norma fundamental. Pero el alto tribunal europeo no ha dudado un ápice en ignorar esta visión institucional de los partidos políticos, para afirmar su naturaleza inequívocamente asociativa y declarar, en consecuencia, la plena aplicación a los mismos, de la disciplina convencional concierne al derecho fundamental de asociación.

Parece claro, pues, que, por las razones expuestas, el artículo 22 CE estaba llamado a desempeñar una función central en el régimen constitucional de los partidos políticos. Y, como hemos visto, el TC descubrió y afirmó esta tesis desde su más temprana jurisprudencia.

2.2. *Los partidos políticos son asociaciones de «relevancia constitucional», cualificadas por las funciones que tienen encomendadas*

La naturaleza inequívocamente asociativa que el TC reconoce a los partidos políticos, no oculta, sin embargo, su evidente singularidad. Ya hemos visto que el alto tribunal los ha calificado de «formas particulares de asociación». Pero, ¿en qué consiste esta particularidad?

Según el TC, la mención específica del artículo 6 CE convierte a los partidos políticos en asociaciones de «relevancia constitucional» [STC 3/1981, f. J. 1.º]; una nota, en principio, exclusivamente formal —en la medida en que resulta de la mera existencia de una referencia nominativa y singularizada en el articulado de la Constitución— que sirve para distinguir a los partidos políticos de las asociaciones ordinarias, las cuales, quedan así, configuradas negativamente, como aquellas que no gozan de más cobertura constitucional que la que les proporciona el art. 22 de la carta magna.

Pero el de la «relevancia constitucional» no es un rasgo privativo de los partidos políticos. Antes al contrario, se trata de una característica que los partidos comparten con otras formas particulares de asociación que son, igualmente, objeto de una cita específica por parte de la norma fundamental. Piénsese en los sindicatos de trabajadores y en las asociaciones empresariales (art. 7 CE)² o, en otra dimensión, en los colegios profesionales (art. 36 CE) y en las organizaciones profesionales (art. 52 CE) que son, también, entes de base asociativa nominativamente citados por la norma constitucional. Por unas u otras razones, el constituyente ha considerado que, sin perder su básica e incuestionable naturaleza asociativa, todos ellos merecían una especial consideración por parte de la norma fundamental. Una especial consideración que, evidentemente, no en todos los casos reviste igual alcance, sentido e importancia. Basta reparar en la diferente ubicación sistemática que las diferentes referencias ocupan dentro del articulado constitucional.

Por lo que se refiere a los partidos políticos, que son los que aquí interesan, la «relevancia constitucional» que tan enfáticamente denota el máximo intérprete de la carta magna, viene justificada, según postula el propio alto tribunal, «por la importancia decisiva que esas organizaciones tienen en las modernas democracias pluralistas» [STC 3/1981, f. J. 1.º]. Por ello, la distinción que les concede el texto constitucional es, también, del máximo nivel. Así lo destaca el propio tribunal cuando resalta la relevancia de su emplazamiento sistemático:

«La colocación sistemática de este precepto expresa la importancia que se reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional, y la protección que de su existencia y de sus funciones se hace, no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y a participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político» [STC 85/1986, f. J. 2].

El fragmento transcrito nos aproxima, por otro lado, a lo que podemos denominar la vertiente institucional de los partidos políticos, es decir, su decisiva contribución a la conformación del sistema de partidos, «como base esencial para la actuación del pluralismo político».

Aunque, como hemos visto, el TC tiende a hacer prevalecer la consideración de los partidos políticos como una concreta expresión

² El Tribunal Constitucional los califica como de «formaciones sociales con relevancia constitucional» [STC 18/1984, de 7 de enero].

del derecho de asociación, lo cierto es que tampoco desprecia su vertiente institucional, si bien es verdad que, *de facto*, atribuye a ésta una operatividad jurídica notablemente inferior. En el fragmento transcrito, el alto tribunal se esfuerza en observar que la norma fundamental contempla a los partidos políticos, «no sólo» desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y a participar activamente en ellos, «sino también» en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político. Pero lo cierto es que la vertiente institucional queda reducida, en las sentencias del TC, a poco más que una afirmación retórica, sin apenas transcendencia jurídica. Y, en cualquier caso, a una afirmación que en nada empece la plena operatividad del art. 22 CE.

2.3. *La «relevancia constitucional» de los partidos políticos no altera su esencial naturaleza asociativa. Sólo justifica la existencia de «normas específicas»*

Según hemos visto en los epígrafes anteriores, desde su primera sentencia sobre el tema, el TC ha venido sosteniendo que las singulares reglas que el art. 6 CE establece para los partidos políticos, no desvirtúan su naturaleza esencialmente asociativa. De las previsiones específicas que contiene este artículo en relación con la estructura interna y el funcionamiento necesariamente democráticos de los partidos políticos —ha sentado el alto tribunal—, «no se deriva que los ciudadanos no puedan invocar el derecho general de asociación para constituirlos, y que no puedan acudir en amparo a este Tribunal Constitucional, por violación del artículo 22 si entienden que se vulnera tal derecho». Pese a los específicos mandatos del artículo 6 CE, los partidos siguen siendo, a todos los efectos, asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 de la norma fundamental y, por tanto, les son de aplicación los diferentes apartados de este precepto. En este punto el alto tribunal ha sido contundente: «El hecho de que los partidos políticos figuren en el título preliminar de la Constitución responde únicamente a la posición y al relieve constitucional que los constituyentes quisieron atribuirles, pero eso no significa que al crear y participar en un partido se esté ejerciendo un derecho distinto del derecho de asociación» [STC 56/1995, de 6 de marzo]. La cualificación que la Constitución reconoce a los partidos políticos no les convierte en órganos del Estado, ni en titulares del poder público. Los partidos, ha señalado el TC, «... no son órganos del Estado [...] [y] la trascendencia política de sus funciones [...] no altera su naturaleza [asociativa]» [STC 1/1983, de 2 de febrero, FJ 3]

¿Cuál es, entonces, la incidencia efectiva de su singular naturaleza en el régimen jurídico de los partidos políticos? Según el alto tribunal, de los mandatos del art. 6 CE se deriva

«... la posibilidad de que existan normas específicas para esas asociaciones de relevancia constitucional que, en todo caso, deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella» [STC 3/1981, f. J. 1.º].

La lectura del pasaje transcrito suscita de inmediato una pluralidad de interrogantes. Algunas tienen que ver con la virtualidad jurídica de las normas específicas que, según el alto tribunal, pueden dictarse para regular estas asociaciones de relevancia constitucional. Otras, no menos importantes, afectan al inexorable límite que el órgano judicial impone a estas normas cuando afirma que «en todo caso, deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella».

Analicemos por separado estos dos órdenes de cuestiones.

La primera de las interrogantes planteadas apunta al sentido, alcance y límites de las normas específicas que el legislador puede establecer para los partidos políticos. ¿Cuál es su contenido jurídicamente posible?; ¿pueden suplantar sin límites a las normas que disciplinan con carácter general el derecho de asociación, o tan sólo pueden desarrollarlas o completarlas, teniendo, en todo caso que respetarlas?

Señalemos en primero lugar que es el propio artículo 6 de la carta magna el ejemplo más palpable de la posibilidad constitucional de dictar normas específicas para esa forma particular de asociación que son los partidos políticos. Al establecer directamente una serie de reglas singulares que sólo resultan de aplicación a los partidos, este precepto sienta claramente tal posibilidad, elevándola, además, al máximo rango jurídico. Así pues, las principales normas específicas aplicables los partidos políticos en tanto que asociaciones de relevancia constitucional, son las recogidas en el artículo 6 CE. A ellas se refiere el TC cuando afirma que, en este precepto «...se han establecido unas condiciones específicas para los partidos políticos en relación al respeto al orden constitucional y a su estructuración interna de carácter democrático» [STC 85/1986, f. J. 2].

Pero el alto tribunal no afirma en el párrafo transcrito que las especiales condiciones fijadas por el art. 6 CE revistan una potencialidad infinita o habiliten al legislador para diversificar sin límite el régimen de los partidos políticos con respecto al de las asociaciones ordinarias. Para el TC, en el art. 6 de la norma fundamental, tan sólo constituyen normas o «condiciones específicas» de los partidos políticos, las que

guardan relación con el «respeto [debido] al orden constitucional» y las que se refieren «a su estructuración interna de carácter democrático». La especificidad normativa de estas formas particulares de asociación se agota, pues, en lo que el artículo 6 CE establece a propósito del respeto al orden constitucional y de su estructura y funcionamiento democráticos. Desde luego nada tiene que ver con el régimen de creación de los partidos políticos, pues ésta —afirma el tribunal—, no está «sometida constitucionalmente a límites más estrictos que los de las demás asociaciones» [STC 85/1986, f. J. 2] y tampoco atañe a su actividad. Así lo ha sostenido el propio TC:

«De la lectura conjunta del artículo 6.º de la Constitución Española en conexión con el artículo 22 de la misma, resulta una protección reforzada de la libertad de partidos políticos que debe entenderse afecta no sólo a *la actividad* de los mismos, sino a su propia *creación*» [STC 85/1986, f. J. 2].

Por otra parte, el alto tribunal ha precisado que estas condiciones específicas que el art. 6 CE ha establecido para con los partidos políticos «... se añaden y no sustituyen a las del artículo 22, por situarse en un nivel diferente» [STC 85/1986, f. J. 2]. El alto tribunal observa a este respecto que:

«La Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos. La disciplina constitucional en esta materia, tomada en su sustancia, se ha articulado sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo público de los ciudadanos a constituir, bajo la forma jurídica de asociaciones, partidos políticos; con ello se reconoce y legitima la existencia de los partidos y se garantiza su existencia y su subsistencia. El partido en su creación, en su organización y en su funcionamiento, se deja a la voluntad de los asociados fuera de cualquier control administrativo, sin perjuicio de la exigencia constitucional del cumplimiento de determinadas pautas en su estructura, actuación y fines [...] Del contexto del propio precepto [art. 22 CE] se deriva, además, que los instrumentos para garantizar que los partidos se ajusten a la idea que de éstos tiene la Constitución en cuanto a su sujeción al orden constitucional, su respeto de la legalidad, su estructura democrática y los demás requisitos generales que se exigen a todas las asociaciones, han de centrarse fundamentalmente en el momento de la actuación de éstos y por medio de un control judicial. Se trata además y, en todo caso, de límites marginales que parten de, y presuponen una amplísima libertad de constitución y de actuación de partidos políticos» [STC 85/1986, f. J. 2].

Como puede verse, la atribución a los partidos políticos de una naturaleza inequívocamente asociativa, ha servido al TC para declarar la plena aplicación a los mismos de los dictados del art. 22 CE. Una aplicación que sólo puede limitar el art. 6 CE en aquéllos ámbitos en los que establece previsiones concretas y específicas para los partidos políticos, es decir, en lo que se refiere «al respeto al orden constitucional y a su estructuración interna de carácter democrático» [STC 85/1986, f. J. 2]. Las especificidades normativas de los partidos no pueden extenderse a otros aspectos, porque son éstos —y sólo éstos— los únicos que el alto tribunal considera como sus «condiciones específicas». Unas condiciones que, por otra parte, no suplantán a las del art. 22. No las desplazan, ni impiden su directa y plena aplicación. Según el TC, «se añaden» a las mismas, pero «no [las] sustituyen».

Por lo demás, dice el TC que el art. 6 no hace sino «reforzar», para los partidos políticos, el régimen de libertad previsto en el art. 22. Un reforzamiento que puede tener alguna limitación en lo que se refiere a la estructura interna de los partidos, pero que se hace especialmente perceptible en su creación y su actividad. Su función constitucional no consiste, pues, en limitar la libertad de asociación proclamada en el art. 22, sino en reforzarla. En virtud del art. 6, la creación y la actividad de los partidos políticos gozan, así, de una libertad «reforzada», en relación con las asociaciones de régimen común. Un dato que, lógicamente, el legislador ordinario no puede desconocer.

2.4. *En todo caso, las «normas específicas» de los partidos políticos han de respetar los derechos fundamentales y libertades públicos consagrados en la Constitución*

El alto tribunal ha sostenido además que, las normas específicas que el legislador pueda dictar en relación con los partidos políticos, «en todo caso, deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella» [STC 3/1981, f. J. 1.º]. Los derechos fundamentales se erigen, así, en un nuevo límite para la diversificación normativa que el art. 6 CE permite establecer para los partidos políticos. De suerte que, el legislador no sólo habrá de cuidar que las normas específicas que dicte para los partidos políticos se circunscriben a los concretos ámbitos en los que el citado art. 6 CE lo permite de modo expreso y persiguen «reforzar» el régimen de libertad establecido con carácter general para las asociaciones de régimen común. No sólo habrá de cuidar de que tales especialidades normativas se configuren con vocación de ser añadidas a los

preceptos del art. 22 CE y no de sustituirlos. Al margen de todo ello, deberá procurar también que no vulneren el régimen constitucional de los derechos fundamentales.

Esta nueva limitación nos reenvía al art. 22 CE, que proclama y regula uno de los principales derechos fundamentales. Si las normas específicas de los partidos políticos han de respetar «... la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella», parece evidente que, entre otros, y muy principalmente, habrá de respetar, también, el derecho fundamental de asociación, y hacerlo, además, en los concretos términos en los que viene reconocido por la norma constitucional, lo que obliga a tomar en consideración sus cinco apartados.

3. Observaciones críticas a la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo

Las consideraciones incluidas en el epígrafe anterior, resumen algunas de las tesis que había venido sentando el TC en relación con el asunto que debía afrontar en su sentencia 48/2003, de 12 de marzo. Uno de los principales aspectos de la norma impugnada que —al menos aparentemente— chocaban con estas tesis, era la aprobación de unas reglas, de exclusiva aplicación a los partidos políticos, que permitían la declaración de ilegalidad de un partido en supuestos distintos a los previstos para el conjunto de las asociaciones en el art. 22.2 CE. Se trataba de una especialidad normativa que, *prima facie*, ni se situaba en el ámbito al que, según había dicho el TC, deben circunscribirse las especialidades normativas a las que da cobertura el art. 6 CE para los partidos políticos, esto es, en lo concerniente «al respeto al orden constitucional y a su estructuración interna de carácter democrático» [STC 85/1986, f. J. 2], ni parecían respetar las restantes limitaciones impuestas, también, por el TC, para la diversificación normativa de los partidos políticos: El respeto al art. 22 CE, a cuyas prescripciones «se añaden», pero «no [las] sustituyen» y al conjunto de los derechos fundamentales y libertades públicas «consagrados» en la norma fundamental. En fin, tampoco parecía que se propusiese, precisamente, «reforzar» para los partidos políticos, el régimen de libertad previsto en el art. 22.

Ante esta situación, el cuestionamiento resultaba insoslayable: ¿Era, la norma aprobada, constitucionalmente posible?; ¿hasta qué punto las reglas específicas dictadas en relación con la ilegalización de los partidos políticos respetaban las pautas sentadas en la materia por el TC? Veamos cómo afronta el alto tribunal estas cuestiones.

3.1. *Lo que el TC erige en la «primera cuestión» a dilucidar, es un asunto ya resuelto por el alto tribunal, que ni tan siquiera es objeto de discusión por las partes*

El TC no comienza su argumentación con buen pie. Da inicio al razonamiento sobre el que construye la fundamentación de la sentencia, afirmando que «... la primera de las cuestiones a dilucidar en este proceso es si la regulación constitucional de los partidos políticos admite o no en nuestro ordenamiento, un régimen legal específico y distinto del que es propio de las asociaciones. En otras palabras, si los partidos, en tanto que especie del género asociación, no admiten más límites y controles que los previstos en la Constitución para las asociaciones (art. 22 CE) o si su reconocimiento constitucional en los términos del art. 6 CE implica la existencia de límites y condiciones adicionales» [FJ. 5].

Basta una superficial lectura de los antecedentes de la sentencia para reparar en que este planteamiento inicial del que parte el alto tribunal es claramente falaz. Y lo es, sobre todo —haciendo abstracción ahora del hecho de que la cuestión que el tribunal eleva a la categoría de «primera» a dilucidar, estuviera ya básicamente resuelta por el propio órgano judicial en sentencias anteriores— porque ninguna de las partes enfrentadas en el proceso había llegado a sostener que la regulación constitucional de los partidos políticos excluyera la posibilidad de dotarles de un régimen legal específico y distinto del previsto con carácter general para las asociaciones. Es más, ni tan siquiera llegaron a cuestionar la posibilidad de que, partiendo de una regulación común, los partidos se vieses sujetos a más límites y controles que los previstos en el art. 22 CE para la generalidad de las asociaciones. De hecho, la parte recurrente había reconocido expresamente en sus alegaciones que, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 CE, los partidos políticos están sujetos a unas limitaciones específicas, relacionadas con su estructura interna y su funcionamiento, que no afectan al conjunto de las asociaciones. Parece claro, pues, que no era esta una cuestión controvertida.

Lo que sí ponía en duda la parte actora —aunque de ello no se haga eco el alto tribunal— era la legitimidad constitucional de un tipo muy concreto de límites y controles legales: De aquellos límites y controles legales que, sin contar con un apoyo claro y expreso en el art. 6 CE, vulneran abiertamente lo dispuesto en el art. 22 CE y, especialmente, lo previsto en su apartado 2.º, que no contempla más asociaciones ilegales que aquellas «que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito». Y al cuestionar la constitucionalidad de este tipo de límites y controles —sin amparo directo en el art. 6 y abiertamente contrarios al

art. 22—, la parte recurrente no hacía sino situarse en la senda trazada por los postulados que el propio TC había venido defendiendo en relación con el modo en el que ha de abordarse la interpretación sistemática de estos dos preceptos de la norma fundamental. Recuérdesse que en sus pronunciamientos anteriores, el alto tribunal había hecho afirmaciones como la de que el art. 22 CE constituye «el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos» [STC 85/1986, f. J. 2; STC 56/1995, f. J. 3.º]; que «...las previsiones contenidas en los apartados 2 y siguientes del artículo 22, en tanto que “garantía común” del derecho de asociación [STC 67/1985], son aplicables a todo tipo de asociaciones, incluidos los partidos políticos» [STC 56/1995, de 6 de marzo, f. J. 3.º] o que las normas específicas que pueden dictarse para los partidos políticos en virtud de su caracterización como asociaciones de relevancia constitucional, «en todo caso, deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella» [STC 3/1981, f. J. 1.º]; de entre los que destaca de manera muy especial, el derecho fundamental de asociación.

Si el párrafo 2.º del art. 22 CE —que, como hemos visto, el propio TC ha caracterizado como parte del «núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos», «garantía común del derecho de asociación [...] aplicable a todas las asociaciones, incluidos los partidos políticos» y límite que, «en todo caso» habrán de respetar las especialidades normativas que el legislador, al amparo del art. 6 CE, establezca en relación con los partidos políticos— configura un régimen de libertad de asociación en el que no se contemplan más asociaciones ilegales que aquellas «que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito», ¿qué más lógico que preguntarse si la Constitución permite establecer, por vía legal, causas y cauces de ilegalización de partidos políticos distintos a los penales?

Es más. En relación con el juego combinado de los artículos 6 y 22 de la norma fundamental, el alto tribunal había postulado, también, que estos dos preceptos «deben interpretarse conjunta y sistemáticamente sin separaciones artificiosas» [56/1995, f. J. 3.º]; lo que le había servido para rechazar lecturas favorables a su mutua neutralización y a integrar armónicamente las obligaciones que el art. 6 impone expresa y singularmente a los partidos políticos —como la que dispone que su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos—, en el cuadro de facultades que integran el derecho de asociación. Se trataba, como se ve, de que, en ningún caso, la aplicación de uno de los dos preceptos invalidase radicalmente el otro. Su compatibilidad había de procurarse, sin estridencias; sin que la pretensión de aplicar uno de ellos provocase la total inaplicación del otro.

Pero, extrañamente, en la sentencia de 12 de marzo de 2003, el TC ignora todas estas precisiones que él mismo había formulado en ocasiones precedentes y que tan útiles podían resultarle para la resolución del asunto. Y en lugar de tomarlas en consideración, como cabía esperar de un tribunal que aspira a guardar una mínima coherencia con sus pronunciamientos anteriores, se empeña en dar un paso atrás, planteando como nuclear una cuestión previa, más genérica, que ya estaba resuelta por el propio tribunal y que ni tan siquiera es objeto de controversia en la causa. Nadie defendía en el proceso que los partidos políticos estuvieran sometidos exclusivamente a los límites del art. 22 CE. Ese era un asunto ya superado. Lo que la actora sostenía era que, en el caso concreto de ilegalización de partidos políticos, el art. 6 CE, que nada dispone explícitamente sobre el particular, no podía servir de base para imponer, por vía legal, límites más estrictos que los expresa y limitativamente previstos en el art. 22.2 del mismo cuerpo legal. La jurisprudencia del TC suministraba abundante material para alimentar esta tesis. Ya lo hemos visto en las líneas anteriores. Pero en esta ocasión, el alto tribunal no parece estar por los matices. Prefiere el trazo grueso e insiste en argumentar como si el asunto conflictivo fuese otro, afirmando que:

«... concluir que los partidos sólo están sometidos a los límites del art. 22 CE sería tanto como admitir que las previsiones del art. 6 CE se agotan en el contenido de una norma no sancionada, lo que es tanto como decir, simplemente, en una proposición no normativa».

¿Por qué este interés en desenfocar la cuestión realmente planteada en el proceso?; ¿a qué razón obedece este empeño en eludir un camino argumental que el tribunal ya había desbrozado en ocasiones anteriores, para regresar a una cuestión que no era ya objeto de litigio?

3.2. El interés en replantear la lectura conjunta y sistemática que hasta entonces había venido haciendo de los arts. 6 y 22 de la norma fundamental

La respuesta se encuentra en la misma sentencia que comentamos. El tribunal pretende replantear sobre nuevas bases la lectura conjunta y sistemática que hasta entonces había venido haciendo de los arts. 6 y 22 de la norma fundamental. La posición prevalente que en sus sentencias anteriores había venido otorgando al art. 22 CE en el régimen constitucional de los partidos políticos, le conducía, inexorablemente, a erigir el apartado 2.º de este precepto en la principal referencia normativa a

tener en cuenta en todo lo relativo a su ilegalización. O, en cualquier caso, en el muro infranqueable que insoslayablemente ha de respetar toda norma específica que pueda aprobarse en la materia; el límite impuesto por la necesidad de respetar «en todo caso, [...] los derechos fundamentales y libertades públicas» consagradas en la Constitución. Máxime si se tiene en cuenta que el art. 6 CE carece de disposición expresa alguna que haga referencia a los motivos y los procedimientos por los que puede situarse a un partido político al margen del ordenamiento jurídico.

Pero esa era, al parecer, una conclusión que el alto tribunal no quería verse obligado a alcanzar, porque no resultaba conciliable con el compromiso de «hacerlo lo mejor que supiesen» para alcanzar la «ilega...» de Batasuna. Por ello, el TC se «olvida» del camino avanzado en sus pronunciamientos anteriores y decide regresar nuevamente al inicio del itinerario argumental, planteando como central una cuestión que ya no lo es.

Aunque el tribunal comienza admitiendo —con referencia incluida a su sentencia 3/1981, de 2 de febrero—, que los partidos políticos son «una forma particular de asociación», inmediatamente incorpora a su discurso un ingrediente novedoso, al afirmar que «en ello [en lo asociativo] no se agota [...] su realidad, pues el art. 6 de la Constitución hace de ellos expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política mediante su concurso a la formación y manifestación de la voluntad popular [...] Los partidos son, así —añade el tribunal—, unas instituciones jurídico-políticas, elementos de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático» [F. J. 5].

Más adelante, el tribunal aporta elementos adicionales a esta caracterización institucional de los partidos políticos, precisando que la cualificación que les imprime la importancia de las funciones que tienen constitucionalmente asignadas, «...no desvirtúa la naturaleza asociativa que está en la base de los partidos, pero eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma [...] que justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta de la especificidad de esas funciones» [F.J. 6]. La conclusión principal que de ello se extrae, no se hace esperar. Como los partidos políticos, además de asociaciones, son, también, «instituciones jurídico-políticas»,

«La libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutan, no puede ser para éstos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumento para la consecución de sus fines constitucionales».

Evidentemente, esta menor libertad de la que gozan los partidos políticos, por relación a las asociaciones de régimen común, afecta de modo directo a lo dispuesto en el apartado 2.º del art. 22 CE. Así lo afirma ahora el TC.

El alto tribunal había repetido, literalmente, en ocasiones precedentes que «... las previsiones contenidas en los apartados 2 —sí, sí, dice 2— y siguientes del artículo 22, en tanto que “garantía común” del derecho de asociación [STC 67/1985], son aplicables a todo tipo de asociaciones, incluidos los partidos políticos» [STC 56/1995, de 6 de marzo, f. J. 3.º]. Y su vertiente institucional —que, recordemos, también había sido tomada en consideración en pronunciamientos anteriores— nunca había sido un obstáculo para que a los partidos les fueran plena e incondicionalmente aplicables las previsiones del art. 22 CE. Antes al contrario, el TC, incluso había llegado a imponerse sobre las alegaciones del Abogado del Estado, que pretendía un eclipse perfecto del art. 22 por parte del art. 6. Empero, ahora —justo ahora que su presidente se ha comprometido a «hacerlo lo mejor que sepa» para alcanzar un objetivo difícil de conseguir desde tales presupuestos— corrige este postulado, afirmando que, sobre lo dispuesto en este apartado 2, se impone, incluso hasta el extremo de hacerlo inaplicable, la necesidad de respetar la naturaleza jurídico-institucional de los partidos políticos. Una naturaleza de presencia exigua, casi inexistente en los pronunciamientos anteriores del tribunal pero que, en esta sentencia —precisamente en ésta— adquiere una dimensión colosal y una trascendencia crucial. Tanta como para hacer que el art. 22 CE deje de ocupar el lugar prioritario que el propio tribunal le ha venido atribuyendo de modo prácticamente sistemático en el régimen constitucional de los partidos políticos.

Según la sentencia de 12 de marzo de 2003, los límites específicos que el art. 6 CE impone a los partidos políticos no se limitan a «la obligación de tener una estructura y un funcionamiento democráticos», sino que incluyen también, «como cuestión previa, el de respetar los cometidos que ese precepto enumera como definidores de la condición de partido político». Y esta limitación implícita, que el art. 6 CE no contempla de modo expreso, pero que alto tribunal, en una interpretación ciertamente generosa de su texto, hace derivar de las funciones que la norma suprema asigna a los partidos políticos, adquiere un peso y una virtualidad de primero orden. Antes, ya lo hemos visto, el tribunal había postulado que las normas específicas que puedan dictarse para los partidos políticos en virtud de su caracterización como asociaciones de relevancia constitucional, sólo se refieren, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6 CE, «al respeto al orden constitucional y a su estructuración interna de carácter democrático» [STC 85/1986, f. J. 2].

Y había afirmado, también que tales normas «se añaden», pero «no sustituyen» a las del art. 22 CE. No sé si entre estas tesis y la que ahora defiende media un apartamiento deliberado y arbitrario de su doctrina anterior, pero la diferencia es tan real como ostensible.

Por otro lado, también lo hemos visto, el alto tribunal había defendido que las especialidades normativas dictadas para los partidos políticos al amparo del art. 6 CE, «en todo caso, deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella» [STC 3/1981, f. J. 1.º], incluido, por supuesto, el derecho fundamental de asociación. Ahora, por el contrario, afirma que ese respeto no ha de producirse «en todo caso», sino sólo cuando el régimen constitucional establecido para los derechos fundamentales y libertades públicas no entre en contradicción con la naturaleza jurídico-política de los partidos políticos, o no desvirtúe a éstos «como instrumento para la consecución de sus fines constitucionales». También aquí la variación es ostensible.

El problema que esta nueva tesis plantea es el de precisar si la necesidad de respetar los «fines constitucionales» de los partidos políticos puede, no ya modular, sino anular su naturaleza asociativa, que tan enfáticamente ha proclamado el TC en numerosas sentencias, hasta el extremo de hacerles sencillamente inaplicable una norma esencial del régimen que la misma Constitución contempla para las asociaciones. Hasta ahora los «fines constitucionales» de los partidos políticos eran exactamente los mismos y el alto tribunal no había encontrado reparo en aplicarles directamente previsiones del art. 22 CE que, sin duda alguna, pueden incidir sobre tales fines. Es más, tenía dicho que los art. 6 y 22 de la norma fundamental «deben interpretarse conjunta y sistemáticamente, sin separaciones artificiosas» [STC 56/1995, de 6 de marzo]; y había actuado de manera que la compleja naturaleza de los partidos políticos, no impidiese la aplicación a los mismos de uno sólo de los mandatos expresos que contienen estos dos preceptos. Ahora, por el contrario, propone, por primera vez, una lectura de los mismos que, de hecho, disocia radicalmente ambas normas, hasta el extremo de hacer que una de ellas devenga abiertamente inaplicable.

3.3. *¿Pueden los fines constitucionales de los partidos políticos justificar limitaciones a la libertad de éstos en ámbitos que forman parte del núcleo de la libertad de asociación?*

Otra de las cuestiones que suscita la sentencia, se plantea a la hora de considerar si el necesario respeto a lo que el TC identifica como los «fines constitucionales» de los partidos políticos, pueden justificar la

imposición a éstos de mayores límites y controles que a las asociaciones de régimen común o si, por el contrario, obliga a establecer un régimen de mayor libertad. El tribunal había postulado que «de la lectura conjunta del artículo 6.º CE en conexión con el art. 22 de la misma, resulta una protección reforzada de la libertad de partidos políticos que debe entenderse afecta no sólo a la actividad de los mismos, sino a su propia creación» [STC 85/1986, de 25 de junio, F.J. 2]. Ahora, sin embargo, se apea de esta consideración y afirma que la interpretación sistemática de estos dos preceptos constitucionales, en vez de a «una protección reforzada de la libertad de partidos políticos», que afecta, entre otras, a «la actividad de los mismos», conduce a una libertad restringida, afectada por más y más severos límites y controles.

Ahora bien, ¿existe base suficiente en los fines constitucionales de los partidos políticos como para justificar limitaciones a la libertad de éstos en ámbitos que forman parte del núcleo mismo de la libertad de asociación? Veámoslo.

Según el art. 6 CE, los partidos políticos «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política». Esos son, básicamente, sus fines constitucionales. Pues bien, cualquier medida limitativa de la actuación de los partidos políticos que permitiera dejar fuera de la ley a determinadas formaciones políticas por causas distintas a las previstas en el art. 22.2 CE, parece evidente que, lejos de salvaguardar el cumplimiento de estos fines, obstaculizaría seriamente la libre «expresión del pluralismo político» —en la medida en que restringiría directamente el pluralismo— dificultaría ostensiblemente «la formación y manifestación de la voluntad popular» —ya que a una parte de la voluntad popular se le vedaría la posibilidad de manifestarse en libertad— y contribuiría decisivamente a limitar la «participación política», por cuanto que la libre participación política de los militantes, simpatizantes e incluso meros votantes del partido ilegalizado, quedaría afectada por graves restricciones. Y, por el contrario, parece igualmente evidente que la garantía de una libre expresión del «pluralismo político» y de una «participación política» sin restricciones, exigiría lo que el TC, antes de la sentencia de 12 de marzo de 2003 calificaba como de una «protección reforzada de la libertad de partidos políticos». No una limitación de ésta.

En última instancia, el argumento de los fines constitucionales nos remite a lo que en el ámbito de la Ciencia Política se ha denominado como la paradoja de la libertad: ¿Puede la defensa de la libertad justificar el liberticidio? Una paradoja que, en este caso, el Tribunal Constitucional resuelve con gran simplismo, apelando nominativamente a la

defensa de los «fines constitucionales de los partidos políticos», pero sin ahondar en lo gravemente pernicioso que puede resultar para el cumplimiento de esos fines, la adopción de medidas públicas que constriñen el pluralismo político, alteran la voluntad popular y obstaculizan la libre participación política.

3.4. *¿Es cierto que el constituyente sólo descartó encomendar al TC la garantía del respeto del art. 6 CE por parte de los partidos políticos?*

Si la Constitución tuviese, como ocurre con alguna otra en el ámbito comparado, una previsión que permitiera expresamente dejar a un partido político fuera del ordenamiento jurídico por razones distintas a las estrictamente penales, la cuestión que apuntamos en el epígrafe anterior, no pasaría de constituir una mera especulación politológica, sin incidencia alguna en el plano jurídico positivo. Pero la norma fundamental de 1978 nada establece a ese respecto. Como hemos visto ya en las líneas anteriores, sobre la ilegalidad de los partidos, se limita a declarar, en su art. 22.2, que son ilegales «las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito»³. Pero el art. 6 CE carece de una regla expresa y clara, equiparable a la que —por ejemplo— en el art. 21 de la Ley Fundamental de Bonn, declara inconstitucionales «los partidos que, por sus fines o por la conducta de sus seguidores, se propongan menoscabar o destruir el orden fundamental libre y democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania». Es más, en los debates constitucionales se debatió expresamente sobre la posibilidad de incorporar al art. 6 CE una previsión similar a la del art. 21 de la Constitución alemana, pero finalmente se rechazó. Si no existe, por tanto, es porque el constituyente no lo quiso.

El TC pretende salvar este escollo, arguyendo que, el hecho de que «... el constituyente haya descartado encomendar la garantía del respeto del art. 6 CE por parte de los partidos al Tribunal Constitucional no significa, obviamente, que se haya descartado dicha garantía en sí; únicamente que su verificación ha de corresponder al Poder Judicial ordinario en tanto no se establezca otra cosa».

³ Es más. Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Constitución en las Cortes Generales, se suprimió del texto original de este apartado, un pasaje que declaraba, también, ilegales, las asociaciones «que atenten al orden constitucional». (Cfr. RIVAS ARJONA, Mercedes, *Génesis del título I de la Constitución Española de 1978 en el seno de la ponencia*, Madrid, 2002, pp. 265 a 277). La previsión que queda en el texto vigente es, pues, claramente limitativa.

Ahora bien, ¿es seguro que el constituyente sólo rechazó la reserva de competencia al Tribunal Constitucional?; ¿o rechazó, también, la existencia de límites y controles sobre la actuación de los partidos políticos distintos a los expresamente previstos en el texto del art. 6 CE y en el apartado 2.º de su art. 22? Veámoslo.

El segundo punto de la enmienda n.º 655 que la Agrupación Independiente del Senado presentó contra el art. 6 del proyecto de Constitución, pretendía añadir al precepto un inciso último del siguiente tenor literal: «Corresponde al Tribunal Constitucional apreciar la constitucionalidad de los partidos».

Según expresaba literalmente la justificación de la enmienda, ésta se proponía incorporar al art 6 CE «lo que prescribe la Constitución Alemana, que incluye el precepto al hablar de los partidos». En su defensa, el senador Ollero Gómez daba por supuesto que «el control de legalidad de actuación de los partidos corresponderá establecerlo a la Ley en los términos del Derecho de asociación y en función de los límites que a éste impone el artículo 21 [actualmente 22] de la Constitución»⁴. Su propuesta, por tanto, hacía referencia al establecimiento de un control de constitucionalidad de los partidos políticos. Un control distinto al de legalidad y que, a juicio, había de ser ejercido por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, este punto de la enmienda no llegó a votarse porque fue retirado por el propio senador Ollero, quien se reservó «el volver a hablar del tema al discutir el artículo 159 del proyecto constitucional». Resulta interesante anotar, no obstante, que el anuncio de retirada se produjo inmediatamente después de que el senador Sainz de Varanda, portavoz del grupo socialista en la cámara alta, expresase su posición contraria a la admisión de esta enmienda, en base a los siguientes argumentos:

«Señalamos a los señores senadores la importancia que precisamente tiene este texto, porque significa que podría poner en tela de juicio, para que la jurisprudencia decidiera la existencia de una gran cantidad de partidos políticos cuyo ideario no coincide en absoluto con los preceptos de la Constitución.

Por tanto, entendemos que se trata de una limitación muy grave al derecho de asociación política y que lo que se menciona en la fundamentación, que es el precedente de la Constitución alemana de Bonn, no parece que sea el caso, porque además de las circunstancias especialísimas que se daban en la República Federal Alemana cuando se aprobó la Ley Fundamental de Bonn, entendemos que, con arreglo al sistema de partidos

⁴ Diario de Sesiones del Senado, núm. 41 de 22 de agosto de 1978, p. 3097.

políticos que en España tenemos vigente, sería un retroceso, frente a la situación actual, aprobar este texto [...] de ninguna manera [entendemos] que corresponda al Tribunal Constitucional decidir la constitucionalidad de los partidos, porque la jurisprudencia nos podría llevar a la desaparición de la mayor parte de los partidos democráticos españoles»⁵.

Interesa igualmente anotar que, los portavoces que tomaron la palabra después de comunicada la intención de retirar este punto de la enmienda, expresaron, también, una disposición claramente contraria a su aceptación. González Seara, portavoz del grupo parlamentario de UCD observó que «no estábamos de acuerdo» con el punto retirado aunque, como éste no formaba ya parte del debate, se ahorró la exposición de las razones en las que fundaba su desacuerdo. Algo más explícito, Villar Arregui calificó la enmienda de «restrictiva».

Del tenor de estas intervenciones parece claro que lo que los constituyentes rechazaban no era tanto la atribución al TC de la competencia para ejercer un control constitucionalidad de los partidos políticos distinto al de legalidad previsto en el art. 22.2 CE —que era la propuesta del senador Ollero— cuanto la existencia misma de un control de constitucionalidad sobre los mismos. En otro caso, carecerían de sentido las referencias a su carácter «restrictivo» o al «retroceso» que su aprobación pudiera suponer en relación con el sistema vigente de partidos políticos. Porque lo «restrictivo» de la enmienda, lo podía poner en peligro la existencia «de una gran cantidad de partidos políticos cuyo ideario no coincide en absoluto con los preceptos de la Constitución», en ningún caso podría ser la atribución de la competencia al Tribunal Constitucional, sino la implantación misma de un cauce extrapenal de control de los partidos políticos. Esta es una conclusión que se extrae claramente y sin excesiva violencia, de la lectura de los antecedentes parlamentarios de la *norma normarum*.

Pero el TC, que tantas veces y tan decisivamente ha recurrido a los trabajos parlamentarios de la Constitución para definir el alcance y contenido de algunos de sus preceptos, no siente, en este caso, la necesidad de atender a los antecedentes de la norma para descubrir la voluntad del constituyente. Rechaza *a limine* la alegación de la parte actora, sin molestarse en averiguar hasta qué punto la inexistencia en el art. 6 CE de una norma como la del art. 21 de la Ley Fundamental de Bonn, refleja la voluntad del constituyente de excluir la posibilidad de que los partidos políticos puedan ser ilegalizados por causas distintas a las previstas en el art. 22.2 CE.

⁵ *Ibidem*, p. 3098.

Por lo demás, que durante la época en la que tuvieron lugar los debates constitucionales, primaba, en las Cortes Generales, la idea de no someter a los partidos políticos a más controles que aquellos de carácter penal que pudieran derivarse del art. 22.2 CE, es buena muestra el debate que se produjo con motivo de la aprobación de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos. En la sesión plenaria del Congreso de los diputados que puso fin a su tramitación, el portavoz del grupo mayoritario afirmó hasta tres veces que el régimen de control que el nuevo texto establecía en relación con los partidos políticos, se limitaba al terreno estrictamente penal. La Ley, aseguraba Meilán Gil al inicio de su intervención, preveía un control estricto «exclusivamente judicial, cuyos límites están en las fronteras del Derecho Penal». Al aludir a las causas legales que legitimaban las intervenciones públicas de control sobre las organizaciones políticas, afirmaba nuevamente que, en el proyecto, «Los motivos para ello están también tasados. Es la ilicitud penal y no cualquier otra ilicitud considerada genéricamente. De esta manera —añadía— se van a resolver problemas que se habían planteado en el pasado, que dieron lugar a sentencias famosas como la de 1 de abril de 1977, que me figuro particularmente conocida de algún Grupo Parlamentario que se sienta en esta Cámara»⁶. Finalmente, al reseñar las aportaciones que los diferentes grupos parlamentarios habían efectuado para mejorar el texto original del proyecto, destacaba las realizadas de cara a «la fijación y concreción de qué ilicitud se trata: de la ilicitud penal, no de una contravención genérica del Derecho»⁷.

⁶ La referencia que el portavoz del grupo mayoritario hace a la sentencia de 1 de abril de 1977 (Ar. 4635) tiene su interés a efectos de delimitar el propósito de excluir de los supuestos de ilegalización toda ilicitud distinta a la estrictamente penal. En efecto, la sentencia en cuestión, dictada por la sala 4.^a del alto tribunal, resuelve el procedimiento iniciado por el Ministerio de la Gobernación en relación con la eventual ilicitud penal del Partido Comunista de España, cuya inscripción se había solicitado en el Registro de Asociaciones Políticas. El caso no hubiese revestido especial significación si no hubiera sido porque, apreciada, por la Administración, la posible existencia de elementos delictivos en la organización política cuya inscripción se recababa, el expediente hubiese sido remitido a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y no a los del orden jurisdiccional penal. Evidentemente, la sala 4.^a declara su falta de jurisdicción para conocer de las actuaciones y, además, anula el acto del Ministerio de Gobernación «en el particular extremo del mismo que ordena la remisión del expediente administrativo a este Tribunal, acordando por tanto su devolución a dicho Ministerio». Pero más allá de lo acaecido, el hecho pone de manifiesto hasta qué punto existía una confusión en torno a los motivos que podían justificar la exclusión legal de un determinado partido político y el procedimiento que había de seguirse para ello. Para Meilán, la nueva Ley ponía fin a esta confusión, dejando claro que sólo la ilicitud penal podía servir de base para ello.

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 94, de 21 de junio de 1978, pp. 3540 y 3541.

3.5. *El fraude de los principios del derecho punitivo*

En fin, la tesis del alto tribunal plantea otro problema de muy hondo calado. Si los supuestos de hecho a los que la LOPP anuda la posible ilegalización de un partido político, describieran situaciones y conductas que nada tienen que ver con aquellas para las que la legislación penal contempla idéntica consecuencia, la cuestión jurídica se reduciría, como hemos visto, a resolver si el juego combinado de los arts. 6 y 22 CE permite la ilegalización de un partido político por causas distintas a la de la persecución de fines o la utilización de medios tipificados como delito.

Sin embargo, no es ese el caso que nos ocupa. La LOPP ha sido redactada de tal manera que, entre su articulado y el del Código Penal, se produce un claro solapamiento a la hora de configurar los supuestos en base a los cuales puede decretarse la ilegalización de un partido político. Esta fue una circunstancia que se denunció infructuosamente durante la tramitación parlamentaria de la LOPP. Ahora, lo reconoce expresamente el propio TC cuando admite que algunas de las conductas recogidas en el art. 9 de la norma impugnada «pueden tener encaje en preceptos como los arts. 515, 576 y 578 del Código Penal». La coincidencia «entre el art. 9.2 y la Ley Penal no es absoluta», precisa el tribunal, pero existe, y encierra, además, una importancia notable.

Con este solapamiento, la LOPP hace que unas conductas idénticas a las tipificadas como delictivas en el Código Penal, puedan dar lugar a unas mismas consecuencias jurídicas —la ilegalización de un partido político—, pero obviando las garantías procesales y materiales que el Derecho punitivo —básicamente condensado en los artículos 24 y 25 CE— exige respetar. En esencia, pues, la LOPP consuma un fraude a estos principios del Derecho punitivo. Un fraude, ciertamente grave, que el TC pasa por alto con absoluta indiferencia.

4. **Observación final**

Es cosa conocida que, aun cuando ambos se tramitan ante el mismo órgano judicial, el recurso de inconstitucionalidad y el de amparo, constituyen instrumentos procesales diferentes, concebidos y regulados de modo distinto y que, en consecuencia, reclaman del TC pronunciamientos de naturaleza muy diversa. Tampoco ignoramos que, mientras las tres sentencias dictadas sobre la materia con anterioridad a la STC 48/2003, de 12 de marzo, lo han sido en el marco de otros tantos recursos de amparo, esta última pone fin a un procedimiento iniciado con motivo de

un recurso de inconstitucionalidad. No se nos oculta, por ello que, con toda probabilidad, habrá quien pretenda atribuir a esta circunstancia el repentino viraje que en las líneas anteriores hemos puesto de manifiesto en la actuación del alto tribunal.

Empero, parece claro que, por sí solo, este dato no puede justificar una alteración tan radical de los postulados defendidos con anterioridad por el TC. La exégesis de la Constitución no puede variar al albur de lo que, en cada caso se somete a su conocimiento o del cauce procesal elegido para ello. El tribunal nunca ha disociado formalmente sus resoluciones en función del tipo de recurso en el que hayan sido dictados. Antes al contrario, puede decirse que, en general, ha procurado integrarlos en un mismo hilo argumental. De hecho, se puede comprobar sin excesiva dificultad que, cuando invoca sus pronunciamientos anteriores sobre una determinada materia, el alto tribunal acostumbra a incluir en la cita, indistintamente, sentencias y autos dictados en cualquier tipo de los procedimientos que entran en su ámbito de competencia: Recursos de inconstitucionalidad, recursos de amparo y conflictos competenciales. La misma sentencia 48/2003, de 12 de marzo, constituye un claro ejemplo de ello.

Así, pues, el hecho de que la sentencia que comentamos haya sido dictada en el seno de un tipo procesal distinto al que ha servido de marco a las anteriores sentencias sobre la materia, no puede justificar un viraje doctrinal tan drástico. La única circunstancia auténticamente diferencial que concurría en este caso, era el compromiso del presidente del tribunal y ponente del caso, de «hacerlo lo mejor que supiera» para alcanzar un determinado objetivo; un objetivo para cuya consecución, los pronunciamientos anteriores del tribunal no constituían precisamente una ayuda. Una circunstancia que invita al jurista a meditar sobre el sentido de la sagaz conversación entre Alicia y Humpty Dumpty con la que hemos dado inicio a este trabajo.

LOS ORIGENES DEL MUNICIPIO CONSTITUCIONAL

José Antonio Escudero

Académico de la Historia, y de Jurisprudencia y Legislación

Sumario: I. Precedentes. A) Interpretaciones de la historia del régimen municipal. B) El municipio moderno. II. El régimen municipal gaditano. A) Antecedentes: la reforma de José I. B) La Constitución de Cádiz y el dirigismo político municipal. III. La consolidación del municipio constitucional.

I. Precedentes

A) *Interpretaciones de la historia del régimen municipal*

Con el municipio romano en España a modo de referencia, fue opinión común entre los especialistas del siglo XIX que el municipio medieval debió a aquél su origen y fundamento¹. El historiador portugués Herculano sostuvo así que las instituciones municipales romanas habían perdurado en el mundo visigodo, siendo transmitidas luego por los mozárabes para configurar en la Edad Media la estructura del municipio castellano-leonés. De esta suerte, el modelo del municipio romano perviviría de forma precaria a partir del Bajo Imperio, cobrando de nuevo vigor en la etapa medieval. La persistencia así de nombres como *curatores*, *decuriones*, *defensores*, etc., en la Edad Media, vendría a probar que el fondo residual de las viejas instituciones de la curia romana no había llegado nunca a extinguirse. Tal interpretación, la llamada tesis *romanista*, fue refutada parcialmente por Hinojosa al admitir el mantenimiento del régimen municipal romano hasta el ocaso de la monarquía visigoda de Toledo, y negar en cambio la capacidad efectiva de los mozárabes —cristianos que en la España musulmana conservaron su religión y derecho— para transmitir una institución tan fundamental de la vida ciudadana. En fechas posteriores, cuanto había respetado Hinojosa de la añeja teoría fue combatido por Sánchez Albornoz en un estudio de título hartamente explícito: *Ruina y extinción del municipio romano en España*. He aquí su tesis central:

¹ Hago uso de lo dicho respecto a las distintas etapas históricas del municipio en mi *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 2.^a ed., Madrid, 1995.

«En mi opinión, el municipio hispano-godo, que llevaba en sus entrañas los mismos gérmenes de descomposición que el romano, acentuados ahora porque las nuevas instituciones sociales y políticas de la época se avenían mal con su perduración, continuó su curso descendente durante el siglo VI, y desapareció por entero en la primera mitad del siglo VII»².

Desaparecido, pues, el glorioso municipio romano, ¿cómo y por qué surgió el municipio medieval? Los historiadores europeos debatieron largamente esta cuestión ofreciendo desde el siglo XIX dos ambiciosas explicaciones de conjunto: la antes citada *tesis romanista*, que puede darse hoy por superada, y la llamada tesis *germanista*, que parte de la concepción de que el municipio medieval fue una realidad independiente del antiguo sistema romano, y que como tal debe ser explicada en función de otras causas. Wilda y Gierke pusieron así en relación la aparición del municipio con la infraestructura organizativa de gremios y asociaciones mercantiles. Von Below sostuvo que el sistema municipal urbano había sido una forma evolucionada y compleja del esquema antes existente en los concejos rurales³. Especial predicamento alcanzó la llamada *teoría del mercado* de Sohm, para quien el derecho especial del mercado dio lugar a ese derecho, también especial, de las ciudades⁴. Tal teoría tendría algunos puntos comunes con la interpretación de Pirenne, por cuanto aunque éste rechaza que la ciudad sea una extensión institucional del mercado, sí sostiene que nació como resultado del asentamiento de mercaderes y comerciantes. Para Pirenne, ese derecho de los comerciantes (*ius mercatorum*) fue aplicándose a quien entraba o salía de la ciudad, convirtiéndose en fin en el derecho municipal mismo⁵.

* * *

Por otra parte, en el siglo XIX español la visión de lo que había sido el municipio medieval y moderno formó parte de interpretaciones más amplias sobre el pasado de España, y, habida cuenta de que esos municipios enviaron sus procuradores a las Cortes, el estudio y la apología de estas asambleas representativas, consideradas por algunos como instituciones que llegaron a limitar el poder absoluto de Austrias y Borbones,

² «Ruina y extinción del municipio romano en España e instituciones que lo reemplazan», en *Estudios Visigodos*, Roma, 1971, pp. 9-147; cita en p. 51.

³ *Der Ursprung der Stadtverfassung*, Düsseldorf, 1892.

⁴ *Die Entstehung des deutschen Städtwesens*, Leipzig, 1890.

⁵ *Las ciudades de la Edad Media*, Madrid, 1972.

llevó a ciertos autores al estudio y exaltación apologética de lo que el municipio castellano había sido. Tal fue el caso del eximio liberal Francisco Martínez Marina, quien en su *Teoría de las Cortes* diseñó una especie de unión hipostática de esas Cortes y del Municipio, vinculando la supuesta grandeza e independencia de aquéllas, con la también supuesta grandeza e independencia de éste. Así cuando Martínez Marina critica en su *Teoría* el absolutismo de los Austrias, ese absolutismo va directamente referido a la pretensión de los monarcas de controlar las Cortes, controlando a su vez la libre representación de los municipios en ellas. En parecida línea, otro autor del XIX, Antonio Sacristán, abogado del ilustre Colegio de Madrid y estudioso de la evolución del municipio, nos dirá que la tendencia política de los monarcas de la Casa de Austria «era contraria a la conservación de las libertades públicas representadas por las Cortes y el sistema municipal»⁶. Y a fines del mismo siglo, el fundador de la moderna Historia del Derecho, don Eduardo de Hinojosa, cubrirá brillantemente su turno de apología del régimen municipal, en una conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid:

«La historia del Municipio medioeval es uno de los capítulos más interesantes y fecundos de la historia de la civilización europea. El Municipio ha sido el precursor del Estado moderno. El suprimió las trabas jurídicas que separaban las varias clases sociales y daban el carácter de privilegio a la libertad civil y la participación en la vida pública. Los grandes principios que informan la vida política contemporánea, la libertad de la persona, de la propiedad y del trabajo, la inviolabilidad del domicilio, la unidad de fuero, la igualdad de derechos civiles y políticos, en suma, tuvieron su primera realización práctica en la esfera limitada por los Muros del Municipio»⁷.

B) *El municipio moderno*

La etapa áurea del régimen municipal coincidió prácticamente con el siglo XIII. En observación del mismo Hinojosa, «este florecimiento de la autonomía y de la libertad municipal es tan efímero como brillante;

⁶ *Municipalidades de Castilla y León*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, 431.

⁷ *Origen del régimen municipal en León y Castilla*. Fue una conferencia pronunciada en el Ateneo en el curso 1895-1896, que se publicó luego en *La Administración, Revista Internacional de Administración, Derecho, Economía, Hacienda y Política* (28 -1896-417-438), siendo reeditada en los *Estudios sobre la Historia del Derecho Español* (Madrid, 1903, 5-70), y en el tomo III (pp. 271-317) de sus *Obras*, Madrid, 1974, que es por donde cito. La referencia corresponde al exordio de la conferencia (p. 273).

apenas si dura una centuria: desde fines del siglo XII a principios del XIV»⁸. Prácticamente desaparecido en los tiempos modernos el antiguo sistema de *concejo abierto*, y asentado ya el *concejo cerrado*, la dirección de los municipios cayó en manos de oligarquías nobiliarias que se disputaron el control de las importantes ciudades con voto en Cortes. El cabildo o ayuntamiento estuvo compuesto por un número variable de regidores, elegidos o designados mediante sorteo, o bien nombrados por el rey con carácter vitalicio entre miembros de la nobleza ciudadana. El peso de los oligarcas locales se acentuó así en Castilla con la venta de los oficios de regidores, puesto que aquellos oligarcas eran los únicos que podían adquirirlos, sin que sirvieran de excesivo contrapeso real los *jurados* elegidos por el pueblo para defender sus intereses y controlar a los regidores. En todo caso, según parece, la autenticidad democrática de las asambleas municipales resultó ser inversamente proporcional a la demografía de los lugares respectivos. En las poblaciones de cierta entidad dominó la oligarquía de los propietarios de los oficios. En las villas medianas se los repartieron nobles y plebeyos. En las menudas aldeas, en fin, persistieron algunas formas residuales de concejo abierto, y todos los vecinos pudieron hacer oír su voz y tal vez elegir a sus dirigentes.

Más allá sin embargo de ese posible control indirecto de los reyes sobre los municipios, nombrando a los regidores, mediatizando su gestión, o interfiriendo la autonomía de los procuradores de ciudades con voto en Cortes, el control institucional, directo y efectivo, se ejerció a través de un agente, el corregidor, heredado de la etapa bajomedieval. No resulta hiperbólico así decir que el corregidor castellano de los siglos XVI y XVII lo fue todo o casi todo: representante y delegado político del monarca, y presidente del ayuntamiento, que actúa con poderes gubernativos como una especie de gobernador civil en el distrito de la ciudad, y disfruta de atribuciones judiciales y también a veces militares. En el XVIII los decretos de Nueva Planta llevan consigo la extensión a la Corona de Aragón del régimen municipal castellano, con lo que los corregidores aparecen en 1711 en Aragón y Valencia y en 1716 en Cataluña. Por lo demás, la figura del corregidor borbónico se complicó con la presencia de otro personaje, el intendente, cuyas parecidas atribuciones hicieron inevitable una confrontación institucional.

En el último tercio del XVIII, las reformas de Carlos III afectaron tanto a los corregidores como a la estructura municipal de los regimientos. La simbiosis intendente-corregidor desaparece en 1766 cuando Carlos III separa ambos cargos, confiando a los corregidores

⁸ *Los orígenes del régimen municipal en León y Castilla*, 315.

los asuntos de justicia y policía, y a los intendentes los de hacienda y guerra. Años después, en 1783, tiene lugar una profunda reforma de los corregimientos, que son ordenados en tres clases —de entrada, ascenso y término—, con lo que los antiguos corregidores políticos aparecen ahora a modo de funcionarios acomodados a ese escalafón. Estamos en suma ante un corregidor *diferente*. Como ha escrito su estudioso, el profesor González Alonso⁹, el antiguo corregidor queda desplazado por este otro, «de carrera, profesionalizado e intercambiable».

En cuanto a los regimientos, las reformas de Carlos III intentaron corregir esa estructura municipal en la que grandes señores acaparaban los puestos como regidores perpetuos, ostentando cargos que a menudo servían otras gentes en cesión o arrendamiento. Tras los motines de 1766, que fueron un serio aviso a la autoridad real aunque tal vez sólo supusieran la rectificación de medios antes utilizados¹⁰, dos textos de ese mismo año (el Decreto de 5 de mayo y la Instrucción de 26 de junio), así como el *Reglamento para Nuevas Poblaciones*, proyectarán sobre los concejos una bocanada de aire democrático y renovador. Se estableció entonces que el pueblo dividido en parroquias o barrios elija a unos *diputados del común* —dos o cuatro, según el número de habitantes— y a un *síndico personero* cuya misión era pedir y proponer lo conveniente al público en general, aun careciendo de voto en el ayuntamiento y de cualquier tipo de facultades resolutivas. Las atribuciones de esos diputados y síndico quedaron recogidas en el capítulo XIII de la Instrucción de 26 de junio, mientras el decreto o *Auto-Acordado* de 5 de mayo señalaba que eran creados para «tratar y conferir en punto de abastos, examinar los pliegos o propuestas que se hicieren y establecer las demás reglas económicas tocantes a estos puntos que pida el bien común»¹¹. Cabría en fin preguntarse qué acogida tuvieron en la práctica estas reformas, a lo que parece forzoso responder que no muy efectiva y brillante. Los regidores perpetuos las contemplaron con hostilidad. Y aquellos representantes del pueblo que venían a remediar los males de los regidores oligarcas y vitalicios, quisieron en seguida ser como ellos. Sabemos así de cierta curiosa peripecia acaecida en Palma de Mallorca, donde un tejedor, un calderero, un carpintero y un tonelero fueron elegidos *diputados del común*. Todos ellos se pertrecharon inmediatamente de espada, símbolo de hidalguía, y el tonelero usó desde entonces peluca.

⁹ *El corregidor castellano 1348-1808*, Madrid, 1970.

¹⁰ V. RODRÍGUEZ CASADO, *La política y los políticos en el reinado de Carlos III*, Madrid, 1962.

¹¹ J. GUILLAMÓN, *Las reformas de la Administración local durante el reinado de Carlos III*, Madrid, 1980, 133-134.

II. El régimen municipal gaditano

A) *Antecedentes: la reforma de José I*

Como parece lógico, las concepciones municipalistas del rey José y de sus colaboradores eran deudoras de lo hecho en Francia a partir de la Revolución. Allí el famoso decreto de la Asamblea Constituyente de 14 de diciembre de 1789 había establecido en su artículo 49 que los cuerpos municipales tendrían dos tipos de funciones: unas, propias del poder municipal, y otras concernientes a la administración general del Estado y delegadas por ella a las municipalidades. En relación con esto, la Constitución de 1791 diseña en su artículo 9 unos oficiales del ayuntamiento con dos tipos de competencias: administrar los asuntos particulares de la municipalidad, y ejercer, si se les delega, otras funciones relativas al interés general del Estado. Sobre esos presupuestos, García Fernández ha caracterizado el modelo autonómico de la Revolución francesa en base a cinco elementos: la existencia de un *pouvoir municipal*, esto es, de un área de competencias propias; la atribución al municipio de la gestión de competencias de otros órganos del Estado; la ausencia en él de representantes del poder central; la afirmación de una capacidad normativa propia, y el carácter electivo de los órganos municipales. A todo ello, sin embargo, seguirá en Francia un Estado bonapartista centralizado, cuyo eje principal es la afirmación de una administración única, de la central a la municipal, que sirve para transmitir las órdenes y voluntad política del gobierno¹². El constitucionalismo napoleónico rectificará así al municipalismo libertario y revolucionario, diseñando una especie de espina dorsal de la Administración: el ministro en lo central; el prefecto en lo territorial, y el alcalde en lo local.

En consonancia con esta segunda interpretación se desarrolló la obra municipal de José I, centrada en el bienio 1809-1810. En aquel año, el decreto de 21 de agosto creó la *municipalidad* de Madrid. En el conjunto de cargos del ayuntamiento (corregidor, regidores, procurador del común, sustituto de éste, y secretario) los regidores son elegidos por sufragio censitario, mientras a su vez el corregidor representa el control del poder real y centralista. Tal reforma anticipa las claves de la concepción municipal del rey francés, basada en el doble juego del sometimiento efectivo de la municipalidad al corregidor y al intendente provincial, y en la admisión de esos regidores electos que numéricamente representan a la mayoría de la corporación.

¹² A. OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, 46-48.

Tras la regulación dada a Madrid, se estableció la normativa general a través de dos decretos de 4 de septiembre de 1809 y 17 de abril de 1810. Aquel prescribió que las nuevas *municipalidades* o ayuntamientos fueran constituidas por un número de propietarios proporcionado a la población, elegidos entre quienes hubiesen acreditado mayor adhesión a la Constitución de Bayona. Ese decreto, un tanto coyuntural y de emergencia, fue completado por el más amplio de 1810, que organizó ya el régimen de *municipalidades* como una pieza del sistema administrativo general, situando a los ayuntamientos bajo la dependencia inmediata de los prefectos provinciales.

Base de la normativa de 1810 fue la *junta municipal*, nombrada en concejo abierto por los vecinos contribuyentes. Y de forma paralela al fenómeno señalado en la centuria de la Ilustración, la democracia municipal resultó ser inversamente proporcional al volumen de la población de ciudades y pueblos. Así en los más pequeños esa junta municipal podía designar al corregidor y a los regidores, mientras que en los de tamaño intermedio (entre 2.000 y 5.000 habitantes) se limitaba a presentar los nombres al prefecto, quien llevaba a cabo el nombramiento. En las ciudades mayores de 5.000 habitantes correspondía al rey, a propuesta del prefecto, designar esos cargos entre los componentes de la junta. El corregidor aparece en todo caso como pieza clave del gobierno local, subordinado al prefecto —quien podía suspenderle provisionalmente del empleo— y en última instancia al rey, a quien se reservaba la facultad de sustituirle. Digamos en fin que no parece probable que esta reforma municipal lograra, en circunstancias tan conflictivas, una implantación efectiva y real. Resulta desde luego difícil que en un país sometido a ocupación y conflictos militares, aquella teórica normativa civil fuese impuesta o tolerada, con todas sus sutilezas, por los jefes del ejército.

B) *La Constitución de Cádiz y el dirigismo político municipal*

Menos de un año antes de promulgarse la Constitución de Cádiz, el decreto de 6 de agosto de 1811 había dispuesto la incorporación a la nación de los señoríos jurisdiccionales, permitiendo que aquellos otros con una simple base territorial o solariega quedaran «en la clase de los demás derechos de propiedad particular». Semejante medida no repercutió de modo apreciable en el debate gaditano sobre la Constitución, lo cual no deja de ser extraño si se tiene en cuenta, como ha señalado García Fernández¹³, que la abolición de los señoríos jurisdiccionales

¹³ *El origen del municipio constitucional*, 239.

supuso para la cuestión municipal que más de la mitad de los pueblos de España pudieran darse sus magistrados y autoridades. Con las nuevas perspectivas, y debiendo organizar un sistema municipal común para toda la nación, aligerado ya de trabas señoriales, los legisladores tenían delante el modelo francés, que años atrás había consagrado la noción del «poder municipal» (*pouvoir municipal*) y el ejemplo no excesivamente alentador de los municipios castellanos. El problema era, en fin, decidirse o por un municipio autónomo, o por un ente mediatisado y controlado por el poder central. Y es en todo caso curioso señalar que, en el debate gaditano, fueron los diputados de ultramar quienes más se distinguieron en la defensa de la autonomía municipal, frente al criterio restrictivo de sus colegas peninsulares, quizás recelosos del peligro disgregador o federal que podía acarrear un municipio autónomo.

La Constitución de 1812 partió de dos principios básicos (la conveniencia de que todo pueblo cuente con su ayuntamiento, y que el régimen de esos ayuntamientos sea uniforme), que supondrán una clara y profunda renovación¹⁴. El texto de Cádiz dio cabida al régimen municipal en el título sexto, *Del gobierno interior de las provincias y de los pueblos*, y más precisamente en el primero de los dos capítulos de dicho título, artículos 309 a 323. Martínez Marina saludó a la normativa gaditana de forma calurosa y encomiástica:

«El título sexto de la constitución es excelente, y los dos capítulos de que consta están sembrados de máximas utilísimas para el gobierno político y económico de las provincias y pueblos comprendidos en ellas. Todo se encamina a proteger las libertades y derechos de los cuerpos municipales, a proporcionarles riqueza, abundancia y comodidad, y a promover la opinión, el decoro y engrandecimiento de estas pequeñas sociedades, de cuya gloria y prosperidad está como colgada la de toda la nación. Con este objeto se ven aquí renovadas las antiguas ideas o instituciones de Castilla que tanto contribuyeron a la exaltación de sus concejos y ayuntamientos, y condenadas para siempre las destructoras máximas con que el despotismo y arbitrario gobierno de los precedentes siglos logró extinguir el espíritu público, envilecer, abatir los pueblos y reducirlos a un estado de opresión y esclavitud»¹⁵.

Los quince artículos de ese capítulo I diseñan unos ayuntamientos compuestos de alcalde, regidores y procurador síndico, presididos por

¹⁴ L. MORELL OCAÑA, *La Administración local*, Madrid, 1984, 60.

¹⁵ *Teoría de las Cortes*, en *Clásicos Asturianos del Pensamiento Político*, Junta General del Principado de Asturias, 3 vols, 1996; cita en I, 137.

el jefe político si lo hubiere (art. 309), cargos esos que serán nombrados por elección, cesando automáticamente los regidores que sirvan oficios perpetuos en los ayuntamientos (art. 312). La conveniente mutación en los cargos se asegura al disponer que los alcaldes cambien cada año, y los regidores y procuradores síndicos por mitad cada año (art. 315), no pudiendo quien desempeñe estos cargos ser reelegido en ellos hasta que transcurran dos años (art. 316), ni acceder por vez primera a ellos si se es empleado público de nombramiento regio (art. 318). Las funciones de los ayuntamientos —seguridad y orden público; beneficencia y salud; cuestiones financieras y recaudación de impuestos; educación; obras públicas, agricultura, industria y comercio— están minuciosamente descritas (art. 321), junto a la facultad de realizar la propuesta de ordenanzas municipales¹⁶. El ayuntamiento, en fin, deberá desempeñar sus funciones bajo la inspección de la Diputación provincial, a la que anualmente rendirá cuenta de las inversiones y gastos (art. 323).

La libre elección de los magistrados municipales y la imposición del jefe político como presidente de la corporación, marcan los dos polos antitéticos de la fisonomía del municipio constitucional. El ayuntamiento es así una corporación cuyos miembros conviene que sean elegidos por los vecinos en razón de la eficacia, pero donde es oportuno ese control de una autoridad política legitimada por la voluntad nacional. Resulta sumamente ilustrativo, respecto a esa polémica presidencia del *jefe político*, escuchar lo que decía en el debate un diputado costarricense llamado Castillo:

«Si las Cortes representan a la nación, los cabildos representan un pueblo determinado; con que si se teme que el rey o sus ministros influyan en las Cortes, siendo este cuerpo tan numeroso, y cuyos individuos debemos suponer que están dotados de grandes virtudes, ¡con quanta más razón es de temer que los gefes de las provincias que representan parte del poder ejecutivo hayan de influir poderosamente en los Ayuntamientos! Por tanto soy de opinión que absolutamente se prohíba que los jefes políticos presidan a los cabildos y que se conceda el honor de presidirlos exclusivamente a los alcaldes o regidor más antiguo».

Mayor trascendencia real tuvieron sin embargo los argumentos de la mayoría vencedora, a través de la réplica del Conde de Toreno:

¹⁶ Como ha señalado A. EMBID IRUJO (*Ordenanzas y reglamentos municipales en el derecho español*, Madrid, 1978, 180) la Constitución de 1812 es la única que se ocupa de las ordenanzas municipales y de su régimen de aprobación.

«El señor preopinante ha fundado todo su discurso en un principio, a mi parecer equivocado, quando ha manifestado que los Ayuntamientos eran representantes de aquellos pueblos por quienes eran nombrados. Este es un error; en la nación no hay más representación que la del Congreso nacional... Los Ayuntamientos no son más que unos agentes del poder ejecutivo para el gobierno económico de los pueblos; pero... se prefiere que estos agentes sean escogidos por sus propios vecinos, en la persuasión de que desempeñarán mejor su cargo y corresponderán a la confianza que los ha distinguido».

El régimen municipal de la Constitución de 1812 pretende un municipio que recupere la tradición nacional, pero en realidad conduce a un instituto sometido al poder ejecutivo. A tenor del análisis de Posada, su concepción del régimen local es resultante de tres influjos principales: la preocupación del tradicional municipio castellano; las condiciones ambientales del momento, y las ideas abstractas en que se genera entonces el futuro *liberalismo*, y en buena parte ya el *doctrinarismo político*¹⁷.

III. La consolidación del municipio constitucional

La reforma de las Cortes de Cádiz marcarán el futuro del municipio constitucional. Según la interpretación de Posada, cuya influencia es trascendental en el pensamiento municipalista hispánico¹⁸, «en Cádiz se suscita una organización local, con una fisonomía propia, tal y tan del tiempo, que ya no perderá jamás; antes al contrario, con el desarrollo ulterior se acentuarán sus rasgos distintivos»¹⁹. Esos rasgos serán, en opinión de tan acreditado tratadista, el reconocimiento de los núcleos locales a los que se da un régimen legal; la formación de la provincia siguiendo el modelo francés del Departamento; el establecimiento de una base electiva para la constitución de las corporaciones, y la integración de lo municipal en un sistema jerárquico y centralizado.

El régimen municipal diseñado por la Constitución de Cádiz se concretó en la *Instrucción* para el gobierno de las provincias de 23 de junio de 1813, con tres capítulos dedicados a las obligaciones y cargas

¹⁷ *Evolución legislativa del régimen local en España. 1812-1909*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, 106.

¹⁸ Sobre ello, F. ALBI, *La crisis del municipalismo*, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1966, 83 y ss.

¹⁹ *Evolución legislativa del Régimen local en España*, 107.

de los ayuntamientos, y a los jefes políticos. Más adelante, con los vuelcos absolutistas y liberales del reinado de Fernando VII, el municipio constitucional desaparece y retorna. El Real Decreto de 30 de julio de 1814 disolvió así los ayuntamientos constitucionales, mandando que recuperaran los oficios concejiles los mismos que los servían en 1808. Con signo político contrario, la *ley para el gobierno económico-político de las provincias*, de 1823, que, como ha escrito Posada, fue una verdadera *ley de régimen local*, precisó las competencias de los ayuntamientos situándolos bajo la autoridad de las Diputación provincial, mientras el alcalde —ahora con menos funciones jurisdiccionales— queda subordinado al jefe político que preside la Diputación. La *Instrucción* reafirma la línea centralista, asegurada luego por un decreto de 23 de julio de 1835 «para el arreglo provisional de los ayuntamientos del reino».

La dialéctica centralización-descentralización, autoritarismo-autonomía, había sido y seguirá siendo el eje de todas las alternativas programáticas del régimen local. En el período 1836-1843, restablecido en lo que aquí interesa el sistema gaditano, los municipios logran recuperar una cierta libertad, y el centralismo resulta menos acusado. Hito principal de esa etapa fue la Ley de Ayuntamientos de 1840, fruto de la presión del partido moderado, promulgada y suspendida el mismo año. Con su rehabilitación por un decreto de 30 de diciembre de 1843, tendrá lugar un nuevo giro conservador que reduce las atribuciones de la corporación municipal, a la que se prohíbe intervenir en «negocios políticos» e institucionaliza un alcalde a quien corresponde la formación del censo electoral y que puede ser suspendido, como el ayuntamiento en su conjunto, por el jefe político. La restauración centralista se hace más ostensible con la Ley de Ayuntamientos de 8 de enero de 1845, de corte claramente autoritario y que deja a los municipios en manos del poder central y de las minorías oligárquicas locales. El alcalde es nombrado entre los concejales por el rey o el jefe político, ejerciendo éste una función de supervisión y control del ejercicio presupuestario. Subordinado como antes el alcalde al jefe político, aquél a su vez maneja el censo electoral, donde el sufragio censitario permite que sólo sean electores los mayores contribuyentes y que sólo sean elegibles la mitad de ellos.

La preocupación autonomista rebrota en la legislación de la etapa abierta con la Revolución de 1868, que según Posada dio cabida al esquema «más sistemático y definido del régimen local en el período constitucional de nuestra historia», y en concreto en la ley municipal de 20 de agosto de 1870, donde se pretende aumentar la presencia popular, extender el derecho de sufragio y hacer intervenir a los electores en el

estudio de los presupuestos. Finalmente, con la Restauración, la ley municipal de 3 de octubre de 1877 impone un nuevo modelo que en lo fundamental habrá de mantenerse hasta fin de siglo. Sus rasgos más característicos son los siguientes. En primer lugar, la restricción del sufragio, al poder ser únicamente electores los cabezas de familia con dos años de residencia y que acrediten sólida posición económica, empleo civil o capacidad profesional y académica; y elegibles sólo aquellos que dispongan de determinada riqueza. En segundo lugar, el diseño de la figura del alcalde como delegado del gobierno, presidente del ayuntamiento y jefe de la administración municipal. El rey nombra al alcalde discrecionalmente en Madrid, y, entre los concejales, en las capitales de provincia y cabezas de partido con población superior a 6.000 habitantes. En lo relativo a la competencia de los ayuntamientos, se les atribuya «el gobierno y la dirección de los intereses peculiares de los pueblos», esto es, lo relativo al fomento, beneficencia, administración de bienes, policía urbana y rural, etc.

En la cuestión clave de la autonomía municipal, la ley de 1877 es sumamente restrictiva. El profesor Martín Retortillo²⁰ ha medido su nivel autonómico a la luz de cuatro parámetros, que arrojan un saldo más que deficiente: *sistema de tutela*, que sí existió al exigirse la aprobación de la autoridad superior para que determinados actos de los ayuntamientos se conviertan en ejecutivos; *sistema de suspensión de acuerdos municipales*, reconocido al alcalde, de oficio o a instancia de parte, y cuyo ejercicio queda en todo caso bajo el control de las autoridades superiores; *sistema de recursos*, existente ante el gobierno civil en las materias de competencia del ayuntamiento; y finalmente *posibilidad de suspensión y separación de alcaldes y concejales*, reconocida asimismo a los gobernadores civiles. Por lo demás, en los asuntos cuya competencia no había sido atribuida directamente a las corporaciones locales, el principio de jerarquía y subordinación fue inequívocamente afirmado en el artículo 179: «el Ministro de la Gobernación es el Jefe superior de los Ayuntamientos».

La Ley de 1877, como las reformas anteriores y posteriores, se proyectó sobre una vida local dominada por el caciquismo y la ignorancia de los potenciales electores. Unamuno escribiría sobre esa situación que «en Carballeda de Abajo o en Garbanzal de la Sierra, las más de las gentes no saben leer, y los que saben leer no leen apenas, y son pocas las personas que reciben periódicos... Ir a hablar allí de libertad de

²⁰ MARTÍN RETORTILLO, S. y ARGULLOL, E.: *Descentralización administrativa y organización política. I. Aproximación histórica (1812-1931)*, Madrid, 1973.

prensa resulta ridículo... Hay en España más Carballedas de Abajo o Garbanzales de la Sierra que no Barcelonas, Madriles y Zaragoza... Y como es así, el caciquismo prende que es un gusto»²¹. Hubo que sumar por tanto, a la excesiva intromisión del poder central, sancionada en el texto, la fuerza de los hechos en el acontecer cotidiano, es decir, la pura y simple imposición de esos caciques, quienes no sólo condicionaron la actividad de alcaldes y ayuntamientos, sino que rindieron además la voluntad de los gobernadores de turno. La politización electoralista, en connivencia con tales intereses caciquiles, convirtieron con lamentable frecuencia a los ayuntamientos en meros instrumentos de acción de los partidos. En las ocasiones precisas, el gobernador dictaba instrucciones a los alcaldes que, de no ser seguidas, podían acarrear la suspensión de la asamblea municipal. Bastaba para ello con utilizar la letra de la ley. «No hay Ayuntamiento, por recta y honrada que sea su administración —comentará luego el Conde de Romanones—, capaz de resistir una buena visita de inspección». Sabemos que de hecho cierta insumisa corporación fue suspendida en periodo electoral por no haber encendido todas las luces que debía.

La ley local de 1877, y la provincial de 1882 (que amplió el derecho de sufragio) fueron objeto de numerosas críticas. Un autor francés, Henri Puget, señaló que sin haber hecho un esfuerzo serio para organizar las libertades locales, esas leyes «ont trop sacrifié à l'esprit doctrinaire, à l'esprit d'unification et de centralisation»²². A ellas sucedieron múltiples proyectos de reforma que intentaron llevar a la práctica nuevas fórmulas descentralizadoras. Los más importantes de esos proyectos hasta la conclusión del siglo fueron el preparado en 1891 por el entonces subsecretario de Gobernación, Sánchez Toca, y, sobre todo, el propuesto en 1899 por Silvela, con ocasión de su ascenso al poder como presidente del Consejo de Ministros. Silvela se había propuesto «organizar...una Administración europea y culta, que restablezca nuestra vida municipal y provincial, dando bases sólidas a nuestra regeneración general administrativa y financiera»²³. Semejante programa nunca llegó a hacerse realidad. Como ha escrito Tusell, «al tratar de establecer un balance de toda esta larga serie de proyectos fallidos, una primera conclusión se impone. Que el problema de la Administración local tenía un carácter acuciante no sólo para los tratadistas se desprende

²¹ Cit. en J. TUSELL GÓMEZ-D. CHACÓN ORTIZ, *La reforma de la Administración local en España (1900-1936)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1973, 41.

²² *Le gouvernement local en Espagne*, París, 1920, 185.

²³ L. TAPIA, *Francisco Silvela, gobernante austero*, Madrid, 1970, 209.

de la misma reiteración de la presentación de proyectos, pero también resulta evidente la dificultad de aprobarlos. La mayor parte de los proyectos no fueron siquiera discutidos y desde luego no se llegó a aprobar ninguna reforma... Sin embargo de algo sirvieron todos estos proyectos. En primer lugar, los dos partidos del régimen empezaron a concordar en una serie importante de puntos... Desde esta perspectiva los proyectos de Maura, ya en el siglo XX, resultan mucho menos originales de lo que habitualmente se dice»²⁴.

Con el ocaso y término del siglo XIX puede darse por concluida, con sus virtudes y defectos, la etapa conformadora del municipio constitucional. En el juicio de un prestigioso administrativista preocupado por estas cuestiones, el balance de la convulsa historia municipal no resulta en verdad muy positivo:

«Origen e historia del régimen local español no parece estar en el poder municipal... sino más bien en la permanencia y anquilosamiento del poder socio-económico del Antiguo Régimen, consolidado por unas precipitadas desamortizaciones, con la consiguiente ruina de los pueblos, por la traumática experiencia de un Ayuntamiento revolucionario y con ejércitos *populares*, por el absoluto desprestigio de las elecciones ante el falseamiento caciquil, por la ruptura de toda evolución democrática y liberal, con la intervención de la Corona en los nombramientos de las autoridades locales»²⁵.

²⁴ *La reforma de la Administración local en España (1900-1936)*, 64.

²⁵ A. GALLEGO ANABITARTE, «Notas histórico-jurídicas sobre régimen local español (intento de revisión)», en *Actas del II Symposium. Historia de la Administración*, Madrid, 1971, 533-541; cita en 541.

A COMPARATIVE DISCUSSION OF INDIGENOUS RIGHTS UNDER CONSTITUTIONAL LAW

Aitor Esteban
University of Deusto

Summary: From *terra nullius* to Native Title. Scheduled tribes. Reserved participation. Final agreements. Legislation without consent. Rights only exist on paper. Corporations or nations? Cultural issues. Indigenous peoples versus ethnic minorities. The end of marginalisation?

If there is one usual feature of indigenous groups it is that they are not very visible, but for a few exceptions, in the societies of their respective countries, so that for the public in general they apparently have a little influence on political, economic or social dynamics. If we ask any typical citizens how many there are, they would doubtlessly tell us that they are only a few and their numbers are getting smaller. However, if we study the world map, we will realise that there are indigenous peoples in many countries and, that rather than decreasing, their population today, in absolute figures, is more numerous than one hundred years ago. Today there are an estimated 370 million indigenous people in more than 70 countries worldwide.

Obviously, the circumstances and situations of each indigenous group or nation around the world are very different, so it would be impossible to generalise about their status. To this effect, perhaps the concept that best defines them is the word «diversity». However, within this diversity, it is evident is that during the last 12 years we have been experiencing, together with an increase in their awareness and self-esteem as nations, the recognition of their rights as collectivities in the legal systems of many countries.

At the 1993 World Conference on Human Rights in Vienna, indigenous delegates displayed banners with a letter «S», fed up of official terminology referring to them as «populations», «groups» or «people» in the singular for fear of demands of the right of self-determination as interpreted under international law. Not «people» but «peoples», they pointed out, demonstrating their determination to be considered like any other nation. Again, the Permanent Forum created in 2000 was named «on indigenous issues» avoiding finally the word

«peoples»¹. Anyway, the creation of the Forum and other positive steps like ILO 169 show some progress has been made at international level.

And how has the legislation of different countries approached the existence of indigenous peoples within their territory? The first great difference we could point out is that whereas some countries have for centuries treated these peoples as different nations and signed treaties with them, which in many cases means that they still maintain a government-to-government relationship, others have hardly ever considered any other possibility except assimilation. This first kind of relationship is usually associated with countries of an Anglo-Saxon tradition although this is not always so, as the case of Australia shows.

From *terra nullius* to Native Title

Australian legal doctrine maintained that its territory was *terra nullius* when the first Europeans reached its shores. The idea was that no rights could belong to the Aborigines and Torres Strait Islanders because they simply roamed around the territory in small numbers. This theory maintained until the verdict of the famous Mabo case in 1992, when it was recognised that the emergence of the sovereignty of Australia or of a state like Queensland did not automatically mean the disappearance of pre-existing rights, by which the aborigines could have had and could have kept valid rights to their traditional territory. This right, in the Court's opinion, was under condition that it had never been validly extinguished or, to put it another way, expressly suppressed through legislation, as long as this was not contrary to federal legislation and the Constitution. To this effect, the Racial Discrimination Act of 1975 became an unsuspected ally of this doctrine by pointing out the prohibition of the law limiting the property rights of a member of any ethnic group.

In one way or another, the Mabo precedent obliged the Australian government to promote a legislative process to adapt to the verdict. The result of this was the passing of the Native Title Act in 1993 and the setting up of the National Title Tribunal in 1994.

The limits of the Native Title concept are still being defined through the jurisprudence of the courts. Today Native Title is a communal and never individual right, which is compatible with the existence of third-

¹ In spite of it, in the new website of the Forum the webmaster somehow managed to achieve their goal. In the upper side of the page you can read «we the Peoples», like in the Preamble of the charter of the UN.

party interests in the same land. Therefore, it covers a wide range of rights concerning hunting and gathering, etc. together with others such as ownership. The ruling in the Wik case established the compatibility of Native Title with the use of the land for pasture by others. But the Miriuwung-Gajerrong case, made it incompatible with the existence of a natural park, pointing out that «vesting of land in trustees for public purposes (like the national parks authority) extinguished native title». Recently (September 2002) the Martu case proved an important step by recognising to this aboriginal nation a native territory of 136,000 square kilometres, although already existing oil rights must be respected. Later however, in December 2002, the resolution of the Yorta-Yorta case has meant that the future content of the Native Title concept is doubtful. In fact, *«an essential element of title claims has been proof that the claimants have maintained connections with their land and carried out traditional practices on it since the European arrival»*, but according to many analysts and indigenous leaders the standard of proof had now been set so high that it could be impossible for future cases to meet it. It is also very true that the frightened Australian government pushed through a legislative change in the Native Title Act in 1996 «aiming to create legal certainty for governments and third parties at the expense of indigenous title». Thus, among other modifications, the States and Territories were authorised to implement the so-called “confirmation” legislation; ATSIC estimates that native title has been extinguished without judicial authority over approximately 6 per cent of Australia since the scheme for the validation of past acts was implemented (generally titles granted between 1975 and 1993).

Nevertheless, we are speaking about a legislative and judicial process of barely 10 years. I personally believe that in spite of the judicial and legislative fluctuations, the progress, although limited, has been comparatively important. We have to admit that something is happening in a country where aborigines were not included until 1967 when the electoral census was drawn up and where children were still being «stolen» until well into the 1960s, separating them from their parents by force and offering them up for adoption by non-indigenous families hundreds of miles from their place of origin².

² In 1995 under pressure from the media and groups representing the Aboriginal Peoples. The Australian government convened an investigative commission to examine claims that as many as 100,000 aboriginal children were forcibly removed from their homes and transferred to the custody of white families between 1870 and 1970. After two years sifting evidence, it was concluded that over a century Australia's government had knowingly pursued a policy of genocide with respect to the Aboriginal Peoples.

On the other hand, the creation of the Aboriginal and Torres Strait Islander Commission (ATSIC), which since 1990 has been Australia's principal democratically elected Indigenous organisation, has meant the existence of an organised and legally recognised structure that directly represents all aborigines and Torres Strait Islanders, so that it helps coordinating an Indigenous response to governments on native title and land rights legislation. Every three years Aboriginal and Torres Strait Islander people elect local representatives to a network of 35 Regional Councils around Australia.

At the same time, in some Asian countries where there had been no specific legislation until now either, new provisions have emerged unexpectedly, such as the Indigenous Peoples Rights Act of the Philippines (IPRA) in 1997³, which affects 15% of the population. Although "the rights of indigenous cultural communities to their ancestral lands", were specifically acknowledged in the 1986, post-Marcos constitution, nothing had been done to develop this point until IPRA was passed. In spite of its limitations, the text alarmed the most conservative groups in the country so much that they appealed to the Supreme Court, which in December 2000 rejected their claim when there was a tie among its members at 7 votes each. This Act created the National Commission on Indigenous Peoples, which is directly answerable to the President of the Republic and is composed of 7 representatives proposed by indigenous peoples from different regions of the country. Its main task is to grant the «Certificate of Ancestral Domain Title». Its decisions on this point can be taken before an Appeals Court. The Domain title can include «all areas generally belonging to ICCs/IPs comprising lands, inland waters, coastal areas, and natural resources therein, held under a claim of ownership, occupied or possessed by ICCs/IPs, themselves or through their ancestors, communally or individually since time immemorial. It shall include ancestral land, forests, pasture, residential, agricultural, and other lands individually owned whether alienable and disposable or otherwise, hunting grounds, burial grounds, worship areas, bodies of water, mineral and other natural resources, and lands which may no longer be exclusively occupied by ICCs/IPs but from which their traditionally had access to for their subsistence and traditional activities».

Apart from this right of ownership, the IPRA also recognises the following rights: Right to Develop Lands and Natural Resources, to negotiate the terms and conditions for the exploration of natural

³ Republic Act no. 8371.

resources, right to determine and decide priorities for development, right to stay in the territories, right in case of displacement as a result of natural catastrophes, right to regulate entry of migrants, right to safe and clean air and water, and right to self-governance. The ICCs/IPs also have the right to use their own commonly accepted justice systems, conflict resolution institutions, peace building processes or mechanisms and other customary laws and practices within their respective communities and as may be compatible with the national legal system and with internationally recognized human rights.

Vested interests, including mining corporations, have sought to cripple the IPRA. Despite its flaws, the IPRA is actually a powerful legal tool for indigenous peoples: By 1997, 117 CADCs (Certificates of Ancestral Domain title) had been issued, covering some 2.5 million hectares.

Scheduled tribes

The novelty of these ordinances does not mean that we do not find old constitutional provisions to protect indigenous peoples. This is the case in India, where in principle they were intended as provisional, more specifically for 50 years, but whole validity was then prolonged in 1999, which is not surprising if we pay attention to the international situation. The constitution contemplates the protection of the Adivasis or peoples who inhabited India even before the Arian invasions and tribal peoples of Assam and neighbouring states in Northeast India. For fear of the obligations of international rights, they are not recognised as indigenous but are called «Scheduled Tribes». The constitution differentiates between two levels of protection, and thus the Fifth Schedule creates Tribal Advisory Councils, which are used to help state governors to apply laws in indigenous areas. Unfortunately, this clause does not acknowledge communal rights to land, nor to mineral resources, nor to their consuetudinary institutions. The Sixth Schedule, however, which is applied to the tribes in the north-east, creates autonomous districts and regional councils that draw up laws concerning agricultural, livestock and residential uses of the land (although not forestry) and their traditional institutions are acknowledged in such a way that they can administer their own resources. On the other hand, the constitution recognises the right to affirmative action, among other rights, for all the scheduled tribes, reserving seats for them in the parliaments of the states and of the Union, and a quota of jobs for civil servants in the public administration and in education.

Reserved participation

New Zealand is another important case study. A fundamental document in regulating Maori and Pakeha relations is the Treaty of Waitangi, signed by most Maori tribes with the British Crown in 1840. In Aotearoa/New Zealand the Waitangi Tribunal (created in 1975 but unnoticed until 1983) investigates claims of infringements of Maori rights under this Treaty. The tribunal has earned a reputation for sound judgement and reasoned argument not only accepting a jurisprudence shaped by western custom, but interpreting concepts of justice, fairness and ownership from Maori perspectives. But it only can make recommendations and not all of them are implemented. In 1994 the government released details of its proposals for the settlement of Treaty of Waitangi claims. It was intended to provide durable, full and final settlements on an Iwi by Iwi basis. It should be mentioned that identification for Maoris is stronger with their Iwi or tribe than as a national collective. In this process, for instance, the law that gave autonomy to the Ngai Tahu tribe, the fourth in size according to number of members, was approved, making it the first Iwi to be granted legal status as such. Maori land is important for economic development but more than that, remains a cornerstone for Maori identity and a sense of continuity with the past. The Te Ture Whenua Maori Act or Maori land Act was approved in 1993. This Act, based on the Treaty of Waitangi, recognized Maori lands as an asset inherited from earlier generations, with its main purpose being to make sure that the owners of Maori land keep it so it is passed on to future generations.

An important feature of Maori representation is that there are reserved seats for Maori in Parliament. The New Zealand Parliament is unicameral and has 120 seats, seven of which currently are reserved for Maori elected on a separate Maori roll. However, Maori also may run for, and have been elected to, non-reserved seats. The number of Maori electorate seats can rise or fall depending on the number of Maori who choose to be registered on the Maori electoral roll. A change in the number of Maori seats can affect the number of General seats in the North Island. As a result, the process of re-drawing electorate boundaries cannot begin until the Maori Electoral Option has been held, every 5 years. Since 1993 the number of Maori seats has increased from 4 to 7, as more Maori have made this choice. If all Maori were enrolled on the Maori roll there would be 13 seats. The origin of these Maori seats is old: Four separate Maori electorates were established in 1867 as a temporary measure but for only five years. They stayed for 129 years,

and since 1993, Maori voters themselves have decided how many Maori electorates there will be.

This reserved participation also appears in the new Colombian constitution of 1998, establishing 5 seats in the lower house and 2 senators⁴ elected in the indigenous constituency. Another case where direct indigenous representation exists in a parliament is in Taiwan, where 8 seats out of 168 are reserved for fifty-seven aboriginal tribes.

Final agreements

But in countries with a tradition of signing treaties, there were peoples with whom it was not considered necessary to sign any kind of agreement, either because of their unwarlike nature, their geographical marginalisation or other reasons. This is the case of Northern Canada, of British Columbia and of the Totonno O'odham in Arizona. The Canadian government has recently promoted the carrying out of Final Agreements. Two have been signed until now: The Nisga'a case in 1998 and the recent Tlicho agreement⁵ standing out. This would involve reaching an out of court agreement in exchange for renouncing any other future right that might correspond to them. But is it possible for one generation to renounce the historic rights that a people have had for many generations? I believe that the question legally offers extensive scope for discussion and in no case a univocal answer. Many legal experts agree that the right of a people to their self-government and the right to decide their future can not in any way expire, because it would be an intrinsic part of the substantial content of their rights. In other words: Their right to self-determination cannot be extinguished in one single act. In Europe, any of the minorities who claim a greater degree of self-government and even their own space in Europe (the Basques, Catalans, Scots or Flemish, for instance) would consider the very idea unacceptable. As established in the final clause of the Basque Accord on Autonomy by signing an Agreement you are not renouncing to the rest of your rights, which could be claimed in the future. But I also understand that it is very easy to do this in a situation where one

⁴ Art. 171 Colombian Constitution (1998).

⁵ Signed finally on August 25th 2003. It gives the 4.000 Tlicho (also known as Dogrib) ownership of an area as big as Switzerland together with its natural resources. They will also get 152 canadian dollars in cash and their local governments will be able to make and enforce laws, collect taxes, levy royalties on mines and regulate land use, education, family law and traditional medicine.

enjoys autonomy and has one's existence as a people minimally ensured culturally. To this effect, I believe the creation of Nunavut as a Canadian territory in 1999 to be encouraging and satisfactory. Instead of setting aside a reserve Inuit⁶ it was decided to turn that area into a «Territory», a legal status only below that of a «Province», although very similar to it. The choice was difficult because voting for the land claim agreement meant they would have to exchange aboriginal rights and title to all land and water in the Nunavut Settlement Area, save for the 355,842 square kilometres of Inuit-owned land. 84.7 per cent of voters endorsed the agreement. It was the largest claims settlement in Canada in terms of financial compensation and land: \$1.1 billion to be paid out between 1993 and 2007, and 1.9 million square kilometres of land and water, including mineral rights to 35,257 square kilometres within the Inuit-owned land portion.

Canada Section 35 (1) of the Constitution Act 1982 provides: «The existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed». Constitutional recognition has meant that Aboriginal and treaty rights can only be altered or terminated by consent or by constitutional amendment. Laws contravening s 35(1) can be set aside under s 52(1) of the Constitution Act 1982. In 1990 in *Sparrow v The Queen*, the Supreme Court held that s. 35 constitutionalises at least part of the rights traditionally associated with the common law of Aboriginal title, including practices that form an integral part of an Aboriginal community's distinctive culture (in that case, sea fisheries) The 1992 Charlottetown Accord would have entrenched in the Canadian Constitution recognition of the «inherent right of self-government.» The Accord was rejected when put to a referendum in October 1992. But *The Delgamuukw Case* in 1997, following among others the *Mabo* case confirmed that aboriginal title does exist in Canada, that it's a right to the land itself —not just the right to hunt, fish or gather. And Aboriginal title is part of Aboriginal Rights, which, in contrast with the Australian case, are constitutionally protected. The decision was an encouraging turning point for treaty negotiations.

Section 25 creates an exemption to the Canadian Charter of Rights and Freedoms, to ensure that the prohibition of racial discrimination in s. 15 of the Charter is not interpreted as abrogating Aboriginal or treaty rights. It provides a shield against diminishing Aboriginal and treaty rights in situations where non-indigenous people challenge the

⁶ Inuit or Eskimo. This was possible as most inhabitants of that area are only Inuit.

special status and rights of Indigenous people as contrary to equality guarantees.

Legislation without consent

Canada is now facing a controversy about the First Nation Governance Act promoted by the Government, which has passed its first reading in Parliament. The Act says it seeks greater accountability of governments of first nations, imposing a series of minimums in electoral practices and maintains, and in some cases increases, the Minister of Indian Affairs' control and authority over First Nations, such as election appeals or financial affairs. These points coincide to a great extent with the caustic remarks made in recent years from position not in favour of aboriginal autonomy. All parties agree that the Indian Act is a major obstacle to change. Yet if this Bill is passed the Indian Act will not be derogated in many of its articles. The truth is that the project is meeting the opposition of the First Nations Assembly. Even groups like the Kairos ecumenical initiative, which is a coalition of Canadian churches, church based agencies and religious organizations dedicated to promoting human rights, and which includes for instance the conference of catholic bishops of Canada, has shown its disagreement. In my opinion, it doesn't seem that any initiative which does not enjoy a minimum consensus among those affected can be successful.

That is precisely what has happened with the Indigenous Act in México. Until 1989 México maintained an assimilationist policy through the Indigenous National Institute. It was then that it included, for the first time, in article 4 of its constitution, that the «Mexican nation has a pluri-cultural composition sustained originally on its indigenous peoples». It continues by stating that the law would protect the development of their languages, cultures, uses and customs and specific forms of social organisation. Nevertheless, no legislative development was carried out. On 1 January 1994, the Zapatista uprising in Chiapas took place. As a consequence, Congress passes a law: «Ley para el diálogo y la reconciliación en Chiapas» on 9th March 1995, which states as following:

- The Government and EZLN will negotiate an Agreement for Concordance and Pacification. Once the Agreement is signed, a Committee will be created to oversee its accomplishment.
- Guarantee the refugees they can go back to their old settlements.

- The COCOPA (Comisión de Concordia y Pacificación) is created (An ad hoc Committee of the Congress and two representatives of the Executive and Legislative bodies of Chiapas). It will coordinate with the negotiators.

After a series of confrontations, this Concord and Pacification Commission (COCOPA) was created and finally reached the San Andrés Agreements in January 1996. This important document assures these points:

- Indian Peoples should be recognized in the Federal Constitution. Autonomy will be guaranteed.
- Reorganization of administrative divides in the States, adapting them to the realities of Indigenous peoples. Autonomy model will not necessarily be the same for all Peoples in a State, their different characteristics should be acknowledged.
- Assure political representation of Indian Peoples promoting changes in electoral districts.
- Traditional Judicial systems will be recognized and validated directly by the Courts.
- Native languages will be promoted and education will be bilingual, guaranteeing literacy in the native tongue.
- Protection for Indigenous emigrants.
- Media tools (radios and so on) will be given to Indian Communities.
- Protection of sacred sites and ceremonial centers. Assure the legal use of plants and animals for ritual and religious purposes.

Based on these, COCOPA presented a bill, which was rejected by President Zedillo. The situation remained on hold until April 2001, with President Fox in office, when the parliament unilaterally approved the Act of Indigenous Rights and Culture without seeking the approval of indigenous organisations. This Act is more restrictive than the one proposed by the former Zedillo government. Especially criticised is the fact that the Indian communities are defined only as public interest bodies (entities), denying them legal status and also the right to regroup in national collectivities, and it only states that attempts will be made, although without any obligation, to adapt electoral constituencies for better indigenous representation. Moreover, it eliminates the possibility of indigenous groups being able to demarcate an autonomous territory. In spite of the evident reduction of the expectations created in 1996, it is obvious that a lot is changing. One example of this is the approval, in late 2002, of the General Act for the Language Rights of Indigenous Peoples, which recognises the right to a bilingual education and the use

of their languages in dealings with the public administration, as well as the promotion of Indian languages.

Rights only exist on paper

Latin America is an area where legal development is just starting but where it could have a strong future. In fact, indigenous groups are the majority of the population in some regions. The Quechuas, Aymaras or the different Mayas groups, with millions of persons, are predominant majorities in extensive territories. Starting in the 1990s, indigenous rights started to be recognised in constitutions. This means certain progress, unpredictable just a few years ago. Nevertheless, the big challenge for Latin America is to transfer those rights from paper into practice. Let's briefly review them.

The oldest ongoing precedent of indigenous autonomy can be found in the case of the Kunas of Panamá, who obtained an Autonomy Act in 1953 which is still in force, although the constitution does not make any mention of this situation.

The Political Constitution of Nicaragua, passed in 1987, defined the multi-ethnic and pluricultural nature of the Atlantic Coast, with Article 8 establishing that «Nicaragua is by nature multi-ethnic and an integral part of the Central American nation». The Statute of Autonomy for the Atlantic Coast, also known as Act 28, was approved the same year and recognises the right of the indigenous peoples and ethnic communities on the Atlantic Coast to elect their own bodies of regional administration, to preserve their ancestral cultures and to decide about the use and exploitation of their land and of their natural resources. In spite of its importance, the Statute of Autonomy for the Autonomous Regions has still not been developed by the National Assembly, which greatly restricts its real application.

In this situation of autonomy that existed more on paper than in reality, the Awas Tingni community of the Mayagna nation won an important victory in its legal battle against the Nicaraguan government. On 17 September 2001, the Inter-American Court of Human Rights pronounced its verdict in which it ruled that Nicaragua was violating the international law concerning human rights, by denying the community its rights to ownership, suitable legal protection and equal protection before the law. The Court considered that the legal measures applied by Nicaragua for the protection of indigenous lands were «precarious and ineffective». It ordered the Government to demarcate the traditional lands of the Awas Tingni community and to establish

new legal mechanisms to demarcate the traditional lands of all the indigenous communities in Nicaragua, which unfortunately it hasn't until now.

But perhaps the most advanced legislation in this role is in Colombia, although some recent changes have devaluated its importance. The indigenous population represents 2% of total inhabitants, but occupies 24% of its national territory. The constitution of 1990 recognises the right to collective property and orders the establishment of indigenous territories so that they form an organisational level in the state. Inside the Indigenous Territorial Entities (ETIs), custom is a source of right and a series of powers, such as development plans, land use, etc. are indicated. The forms of financing of the ETIs are also regulated. Indigenous jurisdiction to solve lawsuits in their territory is recognised, subordinated to what development law states.

Among the gains achieved in the Colombian constitution, I would like to emphasise one issue that affects indigenous nations in many other parts of the world. These refer to groups who live on both sides of the border and find serious difficulties to maintain their relationships. This is a fairly widespread situation, as demonstrated by the Totono O'odham of Arizona, who recently claimed the possibility of American nationality being given to their relatives across the border. Article 96.2 in the Colombian constitution establishes that «*The members of indigenous peoples who share border territories, by applying the principle of reciprocity in accordance with public treaties are Colombian citizens*».

In Brazil the 1988 Constitution has, for the first time, an entire chapter devoted to indigenous societies. It means an important change, although its legislative development is proving somewhat slow. Thus, for example, the Statute of the Indian is a code promulgated in 1973 regulating several aspects of the interface between indigenous societies and the rest of Brazil. It has points that are not consistent with the present Constitution but after 15 years has still not been reformed. The constitution rejects the idea of «assimilation» in such a way that it specifically protects the social organisation, customs, languages, beliefs, traditions and native rights over the lands that they have traditionally occupied. The constitutional development legislation even foresees sentences of two to six months imprisonment for those who mock or ridicule indigenous symbols or ways of behaviour.

The recognition in Article 231 that indigenous lands need not be permanently occupied is worth mentioning. For the first time, the indigenous communities can take legal action in the courts in their own name. Indigenous lands must be demarcated and are inalienable and

unavailable, and the rights to them never expire. It does not, however, recognise the right to ownership of the subsoil, whose exploitation remains in the hands of the Federal Congress instead of the government, as it had before. Indigenous lands are not yet completely regulated despite the constitutional mandate stipulating that this should be completed by 1993. Nowadays, only 2/3 of these have been duly ratified by Presidential decree, the total area of the indigenous lands being around 90 million hectares.

The Ecuadorian Constitution (1998) establishes the «right to identity» of the Indian peoples, and to the use of symbols and emblems that identify them. The peoples' authorities can pass judgment by applying consuetudinary norms and procedures (provided they are not contrary to the Constitution or to law). According to the Constitution, the «ancestral possession» of community land is inalienable, stating the right to participation in the exploitation of resources and the preservation of the traditional forms of social organisation.

Argentina⁷, Perú⁸, Bolivia⁹ and also Chile represent a series of countries which, even though they include brief references in the constitution, do not specify the exact framework of rights that might be effectively claimed. The development legislation in Chile, in my opinion the most advanced by far, through Act 19253 or the Indigenous Peoples Act (1993) grants legal status to indigenous peoples only as communities or municipalities. This means that certain rights might be recognised for an Aymara or Mapuche village, but never to the Mapuche nation as such, in spite of there being geographic continuity between the villages.

Corporations or nations?

Another issue that has fascinated some European scholars is how indigenous nations can be considered mere corporations by some legislators. Of course the most evident case is the Alaska Native Claims Settlement Act of 1971 ANCSA, which established regional and village corporations. It is true that the Alaska Federation of Natives AFN enthusiastically approved the bill by a vote of 511 delegates for, and 56 against. Alaska's

⁷ Constitution 1994 sec 75.17. Indigenous policy and aboriginal communities support Act (1985).

⁸ Constitution 1993 sec. 89 and sec. 149.

⁹ Constitution 1965 sec 171. Popular participation act 1994. Education act 1994.

68,000 Natives and 220 tribal governments, who gave up all but 44 million acres and were to receive \$1 billion dollars through ANCSA corporations, not reservations, were organized to administer the proceeds from the historical land claims settlement for Alaska Natives. These corporations are theoretically to protect native interests and encourage economic, social, and political integration, but their success has been hotly debated. The proposed justification for this method was that corporations, run by Native people, would protect the remaining lands for Native use and yet provide the means for their financial resources to prosper in America's corporate society. The potential profits derived from these corporations would then be utilized to improve the village communities from which they originated by providing financial resources to operate their local governments. But after more than 30 years the result is that most villages remain in bad condition. Inadequate infrastructure, high unemployment, underfunded tribal governments, and social problems say the economic gap among native people is becoming greater. The causes for this are varied and difficult to analyse. I understand that national governments do not operate like corporations, which are oriented towards profits, whereas national governments pursue other aims such as the social, solidary or cultural improvement of their society. In the same way, indigenous nations or groups can not be considered or operated like mere corporations. A culture, a nation is much more than just that. Moreover, I believe that the huge legal complexities this law is causing, for example about the nature and powers of native governments after the Venetie case¹⁰ in 1998, will lead to its being reviewed eventually.

Cultural issues

The Indian legal system in the United States has become a paradigm. Based in a government to government relationship, with its successes and with its mistakes, must be recognized as the one which has become the most legally developed through time, which, linked in many cases to the particularism in the situation of the different Indian nations from the legal point of view, would require much more lines to describe than we have available. In any case, I can

¹⁰ It states that: Lands held by Village Corporations or Trusts are not Indian Territory. These native governments do not have sovereign rights like other native groups in the 48 lower states.

not go on without mentioning the NAGPRA¹¹ legislation as a milestone at world levels in the field of respect for cultural, religious and human heritage. In spite of the criticism from some scientific sectors and of the excesses, at least from a European point of view, like the Kennewick Man Case¹², NAGPRA has become a fundamental reference point for future legislations.

It clarifies the right of ownership of Indian, Alaska Native, and Native Hawaiian human remains and artefacts, including funerary objects, religious artefacts, and objects of cultural patrimony, found on Federal or tribal lands. It also establishes conditions for the excavation or removal of Native American human remains or cultural artefacts, including the consent of the appropriate tribe or Native American organization and establishes notification requirements for the inadvertent discovery of Native American human remains or cultural artefacts on federal or tribal lands. There are also established criminal penalties for the sale, purchase, or transport of Native American human remains or cultural artefacts without a legal right of possession. The law directs federal agencies and museums receiving federal assistance to identify the geographic and tribal origins of human or cultural artefacts in their collections, and require the return of the remains or artefacts to the appropriate tribe or Native American organization upon request.

We should also point out that however there is another factor for concern which, in my opinion, has been socially neglected in the USA: Indigenous languages. In 2002, UNESCO published its «Atlas of World's Languages in danger of disappearing». It states:

Although some reversals of negative attitudes and policies involving Indian languages were observed in the 1970s in the United States, there was a backlash of conservatism and a strengthening of the «English only» policies in the 1980s that exacerbated the situation of the ongoing extinction of Amerindian languages (Zepeda and Hill,1991), and it is still continuing unchecked.

... there are still languages which have not been documented and are in urgent need of study before they disappear completely.

¹¹ Native American Graves Protection and Repatriation Act 1992.

It was created to protect cemeteries on federal and tribal lands, and to provide a way to return the human skeletal material and associated funerary objects in the nation's scientific and museum collections to culturally affiliated tribes.

¹² The case refers to some prehistoric human remains not connected with any modern indian tribe which could give some important clues about the early presence of people in America. Several indian tribes oppose the scientific study of the remains to the frustration of many scholars.

Each language reflects a unique world-view and culture complex, mirroring the manner in which a speech community has resolved its problems in dealing with the world, and has formulated its thinking, its system of philosophy and understanding of the world around it. With the death and disappearance of such a language, an irreplaceable unit in our knowledge and understanding of human thought and world-view is lost forever.

I believe that each and every one of the languages which are spoken in a country should be considered as part of its cultural wealth and heritage of all its inhabitants. With the disappearance of a language, we all lose, not only those who spoke it. A world that meets to discuss the need to protect biodiversity should also concern itself with cultural diversity. Some efforts have recently been made, for example the Native American Languages Act of 1992 establishing a program to support a wide range of activities aimed at ensuring the survival and continued vitality of Native American languages, although the initial programs were not implemented until 1996, or the Bilingual Education Act in 1994. But it is the social esteem which makes the difference. Even though they do not affect the scope of tribal sovereignty, the «English only» motions in California and Arizona indicate a mood not very inclined towards difference. In any case, the survival of indigenous languages does not only depend on having the right legal, economic and social prestige, but rather will finally depend on the will of the indigenous groups themselves to keep them alive.

It is precisely in the cultural field where the greatest protection is given to the rights of the Sámi of Scandinavia. In fact, the everyday use of the Sámi language is decisive in determining a person's right to be considered a Sámi under the law. Your first tongue must be Sámi or have a father, mother or grandparent who had it as first. There are now Sámi Parliaments in Finland, Norway and Sweden. Constitutional reforms in Norway have resulted in recognition of the country as bi-cultural —Norwegian and Sámi— A 1988 constitutional amendment (s. 110a) provides: It is the responsibility of the authorities of the State to create conditions enabling the Sámi people to preserve and develop its language, culture and way of life. Therefore Sámi are considered a separate people although they are Norwegian subjects. The Sámi parliament was created in 1989. In Sweden and Finland their rights are more limited, even though both have their respective Sámi Languages Act. In both cases, the Sámi parliament is chiefly a state administrative body under government jurisdiction. Its main power is to launch initiatives on Sámi issues. The main issues they deal with are Reindeer

Herding rights and hunting rights. What is certain is that there has not been extensive legislative development, although the existence of the respective parliaments enables the voice of the Sámi to be raised officially.

Indigenous peoples versus ethnic minorities

All this worldwide agitation and the tone of the contents of many of the claims means that it makes increasingly more sense to wonder about the difference between the concepts of «indigenous group» and «ethnic minority». In fact, it is terminology adapted to the world of international organisations. At the United Nations there are two completely differentiated Working Groups at the very heart of the Sub-Commission on Prevention of discrimination and Protection of Minorities. It is true that most indigenous groups agree with this because they believe it benefits them. Indeed, it is better to be a big fish in a small pond than a small fish in a big pond. Like this, they can attract international attention as leading players. Moreover, the peoples classed as «minorities» are usually perceived by the nation states as potentially dangerous for their territorial integrity, which would be harmful because the current concept of self-determination for the indigenous world is identified in most cases with self-government and not with self-determination for independence (although there are exceptions like the Nagas in India). On the other hand, propaganda becomes easier, especially among Europeans who, in general, feel attracted to the clichés around indigenous life (Pacha Mama, simple life, ecology, spirituality...). It is true that international law does not oblige anyone to define themselves as indigenous or a minority, so therefore it is logical and normal for everyone to use the classification that is most beneficial at the time. But the border between both concepts is less clear than we could think. Let's take the Basques as an example. Always considered as an ethnic minority, I'll try to demonstrate for a moment that they are also indigenous people. The Basques are a nation of 3 million people between Spain and France who, according to researchers, have lived in the same place since the Palaeolithic period, since before the invasions by Indo-European peoples. In their language, words such as «axe» or «knife» are derived from the root term meaning «stone», and there are always a considerable number of anthropologists studying them. What makes an indigenous nation? Awareness of being a group? Basques have it. Common ancestors? Without any doubt. A different language? Basque language

is quite original: Like the Zuni language, it is an isolate, not related to any other language in the world. Having a common history and an ancestral bond with the territory? No problem. Having a tribal structure? That is not an indigenous requirement. There are peoples with tribal structures, like the Kurds or the Arabs themselves in Iraq who are not considered indigenous and there are indigenous peoples, such as the Sami or many Quechuas, who are not tribal. Made up of extended families? This is not the case of the Inuit or of the Sami or the Ainu of Japan. Perhaps having arrived before other groups to the place they inhabit and then being surrounded by them? That is the case of Basque people. Keeping alive some traditional institutions? Maybe not as many as other nations, but Basques have a good number of them. Being different in lifestyle from the majority of society? Fine, that's where you've got me trapped. OK, Basques are not a Native European People. But for the same reason, perhaps we should not consider the Pequot as an indigenous group¹³, to give just one example. Well, this whole exercise does not seek to find a definition but to show that the profiles of the term «indigenous» are not as clear as they seem and that the difference between indigenous nation and ethnic minority is, nowadays, more tactical and less clear at the strict level of claims. After all, ethnic minorities and indigenous peoples share the essential: The conviction that they are and the will to continue being differentiated societies, neither above nor below the rest, who can decide about their future by themselves.

The end of marginalisation?

I mentioned earlier that one of the features of indigenous groups was that up to now they have not been present among the ruling classes of their respective countries; they were marginalized societies, elusive due to their spirit of survival, unknown by the general public of their own countries. Nonetheless, we are finding recently that pride in being indigenous is appearing and this pride is taken up even to the highest levels of the very states which have always marginalized them. Since January 2001, Floro Tunubalá has been the Governor of the Colombian

¹³ Pequots are a small tribe of Connecticut which for decades was considered vanished. Unexpectedly two families with a few far Pequot ancestors and who kept no traditional ways got federal recognition as a tribe. Nowadays they run the biggest casino in the USA.

region of Cauca. He dresses in the traditional manner of his Guambiano people as a statement of identity and collective self-esteem. Another indigenous politician, Evo Morales, stood for the presidency of the Republic of Bolivia in 2002 and finished in second place. Ten years ago, nobody would have imagined that Nina Pacari, an indigenous Quechua who takes pride in her origins and dresses in the traditional way, was to become the Minister for Foreign Affairs of the Ecuadorian Government. Moreover, this fact is even more remarkable considering that she belongs to an indigenous political party (Pachacutic), which is the political platform for the Confederation of Indigenous Nations of Ecuador (CONAIE).

This leads us to another consideration, which is that but for a few exceptions, there were no indigenous political parties until the 1980s. During the 1950s and 1960s, it could have been said that there were no Indians in Central and South America: they were simply called peasants, without any reference to their being indigenous. Once again appears the socially-excluded, distrustful Indian, whose very existence was denied. This is the period when movements on the political left tried to mobilise these groups by identifying the national question with class struggle. History tells us that that attempt failed.

Today, after having started in the 1990s, people directly identify themselves as indigenous, and many people publicly display their pride in being Indian, something unheard of just a few years ago. The US Census is a good example of this. In twenty years Native Americans have more than tripled their numbers.

And this leads us to considering about what happens with the identification that people of mixed ancestry make of themselves. It is more than well known that many indigenous people have traditionally denied their origin in order to escape social exclusion; if the collective self-esteem changes in the medium or long term, it is possible to think of a re-identification of extensive groups and even of people of mixed ancestry. Achieving these social identifications is a key factor that might mean that some indigenous collectivities could have future viability in the creation of new political structures with greater powers and scope. It is difficult to state precisely what kind of political structures these will be, but I understand that the political evolution of states as we know them nowadays is an irreversible fact. And in this new political reorganisation, indigenous peoples could find a place with representation at state and supra-state level. I am aware that this last statement might sound like science fiction, especially on the American continent, where the sovereignty of states remains firm and immutable. But to let our imagination fly. In 1978 Helene Carrere D'encausse,

wrote a book entitled «L'Empire Eclaté» «Decline of an Empire», which predicted the disappearance of the then all-powerful Soviet Union, overcome by the centrifugal force of its internal nationalities. Most considered her book to be nonsense. Nobody suspected that the Iron Curtain was to come down in 1989 and that the Soviet Union would break up as it did. In my case, I am not going to predict anything similar. But having mentioned the precedent of historical surprise, I would like to express some of my projections. I believe that the dynamics of ethnic identity is an emerging force in the modern world. The world is witnessing a revival of ethnic identities throughout the length and breadth of the world. And the indigenous world is not an exception to this phenomenon. Perhaps it is not a contradiction but rather a logical consequence that in the world of Internet and of the great languages of international communication, such as English or Spanish, people are seeking refuge in their local identity. The human being is not a number; it is in our nature to be unique. We are immersed in a society where it is possible to make immediate contact, via Internet, with anywhere on earth, but at the same time we want to know where we come from, to be distinct from the rest, not to be confused with the masses, not to be converted into clones. What is closer becomes more beautiful, and turns into a refuge from the overwhelming sameness of the global society. And difference makes you interesting in the eyes of the rest. How is it possible that the indigenous world is much more visible in the global era than it was before? You only have to take a look on the Internet to realise that the bow and arrow have been replaced by the computer mouse and screen. The number of indigenous websites and their propaganda effect is immense. Why should we be surprised? If there is something they had had to learn, and quickly, in the past centuries, it has been to adapt to new circumstances or perish. Perhaps they are not the only ones who have to adapt. Let's take a look on Europe, where we are witnessing the appearance of new political structures, which means that states are losing powers in favour of the common European institutions, while at the same time the ethnic minorities are demanding new forms of participation inside their countries and directly in the united Europe. In this way, new intermediate institutions are taking on some former state competences, thus bringing the public administration closer to the citizen, with their territorial scope corresponding to ethnic minorities in most countries. The state is being transformed, and it has no option but to adapt. I believe that Latin America, in the field of political structures, is going to find itself obliged, in the medium range, and in fact it already is at the economic level through Mercosur, for instance, to

follow this policy of union between states. And these new realities, among which I emphasise the indigenous factor (in those cases such as the Maya, Quechua or Aymara, with large populations), are going to have the opportunity, in the longer term, to find new possibilities to create unsuspected structures of self-government. I don't know the exact shape they will take, nor their exact scope, but I dare to state that they will be a fact. I am not going to hide that this process will take a long time and will have its setbacks. We have to recognise, for example, that in the midst of this indigenous effervescence it was a surprise to see that the native groups in Guatemala missed the opportunity, by 50,000 votes, to approve a constitutional reform in the 1999 referendum that had arisen out of the peace agreements in 1996. This would have meant their recognition as Maya peoples for the first time and also recognised a wide range of indigenous rights.

But if today we know about Nina Pacari, or Floro Tunabalá, Geoff Clark, or Ole Magga, it is because the new indigenous generations are better prepared than ever. The future depends on them and on their university training. Not so much in a sense/meaning of resistance, but rather of knowing that if they respond to the challenge, in each of their countries, of personally committing themselves, they will be able to lead their respective peoples out of social exclusion and regain their self-esteem. My bet is that they will achieve it.

LA DIFUSION DEL LIBERALISMO EN EL PAIS VASCO: DE LA CARTA PASTORAL DE LUIS DE BORBON (1820) A EL LIBERALISMO ES PECADO (1887)

César Gallastegui Aranzabal

Profesor encargado. Facultad de Derecho, Universidad de Deusto

Sumario: 1. El País Vasco a inicios del siglo XIX. 2. El Trienio Liberal. 2.1. La instalación del liberalismo en el poder: la Carta Pastoral de Luis de Borbón, de 15 de marzo de 1820. 2.2. Los sermones en defensa de la Constitución. 2.3. La extensión de la cultura política: los catecismos políticos. 2.4. La defensa del régimen liberal: la Milicia Nacional. 3. Primera Guerra Carlista: prensa y propaganda. 3.1. Las iniciativas liberales. 4. La construcción del Estado Liberal y la respuesta de las instituciones forales. Contrapropuesta carlista. 5. La literatura antiliberal de fin de siglo.

Sirvan estas líneas como homenaje al Profesor Lucas Verdú, vinculado durante años a la Universidad de Deusto y al País Vasco en una relación que tantos y tan buenos frutos ha dado.

En este artículo pretendemos hacer un breve repaso a algunos de los acontecimientos políticos fundamentales del siglo XIX español y su reflejo en el País Vasco, más concretamente en la producción escrita en euskera. Como es sabido, si dejamos a un lado los textos religiosos, la producción en lengua vasca es exigua. Sin embargo, alrededor de los acontecimientos decimonónicos podemos encontrar aquí y allá algunos elementos de interés en el campo de estudio elegido.

1. El País Vasco a inicios del siglo XIX

¿Cuál era la consideración que merecía la lengua vasca a inicios del XIX? A nivel ideológico se puede hablar de una politización de la cuestión lingüística desde finales del siglo precedente: la lengua, ligada al sistema foral, sufría el ataque de ciertos autores que intentaban desprestigiar el euskera para erosionar así el propio estatus político de las provincias vascas en el seno de la monarquía española.

El euskera, tachado de «jerga» o «quirigay», venía a ser prácticamente una invención, «Así en el siglo XII debió comenzar a tener forma y consistencia la lengua empezada a introducir a mediados del siglo VIII

para figurar sus naturales total independencia», escribía Traggia¹ en el *Diccionario geográfico-histórico de España* impulsado por la Real Academia de la Historia.

Este tipo de afirmaciones sobre la antigüedad y originalidad del euskera provocaron una reacción en el País Vasco de la mano de autores como Juan Antonio Mogel, Pablo Pedro Astarloa o Juan Bautista de Erro, quienes escribieron en defensa de la lengua, (publicando obras repletas de elucubraciones lingüísticas e históricas) y provocaron una corriente favorable hacia la lengua vasca. Igualmente, en esos momentos, Guillermo von Humboldt se interesó por el euskera, conoció a Astarloa y divulgó por Europa el interés por la lengua de los vascos, como lo haría medio siglo después el príncipe Bonaparte.

Sin embargo, ¿cuál era la situación real del euskera? Ciertamente no era un idioma cultivado. Escribía el ya citado Juan Antonio Moguel en 1802: «no hay en general gente más desidiosa en cultivar y perfeccionar su idioma, y así es que somos nosotros sus mayores antagonistas, exceptuados algunos pocos sujetos. Nuestra sociedad vascongada ha dormido en este ramo, y así no ha tenido el vascuence una academia ni buenos escritores que le hayan dado cultura particular. Habita como desconocido en los bosques y casas solitarias, y es más que cierto que nuestros rústicos montesinos le saben y hablan maravillosamente y sin las alteraciones que se notan en la gente que debía ser su depósito»².

Pese a ello el euskera era mayoritariamente hablado en los pueblos y en el campo, y sus capitales bilingües (nos referimos a Bizkaia y Gipuzkoa, escenarios principales del presente trabajo). Las clases altas y más cultas se inclinaban por el castellano, la lengua de los negocios y el poder. Esta es la radiografía de la situación en Irún y Lezo escrita en 1807 por el escribano real y secretario de dichos ayuntamientos, Domingo María de Errazu a requerimiento del Tribunal de Justicia de Pamplona: «el ydioma que común y ordinariamente se usa en ambos pueblos es el natibo y bulgar bascongado, que todo originario de la M.N. y M.L. Provincia de Guipuzcoa y Montañas de este Reino lo hereda y adquiere de sus Padres, por ser la primera y unica lengua que generalmente se usa y aprende desde la infancia, y aunque por lo ordinario el trato de Padres e hijos, y aun la informazion en las escuelas publicas de los primeros rudimentos suele ser

¹ *Diccionario geográfico histórico de España por la Real Academia de la Historia. Sección I. Comprehende el Reyno de Navarra, Señorío de Vizcaya y Provincias de Alava y Guipúzcoa*, II, Imprenta de la viuda de D. Joaquín Ibarra, Madrid, 1802, p. 165.

² Carta al Señor Don José de Vargas, 26 de febrero de 1802, reproducido en *Cartas y disertaciones de Don Juan Antonio Moguel sobre la lengua vascongada. Separata del Memorial histórico español. Tomo VII*. Madrid, 1854, p. 704.

en lengua natiba, y no la castellana, hai muchos padres de familias que a sus hijos los instruyen y imponen en ambos hidiomas, pero no debe servir esto de regla porque el número de gentes de esta clase es mui corto respecto al cúmulo de las demás de todo el Pais bascongado»³.

Esta situación suponía que la mayoría de la población del País Vasco necesitaba de intermediadores lingüísticos (escribanos y secretarios, receptores y traductores judiciales⁴, párrocos⁵) para relacionarse

³ Archivo General de Navarra, Procesos Pendientes, n.º 34.886, f. 10; citado en JIMENO JURIO, José María, *Navarra. Historia del euskera*, Txalaparta, Tafalla, 1997, pp. 182-183. Donostia se mantuvo bilingüe durante todo el siglo; en Bilbao la importancia del euskera disminuyó más rápidamente: en 1797 Fisher escribía en su descripción de la capital «las personas distinguidas todavía no lo han olvidado» («Descripción de Bilbao en el verano de 1797», *Estudios vizcaínos*, n.º 7 y 8, Bilbao, 1973, p. 248) y José Angel de Recacoechea y Uría dejaba en 1794 la siguiente manda: «Es mi voluntad se impongan trece mil quatrocientos reales á Censo y sobre fincas seguras para invertir en Réditos en la Fundación de doce Pláticas Doctrinales que en Bascuence se deberán explicar en la Iglesia Parroquial y Matriz del Señor Santiago de esta Villa, los días Jueves primero de cada mes, desde las tres hasta las quatro en Invierno y de quatro á cinco en Verano, pagando al Predicador que explicase las doce Pláticas Doctrinales trescientos y sesenta reales de vellón, con diez y seis reales anuales para el coste de las velas que se pondrán durante la Plática» (Archivo Histórico Provincial de Vizcaya, Legajo 3501, folio 152; citado en FEIJÓO CABALLERO, Pilar, *Bizkaia y Bilbao en tiempos de la revolución francesa*, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1991, p. 142); en cambio, en 1854 el regidor José M.^a Gortazar pide medidas al ayuntamiento en torno al euskera pues siendo las tres cuartas partes del servicio euskaldunes, en toda la Cuaresma no se ha predicado un solo sermón en euskera (Archivo Municipal de Bilbao, Actas Municipales, 1852-54, citado en AGIRREAZKUENAGA, Joseba (dir.), *Bilbao desde sus alcaldes. Diccionario biográfico de los alcaldes de Bilbao y gestión municipal, en tiempos de revolución liberal e industrial, Vol. 1: 1836-1901*, Ayuntamiento de Bilbao, Bilbao, 2002).

⁴ *La Real Provision de S.M. y Señores el Consejo. De 13 de Octubre de 1815, por la que se aprueban los Aranceles formados para los juzgados del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya, con lo demás que se contiene*, Por Eusebio de Larumbe, Bilbao, 1816 (Archivo Foral de Bizkaia, Sección Administrativa, J-1606/313); en su capítulo quinto (*De los derechos de los Intérpretes*) regula los aranceles de los intérpretes que intervengan en una causa judicial y hace referencia a los traductores de castellano a euskera: «Al Interprete de Bascuence en el caso de que el Juez contemple necesario valerse de él, se señalan dos reales vellon por cada testigo». Recuérdese la ley II del título IX del Fuero de Bizkaia, de 1526: «Con que en eleccion suya sea, si mas quisiere traer los Testigos personalmente ante el Juez, é no llevar el tal acompañado: Cá en tal caso, el Juez sea tenuto de ser presente á la examinacion de los tales Testigos: é si fueren los Testigos Vascongados que no supieren la Lengua Castellana, los examine, y tome con otro Recetor, é Intérprete».

⁵ La labor de los párrocos fue desapareciendo con la entrada del siglo XIX, después de producirse varios conflictos. MADARIAGA ORBEA, J. J., «Expresiones culturales y mentales en la Euskal Herria de los siglos XVI al XIX», *RIEV*, 46-1 (2001), pp. 276-277: «El mecanismo de intermediación socio-lingüística arriba mencionado, consistente en traducir desde el púlpito los acuerdos político-administrativos que afectaban a la comunidad frecuentemente monolingüe, entró en crisis a lo largo del siglo XVIII y se derrumbó a mediados del XIX. Cada vez se daban con más frecuencia incidentes entre los eclesiásticos y las autoridades civiles

con el poder: recibir mensajes originados en castellano o para escribir documentos públicos; además, su participación en los asuntos públicos se veía disminuida⁶.

Por otro lado, también podemos citar otras disposiciones más favorables al euskera como la de las Juntas Generales de Bizkaia, el 12 de septiembre de 1814: «Trata del método que deberá observarse en lo sucesivo en el nombramiento de dependientes. Acuerda la Junta que siempre que la Diputación tuviese que nombrar algunos dependientes por muerte, u otro cualquier motivo de los actuales, recaiga el nuevo nombramiento en Vizcaynos originarios, advirtiendo que la mitad de los tales empleados hayan de poseer el idioma vascongado para conseguir de este modo el mejor servicio del país»⁷.

Asimismo es necesario distinguir el plano escrito y el oral en este tema de las relaciones de los ciudadanos con el poder político. En lo que respecta al plano escrito, ciertamente no era habitual redactar textos en euskera, si bien son numerosos los ejemplos contrarios⁸ (desde traducciones completas hasta resúmenes o apuntes para someterlos a explicación oral⁹).

En el plano oral, en cambio, el euskera tenía mayores posibilidades de utilización (verdadera necesidad, en ocasiones) como lo demuestran los

por este motivo; los primeros consideraban este trabajo impropio de su dignidad y de la del templo, sobre todo cuando se descendía a labores de pregonero, dando cuenta de bandos sobre caza y pesca, quema de rastrojos, etc., mientras que los segundos se acogían a la tradición para conseguir que se siguiese manteniendo el servicio. Hubo enfrentamientos a causa de las publicaciones en “lengua vulgar” en 1710 en Hondarribia, en 1767 en Santa Marina de Bergara, en 1806 en Segura, etc. En 1832 el Obispo de Pamplona prohibió el mantenimiento de esta costumbre y paulatinamente fueron cesando las lecturas».

⁶ El ejemplo arquetípico es el de los alcaldes y procuradores a Juntas en Gipuzkoa y las sanciones a los apoderados vizcaínos desconocedores del castellano en Gernika. A pesar de ello, como señalaremos más adelante, numerosos testimonios nos hablan de un bilingüismo a nivel oral, que sería innecesario si todos los procuradores dominasen el castellano.

⁷ *Juntas Generales del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya celebradas en Santa María de Guernica los días 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 12 y 13 de Septiembre de 1814*, Por Francisco de San Martín, Bilbao, 1814, p. 121.

⁸ Ejemplos de documentos jurídico-administrativos redactados en euskera: ordenanzas municipales, cartas entre autoridades administrativas, proclamas y avisos (muchos de ellos desaparecidos). Una recopilación de los conocidos hasta ahora en TREBIÑO, Imanol, *Administrazio zibileko testu historikoak*, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea / Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2001.

⁹ Citemos, como ejemplo, el Convenio de Bergara, que dio fin a la Primera Guerra Carlista; sus archiconocidas cláusulas, ¿por cuántos labios habrán sido pronunciadas en euskera sin que hayan llegado a nuestro días?, ¿cuántas y cuántas explicaciones y traducciones habrá tenido? Una de ellas se puede ver en GALLASTEGI, C., LOBERA, G. eta URRUTIA, A., «Bergarako 1839ko ituna eta XIX. mendeko udal administrazioko beste testu batzuk euskaraz», *Karmel*, 4 (1999), pp. 45-52.

testimonios al respecto. A modo de ejemplo, recogemos lo que escribía Humboldt hacia 1801 sobre las Juntas Generales de Gipuzkoa: «la exposición es siempre en castellano. Sólo se explica lo dicho, cuando el asunto es importante, en vascuence a los que no saben castellano»¹⁰. Y refiriéndose a Bizkaia: «En las juntas generales mismas domina, sin embargo, una casi ilimitada libertad y un verdadero espíritu de independencia, y la presencia del corregidor no impide que cada cual diga libremente su opinión. En muchos casos también se ausenta él, y a menudo se habla en vascuence, que él no comprende. Hasta hace él mismo leer en ambos idiomas en muchos casos los memoriales en discusiones de interés general»¹¹.

Son precisamente las Juntas Generales una institución pública que nos puede dar una medida del papel del euskera en el ámbito público a lo largo del siglo¹²:

- a) a nivel escrito, aparición esporádica de documentos en euskera, fundamentalmente el discurso de apertura de las Juntas por el Corregidor, que es traducido e incorporado a las actas.
- b) a nivel oral, utilización por los apoderados en sus intervenciones del idioma elegido y posterior traducción; posibilidad de traducir informes y expedientes al euskera. Además, las actas escritas en castellano se vierten oralmente al euskera antes de ser aprobadas. Todos estos extremos aparecen regulados en los reglamentos de funcionamiento de las Juntas.
- c) en ocasiones se toman medidas relacionadas con la lengua vasca: la ya citada de que la mitad de los empleados al menos sea euskaldun, las relacionadas con enseñanza o la creación de una cátedra de vascuence...¹³

Resumiendo, el euskera mantenía una presencia limitada pero real en las instituciones del sistema foral. Más concretamente, desde estas instituciones la supervivencia y, sobre todo, la adopción de medidas favorables a la lengua vasca era posible o la adaptación de la ley española

¹⁰ HUMBOLDT, W. F. von, *Los vascos (apuntaciones sobre un viaje por el país vasco en primavera del año 1801)*, Auñamendi, Donostia, 1975, p. 51. A lo largo del siglo XIX también podemos encontrar referencias a explicaciones en euskera, como se lee en las Actas de las Juntas de 1834 (p. 68) cuando se discute el Estatuto Real.

¹¹ HUMBOLDT, W. F. von, *ibidem*, p. 161.

¹² El estudio completo sobre este tema en URRUTIA, Andrés (zuz.), *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskara: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*, Bizkaiko Batzar Nagusiak, Bilbao, 2003.

¹³ Puede leerse un resumen de este tema en HERBOSA, A., «Traducciones, declaraciones y jaculatorias. El euskera en las instituciones forales vizcaínas en el siglo XIX», *Historia contemporánea*, 7 (1992), pp. 297-310.

igualitaria. ¿Qué ofrecía el liberalismo, el nuevo régimen, en este aspecto? ¿Qué se podía esperar de un proyecto que tiende a la uniformidad?

La experiencia al otro lado de los Pirineos no podía ser esperanzadora. Iniciada la Revolución francesa en 1789, tras una etapa en que el Estado impulsó la traducción de textos jurídico-políticos en euskera con el objetivo de lograr la mayor difusión¹⁴, la situación cambió radicalmente, convirtiéndose el nuevo régimen en enemigo encarnizado de toda lengua distinta del francés (el euskera, la lengua del «fanatismo»). En España era, por tanto, previsible que la asunción de modelos franceses¹⁵ trajera a la larga la adopción de medidas contrarias a la lengua vasca (medidas que se fueron produciendo más lentamente que en Francia y a lo largo de todo el siglo en materia de educación, registro civil, notariado, derecho procesal, etc.).

Pero retomemos el hilo, y sin olvidar la situación expuesta como punto de partida, hagamos un recorrido por algunos de los acontecimientos del siglo XIX y la aparición esporádica de textos en euskera o de medidas sobre su estatus que provengan de las filas liberales, sea a modo particular o desde el poder.

2. El Trienio Liberal

2.1. *La instalación del liberalismo en el poder: la Carta Pastoral de Luis de Borbón, de 15 de marzo de 1820*

Entre 1820 y 1823 se produce un nuevo periodo liberal que recupera la Constitución de Cádiz y desarrolla su obra. El liberalismo se instala de nuevo en el poder ante la incapacidad del régimen absoluto; tres años después se extingue, falto de apoyos, pero dejando una importante huella.

¹⁴ Pueden verse algunos de esos textos en Rica ESNAOLA, Margarita, «Traduction en basque de termes politiques sous la revolution», *Anuario del Seminario de Filología Vasca «Julio de Urquijo»*, IX (1975), pp. 3-172, y SALABURU, Pello, «Frantziako iraultza garaiko euskal dokumentu batzuk», *Euskera*, xxxii-2 (1987), pp. 209-230.

¹⁵ En realidad, los Borbones, tanto en Francia como en España, ya habían tomado medidas en favor del francés y castellano, respectivamente, medidas para «extender el idioma general de la Nación para mayor armonía, y enlace recíproco» (*Real Cédula de su Magestad a consulta del Consejo, reduciendo el arancel de los derechos procesales á reales de vellon en toda la Corona de Aragón, y para que en todo el Reyno se actúe y enseñe en lengua Castellana, con otras cosas que expresa*, 1768). El estreno de los Borbones en Cataluña (Decreto de Nueva Planta, 1716) contenía disposiciones en favor del castellano en el ámbito judicial.

La sublevación iniciada en Cabezas de San Juan por Rafael Riego se extiende poco a poco y en marzo el monarca se compromete a jurar la Constitución. Se constituye una Junta Provisional Consultiva, como organismo de transición hasta la reunión de las Cortes y cuya presidencia asumió el cardenal arzobispo de Toledo Luis de Borbón.

Luis de Borbón¹⁶, tío del rey, contaba con escaso peso político, no había impulsado la rebelión pero su designación se debía al vago prestigio con que contaba entre los liberales; constituía una señal de moderación.

En esos momentos el Cardenal publicaba, con fecha de 15 de marzo de 1820, una pastoral en favor de la Constitución. Como había ocurrido unos años antes Luis de Borbón invitaba al clero y a los fieles a obedecer y acatar el régimen liberal. Este texto fue un apoyo importantísimo para los liberales: defendía la compatibilidad entre el nuevo régimen y la Iglesia, entre el liberalismo y la religión, es más, el disidente era un mal ciudadano español. Acompaña a las palabras del Cardenal, la declaración de Fernando VII de 10 de marzo.

El texto de la pastoral tuvo una gran difusión: según señala Carlos M. Rodríguez, además de su edición primigenia en Madrid, se hicieron reimpressiones a cargo de varios obispos españoles; también existe una edición ese mismo año en México.

Por lo que concierne a nuestro estudio, el texto tuvo su correspondiente edición en euskera¹⁷. En efecto, durante el mismo 1820 aparecía impreso en Bilbao¹⁸ el *Luis de Borbon, Jaungoicuaren onerichiz...*

La traducción fue obra de Vicenta de Mogel, personaje curioso de la historia de la literatura vasca. En efecto, Vicenta pertenece a una familia de literatos vascos y figura como la primera mujer destacada en la literatura vasca, en un momento en el que era extraño que una muchacha estudiase latín y adquiriese una cultura semejante¹⁹. Publicó en 1804, a los 22 años, el *Ipui Onac*, libro de fábulas inspiradas en Esopo.

¹⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ-BREA, Carlos M., *Don Luis de Borbón, el Cardenal de los liberales (1777-1823)*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002.

¹⁷ No era la primera carta pastoral que se traducía al euskera, existen versiones resumidas y textos completos de pastorales en el País vasco peninsular; en el País vasco continental se tradujo al euskera a Sanadón, obispo constitucional.

¹⁸ Puede leerse el texto completo en ALTZIBAR, Xabier, *Bizkaierazko idazle klasikoak*, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1992, pp. 339-351. Dando noticia de este texto: URQUIJO, Julio, «Notas de Bibliografía Vasca. Carta Pastoral en vascuence del Primado de las Españas», *Revista Internacional de Estudios Vascos*, XXV, 1934, pp. 678-682. No se conservan apenas ejemplares del texto en euskera, por lo que podemos aventurar que no tuvo gran repercusión.

¹⁹ Nacida en Azkoitia, donde su padre era médico, sobrina de Juan Antonio (autor de *Peru Abarka* y un personaje fundamental en las letras vascas, que ya ha aparecido citado

Sin embargo, no podemos asegurar que Vicenta sea partidaria del liberalismo, pese a la traducción del texto de Luis de Borbón. Mas bien aparece como miembro del reducido círculo vascófilo que durante esos años podemos identificar en la capital vizcaína. Otros participantes de ese círculo son Eluterio de Basozabal (su marido) o José Pablo Ulibarri (a quien corregía sus trabajos)²⁰. Además se atribuyen a Vicenta la autoría de distintos versos navideños (algunos de ellos de tendencia conservadora) y labores de traducción para la Diputación, sin que exista en este último caso prueba alguno de ello²¹.

2.2. *Los sermones en defensa de la Constitución*

Para el liberalismo era fundamental sumar apoyos entre la Iglesia²², pues en ese momento constituía la principal fuente de información para los temas públicos. Desde los púlpitos se transmitían desde antiguo las disposiciones gubernativas más importantes, según señalábamos al inicio del artículo, antes de la generalización de los pregoneros (que no podían existir en los pueblos pequeños) y boletines oficiales. Por otro

en este artículo) y hermana de Juan José Moguel (autor de varias obras en euskera y dirigente carlista). En las obras de estos dos autores, por cierto, se pueden encontrar pasajes en los que se describen instituciones jurídicas forales (como la libre designación de heredero del derecho foral vizcaíno, en Juan Antonio Moguel, muerto en 1804) o de derecho español (la pragmática sobre promesas de matrimonio dada por Carlos IV en el año 1803; Novísima Recopilación, X, 2, 18 (R.D. de 10 de abril de 1803 inserto en Pragmática de 28, en Juan José Moguel). A falta de literatura propiamente jurídica, resultan especialmente interesantes para el jurista euskaldun este tipo de pasajes. También son de gran interés los datos que aportan sobre el cultivo y el aprecio de la lengua vasca entre sus hablantes pero también de las dificultades que ponía el Estado para publicar en lengua vasca.

²⁰ José Paulo Ulibarri (1775-1847), alavés de nacimiento pero residente en Abando, ejerció varios cargos públicos tanto a nivel local como provincial, siendo apoderado en las Juntas Generales de Gernika. Ulibarri es conocido por su afición al euskera; promovió en 1815 el primer almanaque en euskera: *Egutegi eusquerascoa*, deseoso de utilizar el euskera con todos (incluso con el rey) y en toda ocasión (intentó sin éxito que del Fuero de Bizkaia se hiciera un traducción del euskera), amén de que se tomaran medidas para su fomento (educación).

²¹ ALTZIBAR, Xabier, *Ibidem*, pp. 295-310.

²² En el capítulo de conclusiones de su estudio sobre el Trienio en Gipuzkoa, Felix Llanos se pregunta, después de identificar algunos núcleos urbanos liberales: «¿Podía haber arraigado este liberalismo en las poblaciones rurales? En algunos lugares como Amézqueta o Segura hubo voluntarios entre molineros, boticarios, confiteros, cirujanos o carpinteros. Siempre dependiendo también del entusiasmo constitucional de algún clérigo local. Pero no fue el caso habitual». LLANOS ARAMBURU, Félix, *El Trienio Liberal en Guipúzcoa (1820-1823)*, Universidad de Deusto, Donostia-San Sebastián, 1998, pp. 504-505.

lado, la actitud de la iglesia fue fundamentalmente antiliberal²³, si bien se producían en ocasiones apoyos al nuevo régimen, en ocasiones forzados (haciéndoles incluso responsables de la actitud del pueblo) y en otras sinceros.

El poder obligó al clero a difundir la Constitución desde el púlpito y sus predicaciones²⁴, como consta en la R.O de 24 de abril de 1820, que más adelante recogemos. Pues bien, en este caso nos encontramos con que al menos se conserva un sermón de este tipo en euskera en los Archivos de la Casa Zabala.

Se trata de un texto en favor de la Constitución atribuido a Martín de Galarraga, presbítero, natural de Belaunza, y que fue capellán y administrador del Conde de Villafuertes²⁵. Este sacerdote sufrió al término del Trienio persecución por sus simpatías liberales.

2.3. *La extensión de la cultura política: los catecismos políticos*

a) LA EXTENSIÓN Y OBLIGATORIEDAD DE LOS CATECISMOS POLÍTICOS

Durante el Trienio, a diferencia de la primera etapa liberal, se realizaron serios esfuerzos por divulgar el nuevo orden político: sociedades patrióticas, prensa, folletos... en definitiva se pretende acrecentar la cultura política del pueblo²⁶.

A esta labor debía contribuir poderosamente el sistema educativo. En efecto, la propia Constitución de 1812, nuevamente en vigor, establecía la inclusión de la enseñanza cívica²⁷, recogida a su vez en el artículo 12 del Reglamento General de Instrucción Pública.

²³ La Iglesia se veía perjudicada con la implantación del sistema liberal: reducción del diezmo, desamortización, anulación del fuero eclesiástico... Véase, sobre la actitud del clero, RUBIO POBES, Coro, *Revolución y tradición. El País Vasco ante la Revolución liberal y la construcción del Estado español, 1808-1868*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1996.

²⁴ Véase, CARREÑO RIVERO, Myriam, *Las ideas de la oratoria sagrada como medio de educación cívica en los inicios del liberalismo español (1820-1823)*, Universidad Complutense, Madrid, 1990.

²⁵ Sobre la trayectoria de este personaje CAJAL VALERO, Arturo, «Paz y Fueros». *El Conde de Villafuertes. Guipúzcoa entre la «Constitución de Cádiz» y el Convenio de Vergara (1813-1839)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.

²⁶ Con expresiones en Gipuzkoa como las sociedades patrióticas en San Sebastián y Tolosa, o prensa como *El Liberal Guipuzcoano*.

²⁷ Señala su artículo 366: «En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles».

Para llevar a la práctica este mandato llegaron desde Madrid órdenes a las autoridades provinciales. Así, la Diputación Provincial de Gipuzkoa dirigió una circular a los ayuntamientos el 5 de mayo de 1820, recogiendo la R.O. de 24 de abril de 1820 sobre la divulgación de los principios constitucionales (donde se hablaba además la explicación de la Constitución en las escuelas, de otra más general, para los ciudadanos, explicaciones que, al menos, se produjeron en Tolosa y Bergara)²⁸.

La Diputación además de dar esas instrucciones, se ocupó, en septiembre de 1820, de la forma de divulgar la Constitución en Gipuzkoa. Para ello nombró una Comisión de Diputados para que examinasen las cartillas constitucionales²⁹ del momento, eligieran una y la adoptasen para la provincia, después de añadirle las aclaraciones oportunas. Además la cartilla adoptaría un formato bilingüe: castellano y euskera³⁰.

A continuación hablaremos de los dos textos explicativos de la Constitución en euskera que se conocen, amén de su autoría.

b) LA CARTILLA CIVIL DEL CIUDADANO ESPAÑOL CONSTITUCIONAL / ESPAÑIACO URITAR CONSTITUCIONALEN CARTILLA CIVILLA

Poco después de las gestiones de la Diputación, un particular, «el ciudadano Manzanares», remitió a la Diputación una exposición al respecto junto con varios ejemplares de una cartilla civil bilingüe publicada

²⁸ En el punto n.º 2 de esta R.O. se establecía: «En todas las escuelas de primeras letras y humanidades del reino se explicará por los maestros la Constitución de un modo claro y perceptible a la comprensión de los niños, a quienes se familiarizará con la lectura, ejercitándolos en la del mismo Código Fundamental.» En el punto n.º 1 se trataba de la explicación de la Constitución por Curas Párrocos en sus iglesias («Los Prelados diocesanos cuidarán de que todos los Curas Párrocos de la Monarquía, o los que hicieren sus veces, expliquen a sus feligreses en los domingos y días festivos la Constitución política de la Nación, como parte de sus obligaciones; manifestándoles al mismo tiempo las ventajas que acarrea á todas las clases del Estado, y rebatiendo las acusaciones calumniosas con que la ignorancia y la malignidad hayan intentado desacreditarla»), así hasta 8 puntos.

Similar es la circular del Jefe Político Interino de Bizkaia (Archivo Foral de Bizkaia, Sección Administrativa, J-00686/215).

²⁹ Sobre los catecismos políticos CAPITÁN DÍAZ, Alfonso, *Los catecismos políticos en España (1808-1822). Un intento de educación política del pueblo*, Caja General de Ahorros y Monte de Piedad, Granada, 1978; RUIZ, N.M., «El género catequístico-político», *Trienio*, n.º 26, 1995, pp. 15-65; *Catecismos políticos españoles. Arreglados a las Constituciones del Siglo XIX*, Consejería de Cultura de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1989.

³⁰ «Y que poniéndose en castellano, y al otro lado su versión en bascuence, se presente a la Diputación a fin de que después de examinada se dé a la prensa con la mira de repartir sus ejemplares en todos los pueblos en número bastante para que sirvan a la juventud en las escuelas de primeras letras.»

a sus expensas³¹. Se trata de un pequeño libro, publicado en Tolosa, que recoge las explicaciones más básicas de la doctrina constitucional. La Diputación, en una circular de 14 de noviembre, explicaba esta circunstancia e invitaba a los ayuntamientos a su uso.

Tenemos datos del grado de utilización de este texto bilingüe: dos pueblos, Plasencia y Errezil, al menos la usaron, según se desprende de los testimonios enviados por los pueblos sobre el cumplimiento de la R.O. de 24 de abril de 1820. Sin embargo, el texto más manejado en los pueblos de Gipuzkoa era el *Catecismo Político*, de D.J.C.³², obra de la que a continuación nos ocuparemos.

c) EL CATECISMO POLÍTICO/JAQUIN-BIDE IRITARAUTIA

Depositado en la biblioteca de los Capuchinos de Hondarribia reposó hasta 1987³³ un manuscrito que contenía una explicación en euskera de la Constitución de 1812 y que databa de 1820.

Anónimo (aparecían las iniciales del autor castellano y las de su traductor al euskera, como era habitual en este tipo de obras), el texto se abría con una dedicatoria a Miguel de Zumalacarreui, el hermano liberal del célebre general carlista, que en su andadura llegó a ocupar el cargo de ministro.

Este manuscrito fue publicado en forma de facsímil en 1991³⁴.

d) LA AUTORÍA DE LOS DOS CATECISMOS POLÍTICOS EN EUSKERA

A continuación queremos plantear el problema de la autoría de estas dos obras, o más bien, de la responsabilidad de su traducción al euskera.

El primer libro, el publicado en Tolosa, apareció sin expresión de su autoría («por un ciudadano amante de la Constitución y demás de la

³¹ *Cartilla civil del ciudadano español constitucional...* Tolosa, Juan Manuel de la Lama, 1820, ocupa 65 páginas.

³² Esta obra, considerada la primera obra que glosó la Constitución de Cádiz, contó con innumerables ediciones y aunque el autor había muerto en 1829 fue adaptada su obra a la Constitución de 1837 dando lugar a nuevas ediciones de la obra. En 1820 apareció en Donostia impresa en la imprenta de Ignacio Ramón Baroja.

³³ SAN MARTÍN, J., «Cadizko Konstituzioa euskaraz», *Euskera*, 1987-2, n.º 32, 1987, pp. 393-397.

³⁴ *Jaquin-bide Iritarautia Españiaco Neurquidaren edo Constitucio berriaren erara adrezatua Erritarren arguidoraco, gazteen icasbideraco eta Escola-maisuen usoraco. Erderatic Eusquerara itzulidu Apez Vicario D.D.J.J.A. Gipuztarrac. 1820n urtean*, Arar-teko, Eusko Legebiltzarra / Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991.

ilustracion del pueblo / Constitucio au, ta españiar gucien arguia, edo ulustracioa, ta batez ere gende mearena chit maite dituan batec moldatuac» se lee en su portada interior), si bien gracias a las investigaciones de Jesús de Benito conocemos las vicisitudes del ofrecimiento de la obrita por su autor a la Diputación, después de que ésta se interesara por la preparación de una obra de este tipo, y de cómo la institución guipuzcoana recomendó y ofreció ejemplares de la obra de Manzanares a los pueblos.

Sin embargo, ¿es el propio Manzanares el autor de la versión en euskera del texto? Leemos en *La Voz de Guipúzcoa* de 17 de diciembre de 1897: «Urreta fue autor de un catecismo liberal, única obra en su género que se ha escrito en el vigoroso idioma euskaro»³⁵. Este dato nos abre la posibilidad de que Urreta escribiera el texto en euskera de la Cartilla civil. Este Urreta no es otro que Juan Ignacio Urretabizkaia, párroco de Amezketa en esa época y conocido además por aparecer en los relatos de *Pernando Amezketarra*, personaje popular en el País Vasco, protagonista de mil anécdotas y cuentos.

En cuanto al texto en euskera del *Catecismo político*, las iniciales D.D.J.F.A. que nos señalan la autoría de la traducción (pues se basa en un texto español bien conocido) fueron desveladas por Angel Ibisate³⁶,

³⁵ Aparece esta frase en un artículo titulado *Cosas de la tierra: D. Juan de Urreta*, firmado por Calei-Cale (seudónimo de Eugenio Gabilondo) donde se recogen algunas notas de su vida; podemos leer sobre su labor: «Tal influjo alcanzó a tener el gran Urreta, y llegó a adquirir tal dominio sobre las gentes, liberalizando a todo el pueblo e inculcando en el ánimo de sus convecinos ideas de civilización y progreso, que para explicar en Goyeri la influencia de las nuevas ideas y la transformación radical sufrida por el pueblo amezquetano, se generalizó la frase, que se hizo célebre, de sintetizar el proceso diciendo: “Amezquetan Jaungoiko berriya eguin dute” (en Amézqueta han creado un nuevo Dios) aludiendo al espíritu que reinaba en el vecindario».

Para más datos sobre Juan Ignacio Urretabizkaia véase ZABALA, Antonio, *Karlisten leenengo gerrateko bertsoak*, Tolosa, Auspoa, 1993, 2.^a ed., pp. 171-183.

³⁶ Permítasenos una pequeña anécdota. En el verano de 1994 me ocupé de indagar sobre la autoría de esta traducción; las iniciales del personaje anónimo aparecían en la portada del manuscrito: Dr. D.D.J.F.A.; sin embargo, cuando tras varias pesquisas contacté con el Archivo Diocesano de Pamplona, la lacónica respuesta fue: «No se moleste, hace pocas fechas otra persona vino en busca de ese dato». Quien se había adelantado en la resolución del enigma era D. Angel Ibisate Lozares, bibliotecario del Seminario Diocesano de Vitoria-Gasteiz y *a posteriori* amigo. Me queda el consuelo de informarle de la autoría del texto original, Don José Caro y Sureda. Véanse sus trabajos al respecto IBISATE, A., «El original castellano del *Jaquin-bide Iritarautia* del Dr. D. J. F. A.» *Scriptorum Victoriense* 39, 1992, pp. 222-227; IBISATE, A., «El Doctor Don José Feliz Amundarain (Cegama 1755-Mutiloa 1825), autor del *Jaquin-bide Iritarautia* (1820)». *Boletín de la R.S.B.A.P. L.*, 1994-1, pp. 159-169.; y, además, SAN MARTÍN, J., «Dr. D. Jose Felix Amundarain Mujika eta Cadiz-ko Konstituzio euskaratuaz zenbait ohar». *Egan L.*, 1998, pp. 242-244.

dando a la luz el nombre de un nuevo escritor vasco: José Felix Amundarain (1755-1825).

Afortunadamente sobre Amundarain existe un estudio³⁷ donde se recogen los pormenores de su azarosa vida y algunos de los sermones en euskera³⁸ que el autor recopiló, sin éxito, para su publicación.

Los autores de este estudio se preguntan por la sinceridad del liberalismo de Amundarain, a la vista del contenido de los sermones; en ellos aparecen críticas a los últimos sucesos políticos y a la política llevada por el poder político con respecto a la Iglesia católica. Pero tal vez, reconocen, esta etapa sea un intento para evitarse problemas en los últimos años de su vida³⁹ (téngase en cuenta que Amundarain tradujo el catecismo político liberal a los 65 años y que murió pocos años después).

2.4. *La defensa del régimen liberal: la Milicia Nacional*

En el nuevo sistema militar se incluía la Milicia Nacional, la cual a nivel local era un órgano voluntario de defensa del orden constitucional⁴⁰.

Un texto fundamental es el *Reglamento provisional para la Milicia nacional*, publicado en septiembre de 1820. Pues bien, este texto normativo tuvo su correspondiente traducción al euskera, si bien hasta nuestros días no ha sido divulgado⁴¹. ¿A quién corresponde esta traducción? El texto del reglamento está acompañado de una carta en castellano y una dedicatoria en euskera al Conde de Villafuertes. He aquí el texto de la carta fechada en Segura, el 16 de noviembre de 1820, y dirigida al Jefe Político de Gipuzkoa: «La oficialidad de la Milicia Nacional local de Segura desea que sus individuos se enterasen de

³⁷ IDIAKEZ, A. *et al.*, *Jose Felix Amundarain Muxika (Zegama, 1755-Mutiloa, 1825), Goierriko Euskal idazle ezezaguna*. Goierriko Euskal Eskola Kultur Elkarte, Lazkao, 1998.

³⁸ Los 48 sermones fueron localizados por Jerardo Elortza en la biblioteca del Convento de los Benedictinos de Lazkao.

³⁹ IDIAKEZ, A. *et al.*, *ibidem*, pp. 76-80.

⁴⁰ Sobre la milicia nacional PÉREZ GARZÓN, Juan, *Milicia nacional y revolución burguesa. El prototipo madrileño (1808-1874)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1978.

⁴¹ Presentamos este texto en el XV Congreso Internacional de la Real Academia de la Lengua Vasca-Euskaltzaindia; URRUTIA A. y GALLASTEGI, C., *Euskarazko lexikogintza juridiko-administratiboa. Larramendiren eragina*, Euskaltzaindiaren Nazioarteko XV. Bil-tzarra, Bilbao, 2001, pendiente de publicación.

sus deberes, penso traducir al bascuence el reglamento remitido por las Cortes para su organizacion, al efecto se valio del celo patriotico, y talentos conocidos de D. Jose Felix de Amundarain, vicario de la Parroquia de Mutiloa, quien a las treinta horas de su embio, nos remitio la copia que incluimos a S. Creemos ser muy util a los que componen la de esta y no menos del resto de la Provincia por lo que nos tomamos la libertad de remitirsela a su S. para que de ella haga el uso que le dicte su prudencia».

Nuevamente debemos referirnos pues a José Félix de Amundarain, el vicario de ideas liberales (decimos esto ya que parece claro que Amundarain hizo por el régimen del Trienio más de lo que se le podía exigir; además lo hizo teniendo en cuenta la lengua de sus paisanos).

Una vez más el trabajo desarrollado por Amundarain quedó sin ver sus frutos. La debilidad del nuevo régimen, la falta de medios y costumbre... hicieron que este otro texto del vicario de Mutiloa quedara de nuevo sepultado entre papeles.

Y si estamos hablando de la Milicia Nacional, queremos referirnos a continuación a los voluntarios realistas, fuerzas que debían defender el absolutismo a la manera que lo había hecho la Milicia Nacional con el liberalismo, una vez que Fernando VII recuperara el poder. Curiosamente el Reglamento que preparó en 1825 la provincia de Gipuzkoa, acomodando la legislación española al sistema foral, preveía en la instrucción de los tercios, cada vez que se reunieran para la instrucción, la lectura de un capítulo de los Fueros de Gipuzkoa, y que, a continuación, se hiciera la explicación oral de su contenido en euskera⁴².

3. Primera Guerra Carlista: prensa y propaganda

3.1. *Las iniciativas liberales*

En 1833 se inicia la primera guerra carlista. Dos bandos se enfrentan con violencia en Euskal Herria. Durante esta guerra se inicia la publicación de manifiestos y proclamas por ambos bandos. Por primera vez se dirigen al pueblo hojas de contenido político, si bien se refieren generalmente a ofrecimientos a deponer las armas.

En efecto, iniciadas las hostilidades Pedro Sarsfield al mando del ejército cristino entraba en Bilbao a finales de noviembre y el día 28 la

⁴² Se puede ver este texto en la Colección de folletos digitalizados de la biblioteca Koldo Mitxelena Kulturunea (www.gipuzkoa.net/kultura/km).

Diputación dirigía una proclama bilingüe con el título *Paisanos armados de Vizcaya*, en euskera *Vizcaico erritar armadunac*⁴³. A lo largo de la guerra habrá más hojitas bilingües de este tipo⁴⁴, tanto liberales (incluidas las maniobras de Aviraneta) como carlistas.

En cuanto a la prensa, los liberales se plantearon la necesidad de divulgar sus ideas, extremo que alcanzó al euskera y que produjo que los primeros textos en euskera en la prensa aparecieran en 1834 en un periódico liberal, concretamente en *El Correo del Norte. Periódico político, literario y comercial*⁴⁵.

En febrero de 1834 el Ministerio de guerra remitía al ministro de fomento una carta pidiendo la publicación inmediata de una revista en Donostia, «cuyo principal objeto sea el desvanecer las falsas noticias que propalen los rebeldes, inspirar la justa confianza que se merece el maternal Gobierno de S.M. y la seguridad de las ventajas que todos los españoles deben con el Reynado de su augusta Hija». El secretario del Ministerio de fomento contestó afirmativamente, apelando a la urgencia del proyecto, y a su vez el Ministerio de guerra dirige una comunicación a los responsables de la Diputación de Gipuzkoa con dicho mensaje. Si bien no se conoce el resultado inmediato de estas gestiones del mes de febrero, pocas semanas después aparece *El Correo de Norte*⁴⁶, primer periódico que incluyó entre sus páginas el euskera⁴⁷. Así, en el número 18 de este periódico podemos leer la proclama *Erritar maiteac*.

Probablemente la necesidad de divulgar sus ideas de forma escrita era mucho menor en el bando carlista. Se pueden citar varias razones

⁴³ Se puede leer este texto bilingüe en ALTZIBAR, Xabier, *Ibidem*, pp. 314-315. Contiene en sus breves líneas referencias constantes a la cuestión de los fueros.

⁴⁴ Otros dos textos los publicábamos en URRUTIA, A. y LOBERA, G. (ed.), *Euskara, Zuzenbidearen hizkera*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

⁴⁵ Las noticias que vienen a continuación tomadas de FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, J., *Prensa e ideas políticas en la crisis del Antiguo Régimen (País Vasco, 1750-1840)*, Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1991, pp. 451-454, y DÍAZ NOCI, Javier, *Euskal prentsaren sorrera eta garapena (1834-1939)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1995, pp. 30-32.

⁴⁶ Véase la ficha de este periódico en DÍAZ NOCI, Javier, *Euskarazko aldizkari, egutegi eta almanaken errolda (1834-1959)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1994, p. 23.

⁴⁷ En 1848 se publicaban en el País Vasco continental *Ariel. Usca-Herrico Gaseta*, primera publicación íntegramente en euskera y el primer almanaque *Euskaldun laboariari adiskidea*; DÍAZ NOCI, Javier, *Euskal prentsaren sorrera eta garapena (1834-1939)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1995, pp. 32-35. Anteriormente, en 1843, se habían publicado textos en euskera con fines políticos en el periódico *Le Patriote Français* de Montevideo, en el marco de la Guerra Grande uruguaya; MEHATS, Claude, «Articles en basque parus en 1843, dans *Le Patriote Français* de Montevideo», *Lapurдум*, VII, 2002, pp. 247-257.

para ello: dispersión del territorio controlado, menores medios, pobreza ideológica, desprecio por la prensa, analfabetismo de sus bases... y sobre todo el apoyo del clero y otros elementos que hacían innecesaria en esos momentos la propaganda carlista entre el campesinado, ya ganado para la causa de don Carlos.

4. **La construcción del Estado Liberal y la respuesta de las instituciones forales. Contrapropuesta carlista**

Una de las novedades dentro de la etapa intermedia entre la primera guerra carlista y la supresión del régimen foral fue el desarrollo de un sistema educativo fuertemente centralizado. La educación serviría además para la propagación del castellano, postergando el uso de las otras lenguas⁴⁸. Nos referimos evidentemente a la Ley Moyano, dada en 1857, que rompía definitivamente el sistema de educación tradicional.

¿Cómo fue recibida dicha ley en el seno de las instituciones públicas vascas? Citemos solamente la postura adoptada por la Conferencia de las Tres Provincias. En la Conferencia celebrada en Vitoria-Gasteiz, el 6 de noviembre de 1857, los representantes de las tres provincias examinaron la ley de instrucción largo y tendido y decidieron elevar a la Reina un informe muy crítico por su ruptura con el sistema foral. Se oponían, en definitiva, los representantes vascos a su aplicación en el País Vasco.

Respecto a la lengua vasca señalan: «los profesores de la enseñanza primaria deben necesariamente en este país poseer el idioma vascongado» y «suprimida del círculo de la administración foral la preciosa atribución de nombrar los maestros, las escuelas se verán ocupadas por profesores extraños a la lengua y las costumbres especiales de este país»⁴⁹. Son éstas algunas de las manifestaciones del sentimiento que producía la legislación uniformizadora en el País Vasco.

⁴⁸ Para el tema educativo, véase, como resumen y fuente bibliográfica, LÓPEZ ATXURRA, Rafael, «Historia de las instituciones educativas en Euskal Herria. La enseñanza primaria en el Antiguo Régimen. Pauta para la investigación», en MIEZA, Rafael M.^a y GRACIA CÁRCAMO, Juan (ed.), *Haciendo historia. Homenaje a M.^a Jesús Larrea*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.

⁴⁹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Joseba (ed.), *La articulación político-institucional de Vasconia: Actas de las Conferencias firmadas por los representantes de Alava, Bizkaia, Gipuzkoa y eventualmente de Navarra (1775-1936)*, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1995, p. 509.

Durante la Segunda Guerra Carlista las autoridades carlistas tuvieron un gran interés por el euskera. No nos referimos a la producción de documentos, textos dirigidos al pueblo (que siguió en una dinámica parecida: manifiestos y proclamas de uno y otro bando), sino a disposiciones relativas a su estatus.

Tanto en Bizkaia como en Gipuzkoa las autoridades provinciales demostraron un verdadero interés en que el euskera tuviera su papel en la enseñanza. Restaurado el sistema foral de enseñanza (Real Orden de 3 de febrero de 1874), en Gipuzkoa se constituyó una Comisión de Instrucción Pública⁵⁰ y cuyo fruto más importante fue el Reglamento de enseñanza de 31 de diciembre de 1875. Los ambiciosos planes culminaban con la redacción de materiales educativos en euskera. Desde un año antes las Circulares pedían que en la enseñanza se incluyera el euskera.

En Bizkaia, de la misma forma, en 1875 se produjeron movimientos para fomentar el cultivo del euskera dentro del sistema educativo.

5. La literatura antiliberal de fin de siglo

Para cerrar este repaso, vamos a referirnos a la literatura política de fin de siglo. En realidad debemos constatar la inexistencia de una literatura liberal en euskera. Dejando a un lado los breves textos en prensa⁵¹, no existe obra que podamos citar ahora, a diferencia del País Vasco continental, donde nos encontramos con una división de la vida política y social en dos bandos (*xuriak / gorriak*) con múltiples reflejos en las letras vascas⁵².

Ciertamente la literatura vasca, después del eclipse de mediados de siglo, sufrió en el País vasco peninsular un renacimiento a raíz de la pérdida de los fueros, con numerosos autores y obras. Pero no abarca ese florecimiento la edición de obras de tipo contenido político. Ahora bien, sí hubo ocasión de publicar algunos títulos antiliberales, enmarcados en la política católico-integrista de fines de siglo.

⁵⁰ Entre sus miembros el sacerdote Jauregi, el cual pidió ayuda para la labor de la Comisión a Ignacio Arana, a quien más adelante haremos referencia.

⁵¹ Se puede citar (dando al término «liberal» el sentido amplio que se le atribuye en el País Vasco en esa época) los textos en euskera que aparecieron en periódicos como *El Eco de San Sebastián* o *La Unión Vascongada*, ambos publicados en Donostia a finales de siglo.

⁵² Hablamos, además de las tentativas de mediado de siglo de Chaho, de revistas como *Le Réveil Basque*, los textos publicados en otros periódicos y revistas, almanques, además de las numerosas hojitas de propaganda electoral. Sin embargo, las publicaciones *xuriak* son más numerosas según nuestros datos.

El ejemplo paradigmático de este género es la obra *El liberalismo es pecado* de Félix Sardá y Salvany⁵³. Alrededor de este título encontramos varias obras en euskera que enumeramos por orden cronológico:

- a) Se inicia la serie con el *Liberalen doctrina pecatu da*, publicado en Barcelona en 1867, traducción de la citada obra de Sardá.
- b) En Bayona se publica, en 1888, el *Bai, pecatu da liberalqueriya*, en la imprenta de L. Lasserre⁵⁴. Esta obra en dialecto guipuzcoano presenta a modo de catecismo (preguntas y respuestas) un resumen de la doctrina antiliberal, condenando explícitamente la lectura de algunos periódicos vascos (*El Noticiero* de Bilbao y *La Voz de Guipúzcoa* de Donostia).
- c) Nuevamente se publica en Barcelona, en 1891, una versión de la obra de Sardá, *El liberalismo es pecado*. Se trata de la monumental edición políglota, ocho idiomas, que incluyó, además del original, las traducciones a varios idiomas (catalán, francés, portugués, latín, italiano, alemán) y que incluyó una nueva y diferente traducción al euskera⁵⁵.

Ciertamente no hemos señalado nada sobre los responsables de la edición en euskera de estas obras. En realidad hay distintas opiniones al respecto y un verdadero baile de atribuciones de autoría⁵⁶: D.J.M. Echeverría, Gregorio Arrue Rezola, Juan Ignacio Arana... Sin embargo la consulta del resumen de los diarios del padre Arana que publicó Patxi Altuna⁵⁷ nos

⁵³ MOLINER PRADA, Antonio, *Félix Sardá i Salvany y el integrismo en la Restauración*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2000.

⁵⁴ Se recoge el texto completo en LAKARRA, Joseba A., «Bai, pecatu da liberalqueriya», *Anuario del Seminario de Filología Vasca «Julio de Urquijo»*, t. 23, n. 2 (1989), p. 663-676. También se puede ver el texto en Colección de folletos digitalizados de la biblioteca Koldo Mitxelena Kulturunea (www.gipuzkoa.net/kultura/km).

⁵⁵ SARDÁ Y SALVANY, Félix, *El liberalismo es pecado*, Barcelona, Establecimiento Tipográfico de la Hormiga de Oro. 1891. Edición políglota monumental (tamaño gran folio, 43 × 32 cm), con textos en castellano, euskera, catalán, portugués, latín, francés, italiano y alemán.

⁵⁶ Aparecen opiniones contrapuestas y confusiones varias en el artículo *Apaiz zar bat* (revista *Egan*, n.º 1-2, 1960, pp. 94-95), en Villasante (*Historia de la literatura vasca*), en Lakarra (artículo antes citado), en Urquiza (*Historia de la literatura vasca*), en Jon Bilbao (*Eusko Bibliographia*), en Onaindia (*Euskal Literatura*)...

⁵⁷ ALTUNA, Patxi (S.J.), *Aita Aranaren egunaria*, Euskaltzaindia, Bilbao, 2000. Referencias a la traducción publicada en 1891 en las páginas 197, 205, 237 y 294 del resumen de los diarios realizada por Altuna. Curiosamente podemos señalar que Arana, prolífico traductor, se embarcó en la también obra políglota *El Concilio III de Toledo*, publicada en Madrid en 1891 (incluye textos en castellano, latín, árabe, catalán, gallego, portugués y euskera).

revela a las claras que la traducción en que intervino el jesuita es la publicada en 1891.

Además debemos señalar que algunos de los autores antes citados mencionan una obra en dialecto vizcaíno del mismo tema, publicada en 1889, pero que desconocemos.

Y finalmente cerramos este resumen con otro título: la obra de Blas Pradere Arruti, *Satanasen bandera edo liberalqueriya osoro da mada-ricagarriya*, publicada en Tolosa, en 1896.

EL PACTO CON LA CORONA ¿OCASION PERDIDA U OPCION ABIERTA?

Miguel Herrero de Miñón

Uno de los muchos méritos de Pablo Lucas Verdú es el haber abanderado en el campo del derecho constitucional —incluso cuando fuera discutible la forma en que, en ocasiones, lo hiciera— un pensamiento jurídico no formalista y ello es especialmente meritorio en quien se educó en la tradición de la mejor iuspublicística italiana, depuradora, a su vez, de la germánica. Pablo Lucas conoció a fondo sus categorías, pero el magisterio personal de Mortati y el libresco de Smend le llevaron pronto a profundizar en una concepción substancial de la Constitución¹. De ahí su especial atención a la Corona y al pluralismo como elementos claves de la misma² y, dentro del pluralismo, no sólo el expresado en los derechos fundamentales sino, también, en los Derechos Históricos³.

Por ello, al rendirle merecido homenaje en lugar tan emblemático como es la Universidad de Deusto, me parece tema idóneo hacer luz sobre la Enmienda del Grupo Parlamentario Vasco n.º 689 al Proyecto de Constitución, que tan polémica fue en su día.

¿Se trató de una mera añagaza dialéctica de un nacionalismo irreductible a pautas constitucionales o, por el contrario, se trató de un intento muy serio de cancelar el contencioso vasco abierto en 1839, por no decir en 1812?

¹ A partir de su tesis doctoral en Bolonia (1950) cf. «Concepto substancial de la Constitución» en *Prontuario de Derecho Constitucional*, Granada (Comares), 1966, p. 35.

² Cf. «La Corona, elemento de la Constitución substancial española» en *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid (Univ. Complutense), 1983, p. 223.

³ «Los derechos Históricos como Constitución substancial del pueblo vasco» en *Los Derechos Históricos Vascos II*, Congreso Mundial Vasco, Oñati (IVAP) 1988, pp. 293 y ss.

¿Fue una vía irreversiblemente clausurada por el constituyente de 1978 o es una opción todavía viva?

¿Cuál pudo o puede ser aún su construcción jurídica?

1. La enmienda n.º 689 es cada vez menos tenida en cuenta por los exegetas del sistema de autogobierno vasco, hasta el punto de difuminarse, por ejemplo entre quienes han lanzado a «La Comunidad Vasca una mirada desde la historia»⁴. Y, sin embargo, es claro que está en los orígenes de la tan debatida Disposición Adicional Primera de la Constitución. La magna obra documental de Virginia Tamayo⁵, muestra, pese a su escasa simpatía por el neoforalismo, que la vía foral y la noción de Pacto con la Corona estuvo muy viva durante la transición a la democracia en las más diversas latitudes del espectro político vasco. Los «Derechos Históricos de los Territorios Forales» aparecen en el proceso constituyente como fórmula substitutiva del Pacto con la Corona, inicialmente propuesto por los nacionalistas vascos, hasta el extremo de que su constitucionalización podría resumirse en la expresión, desde el Pacto —que se propuso y no prosperó— al tracto foral —del que el «reconoce y ampara» de la vigente Adicional es residuo—.

Si, como después se ha subrayado hasta la saciedad, el pacto es la esencia de la foralidad⁶, lo que la enmienda n.º 689 pretendió fue la expresa constitucionalización de esta categoría. Categoría cuya formulación se atenúa paulatinamente hasta reducirse a la mención de los Derechos Históricos en forma tal, que debería calificarse de verdadero «compromiso apócrifo»⁷, puesto que los unos ven en ellos el reconocimiento del principio pacticio y otros la garantía unilateral de una especialidad. Esto es, el acuerdo versó sobre las palabras sin mengua del desacuerdo, siempre manifiesto, sobre su significado.

⁴ ARBIAUZA Y VILALLONGA (ed.), *La Comunidad Vasca: Una mirada desde la historia*, Bilbao (UPV) 2000.

⁵ *La autonomía vasca contemporánea. Foralidad y estatutismo 1975-1979*, San Sebastián (IVAP). 1994.

⁶ Cf. AZAOLA, «La foralidad y su actualización en el marco del ordenamiento jurídico vigente (Intento de interpretación)» *Jornadas de estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos Vascos*, San Sebastián (UPV), 1986, p. 774. Últimamente la conferencia del profesor de esta Universidad Santiago LARRÁZABAL, «La cultura del pacto en el derecho público vasco a lo largo de su historia» en *Boletín de la Academia de Derecho Vasco*, I, n.º 0, 2003, pp. 37 y ss. Cfr. ARZALLUS, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Comisión de Asuntos Constitucionales)*, de 20 de junio de 1978, p. 3.492-b.

⁷ He desarrollado, a partir de Schmitt, esa categoría en *El Valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica) 2003, p. 24.

No es ésta, sin embargo, la ocasión de examinar tales cuestiones, pero sí de esclarecer el significado que tuvo —¿y puede aún tener?— la enmienda vasca.

Su génesis remota la cuenta Michel Unzueta en un texto cuya publicación urge⁸. El año 1976 se celebró el centenario de la Ley Abolitoria de los Fueros por Cánovas del Castillo. Este evento dio lugar a una serie de actos culturales en los que participó activamente la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País. En aquellas reuniones se reencontraron, y la joven generación conoció, a una serie de personalidades que habían vivido e incluso protagonizado las reivindicaciones nacionalistas y vasquistas en general, anteriores a la guerra civil, remontándose, incluso al Mensaje de las Diputaciones Forales de 1917. En dicho mensaje unas Diputaciones claramente españolistas, tras reivindicar la reintegración foral, proponían, como sucedáneo, si aquella resultaba imposible de conseguir, un régimen de amplia autonomía. De ahí, que en las reuniones en que el PNV, tras su exclusión de la Ponencia Constitucional, acordó su estrategia en el proceso constituyente, se propuso una doble vía: el incremento de los niveles de autogobierno previstos en el Título VIII del proyecto y la reivindicación de los Derechos Históricos a incluir en una Disposición Adicional. Técnica ésta de la Adicional al texto constitucional como fórmula de distanciamiento y conexión, a la vez, que ya había sido esbozada aunque nunca concretada, por sectores nacionalistas en conversaciones dentro del equipo demócrata-cristiano en los años de oposición. Pero, al decir de Unzueta, los mantenedores de esta solución, principalmente él mismo y Federico de Zabala, senadores ambos por Vizcaya y Guipúzcoa respectivamente, no obtuvieron éxito inicial en sus propuestas. Sin embargo, Juan Ajuriaguerra forzó esta opción, según Unzueta el día antes de vencer el plazo de la presentación de las enmiendas.

Sin embargo, la génesis próxima de la enmienda n.º 689 la viví yo personalmente y he dejado testimonio escrito de ello⁹. Desde el 20 de enero de 1978 en mi propia casa y en los días sucesivos Ajuriaguerra, acompañado por Arzallus y, en ocasiones, por el propio Unzueta, me propusieron, para que transmitiera al Gobierno, como inmediatamente hice, la reivindicación de los derechos históricos no como horizonte del que la autonomía sería un sucedáneo, sino como fundamento de un futuro Estatuto que se denominaría «Carta Foral». El día 31 de enero

⁸ UNZUETA, *Recuerdos de la Transición* (manuscrito del autor).

⁹ Cf. mis *Memorias de Estío*, Madrid (Temas de Hoy), 1993, p. 160 ss.

Arzallus y yo redactamos lo que sería la enmienda 689 cuyo tenor literal es el siguiente:

«1. Se derogan las leyes de 6 al 9 de septiembre de 1837, 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, quedando, así mismo, sin efecto cuantas disposiciones resulten incompatibles con la reintegración foral.

2. Se devuelven a las regiones forales de Alava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya sus instituciones y poderes públicos originarios.

3. Se renueva el pacto foral con la Corona, manteniendo el Rey en dichos territorios los títulos y facultades que tradicionalmente hubieran venido ostentando sus antecesores.

4. Las regiones forales mencionadas que así lo decidieran podrán formar un único ámbito territorial, creando, de común acuerdo las instituciones necesarias y conservando cada una de ellas las facultades que les sean propias y considere oportuno reservarse.

5. Hasta que no se establezcan plenamente los órganos forales, el Consejo General Vasco u organismo foral competente ostentará la iniciativa y capacidad necesarias para llevar a cabo la negociación con el Gobierno de la Corona constitutiva de su régimen, funcionamiento y traspaso de facultades, cuyo resultado se someterá a referéndum popular»¹⁰.

A la hora de hacer una exégesis de este texto es preciso abstraer, de todo lo demás, el párrafo tercero al que se ciñen estas páginas. En efecto, el párrafo primero llegó a ser la Disposición Derogatoria única, 2 de la Constitución, que al final vio la luz pese a la oposición de quienes ignoraban el tenor del art. 2 del Código Civil¹¹. El párrafo segundo, interpretado en su contexto, remite a las restauraciones de órganos forales emprendidas por el propio Gobierno con el RD-L 18/1977, de 4 de mayo, y el RD 1.611/1977, de 2 de junio y, más tarde, con la democratización del foralismo navarro. Es claro, a la luz del párrafo quinto de la propia enmienda, que la devolución de los poderes originarios no podía tener más significado que el puramente simbólico, sin perjuicio de lo dicho más adelante sobre la noción de soberanía. Y los párrafos cuarto y quinto respondían a la literalidad de los RRDD-LL 1 y 2/1978, de 4 de enero, y a lo que después fue Transitoria Cuarta de la propia Constitución. Puesto que todo ello, con menor relieve retórico y, en consecuencia, menor eficacia simbólica, terminó prosperando, no parecía ser el obstáculo insalvable para aceptar la Enmienda n.º 689. La mención de Navarra tampoco podía tomarse como obstáculo, como no lo fue ni

¹⁰ Congreso de los Diputados. Proyecto de Ley. Al anteproyecto de Constitución. ENMIENDAS, pp. 274 y ss.

¹¹ Cf. *Diario de Sesiones...*, 21 de julio de 1978, p. 4.586 (Pleno).

en los RR.DD.LL. de 4 de enero, ya citados ni en la Disposición Derogatoria única, 2. La piedra de escándalo fue, sin duda, la idea del Pacto con la Corona.

¿Qué pretendían los nacionalistas vascos con tal propuesta de Pacto? Después de su fracaso y de la ruptura de las negociaciones con el PNV, se ha difundido la idea de que la enmienda vasca y las que la sucedieron eran otros tantos pretextos para no aceptar la Constitución y el propio nacionalismo ha colaborado a esta explicación meramente táctica de sus propuestas. Pero los documentos parlamentarios y paraparlamentarios revelan algo bien distinto¹² y la historia rigurosa sólo puede hacerse sobre ellos y no en juicios de intenciones y recuerdos más o menos inconcretos¹³. De acuerdo con la documentación y atendiendo a la secuencia comprobable de las fechas¹⁴ lo que entonces el nacionalismo vasco pretendió fue la legitimación, de claro anclaje en el imaginario nacionalista de una autonomía estatutaria y proporcionarle una máxima plasticidad en el Pacto con la Corona. La remisión a la historia no descalificaría así el presente al ofrecerse como horizonte permanentemente abierto —paradójicamente según ocurre con la Adicional única del EAPV— sino que lo legitimaría¹⁵. La mención de la Corona supondría la inserción en el Estado. Y la noción de Pacto daba a la fórmula garantías de estabilidad.

Sin embargo, no se entendió así. Se tabuló desde el Gobierno una supuesta oposición militar a la enmienda, nunca concretada ni comprobada, en la que, incluso, algunos dirigentes nacionalistas han terminado creyendo. Los textos del *Diario de Sesiones*, especialmente de los días 5, 8 y 9 de mayo y del 20 de junio de 1978, revelan el diálogo de sordos en que consistieron y consisten todavía las propuestas y rechazos de

¹² Cf. las reiteradas y contundentes manifestaciones de Arzallus en las sesiones de los días 5 y 9 de mayo y 20 de junio, en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso v.gr. *Diario de Sesiones* cit. p. 2.115-b). Por venir de un adversario de Arzallus tiene especial valor el testimonio de Garaikoetxea: «... en vez de apostar por la formulación de propuestas meramente testimoniales... pensamos que podría resultar más inteligente abrir una vía específica para los derechos del pueblo vasco mediante la reintegración o devolución de los derechos históricos forales... la propuesta... tenía virtudes innegables a la hora de hacer política real...» (*Euskadi. La transición inacabada. Memorias políticas*, Barcelona (Planeta) 2002, pp. 57-58).

¹³ V.gr. PECES BARBA, *La democracia en España. Experiencias y Reflexiones*, Barcelona (Temas de Hoy) 1996, p. 173, donde se remite a *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid (CEC), 1980, pp. 159 y ss.

¹⁴ Cf. mis *Memorias de Estío*, cit. pp. 162 y ss. donde se dan fechas y textos.

¹⁵ Sobre el imaginario nacionalista cf. *Diario de Sesiones* cit. pp. 2.065-a y 3.492-b; sobre la exclusión de la provisionalidad que supone la «reserva foral» cf. *Ibid.* p. 2.065-b.

las reivindicaciones nacionalistas. Y los comentaristas no les fueron a la zaga. Se consideró que la noción de hechos y derechos preexistentes a la Constitución era incompatible con la idea de ésta, a la vez que se reconocía la preexistencia de España, de sus nacionalidades y regiones (art. 2), de derechos fundamentales (art. 10), de una dinastía histórica y de sus titulaciones tradicionales (art. 56). Se tildó, en la mejor tradición del autoritarismo de Schmitt, al pacto de quiebra de la unidad estatal. Se descalificó, por arcaizante e irracional, la referencia a la Corona, a la vez que se la reconocía como símbolo estatal (art. 56) investido de lo que Espósito había calificado como «supremacía de posición»¹⁶.

Del Pacto con la Corona no se volvió a hablar y, sin embargo, la noción de «pacto» es la que late bajo la actual adicional primera, si ésta ha de ser instrumento de un verdadero «arreglo» y no expresión retórica de una mera garantía institucional¹⁷.

2. ¿Es incompatible el pacto, inherente a la tradición foral con la Constitución? El análisis jurídico de la propuesta vasca muestra, a mi entender lo contrario. Pacto y Corona tienen, sin duda, una resonancia histórica y una capacidad simbólica que no debiera menospreciarse a la hora de manipular sentimientos; pero, además resultan plenamente compatibles con la Constitución. Hay categorías y éstas son buen ejemplo de ello, que participan, no sucesiva sino simultáneamente, «Del Mito y la Razón», según defendiera entre nosotros García Pelayo, poco antes de convertirse en el más importante «condottiero» de la lucha contra las enmiendas vascas al proyecto constitucional¹⁸. Y la prudencia del político y del jurista que es verdadero jurisprudente les debe llevar a utilizar esta ambivalencia entre el mito y el logos inherente a todo símbolo¹⁹ para servir al «telos» de la Constitución que no es otro que la integración del pluralismo en la libertad. Ahora bien ¿Cómo se puede

¹⁶ Espósito «Capo delio Stato» *Enciclopedia italiana del Diritto*, pp. 226 y ss.

¹⁷ Sobre esta visión ingenua de la Adicional Primera CE cf. mi crítica en *Idea de los Derechos Históricos*, Madrid (Austral), 1991, p. 78. La experiencia canaria me ha confirmado en mi desconfianza hacia esta categoría. La Disposición Adicional Tercera CE puede configurar como una garantía institucional (cf. LÓPEZ AGUILAR, *Estado Autonomico y Hechos Diferenciales* cit. pp. 230 y ss.). Pero la interpretación dada por la STC de 62/2003, de 27 de marzo, en pro de la irrelevancia de la intervención del Parlamento Canario, demuestra la endeblez de la garantía institucional ante el unilateralismo centralista.

¹⁸ *Del Mito y de la Razón en el pensamiento político*, Madrid (Alianza), 1968 p. 30. El texto ulterior es de 1978 en *Obras Completas*, Madrid (CEC) III, p. 3.171.

¹⁹ La teoría del símbolo político está todavía sin hacer y no basta repetir a Cassirer. He tratado de esbozar una aproximación más novedosa en el *El Valor de la Constitución*, cit. pp. 98 y ss.

integrar una actitud eminentemente afectiva, como la que subyace a todo nacionalismo, que reclama reconocimiento de identidad, tanto o más aún que autogobierno, si se parte de negar la viabilidad de la aprensión de los sentimientos mediante los símbolos? ¿Acaso la propia Constitución no recurre a ellos cuando conviene a otros factores de integración (v.gr. art. 56, pero también en los arts. 3 y el 5 entre otros)?

La idea de «pacto» en efecto, es indiscutible pilar del derecho privado; pero no debiera escandalizar en el derecho público de nuestro tiempo. El derecho público puede definirse, siguiendo a Guasp²⁰, como el conjunto de relaciones orgánicas —frente a la inorganicidad propia del derecho privado— articuladas por un principio de jerarquía y al servicio de una meta trascendente. Pero nada de ello empecé, antes al contrario, que en él se recurra a fórmulas pacticias. La adhesión a la meta trascendente, la sumisión a la jerarquía que implica la organicidad, pueden ser y de hecho son, frecuentemente, fruto de una «entrega voluntaria». Así es claro que el pacto constituye la base del Derecho Internacional; pero cada vez aparece más en el derecho interno de donde fue expulsado por la mítica noción de soberanía y de su paradigmática manifestación, la ley como expresión de la voluntad general. En efecto, lo que Carré de Malberg²¹ denominó el «Estado legal» no admite pactos en su seno. Los pactos, dirá Schmitt, y reiterarán, sin duda con menor brío intelectual, muchos constituyentes españoles, desgarran la unidad estatal²². La experiencia, sin embargo, muestra lo contrario y, en consecuencia, los dogmas que no sirven para explicar la realidad están ineluctablemente avocados a ser substituidos por categorías más útiles a la hora de dar cuenta de ella. En el campo del derecho procesal, esto es, aquella rama del derecho público orientada a la satisfacción de pretensiones, emergen, cada vez con mayor fuerza, las instituciones y procedimientos arbitrales y paraarbitrales. En el derecho administrativo, el desarrollo del fomento y de las técnicas concesionales han llevado hasta la administración concertada cuya naturaleza es objeto de profundas discusiones doctrinales, pero que indudablemente supone una concertación de voluntades entre la administración y los administrados cualesquiera que sea la calificación que se haga de ésta, y cada vez se presta mayor y mejor atención a las fórmulas convencionales de terminación de los procedimientos, incluidos los recursos. Y en cuanto a

²⁰ Cf. GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, p. 459

²¹ CARRÉ DE MALBERG, *Theorie Generale de l'Etat*, Paris, 1923.

²² SCHMITT, *Teoría de la Constitución* trad. esp. Madrid (*Revista de Derecho Privado*), 1934, pp. 69 y ss.

lo que se estima núcleo del derecho público, el constitucional, la naturaleza paccionada del régimen navarro, afirmada por generaciones de foralistas, terminó siendo recibida formalmente en la LORAFNA de 1983.

Es este último extremo el que resulta de valor paradigmático puesto que supone la admisión de la categoría, antes vitanda, de «ley paccionada»²³, sin perjuicio de que la ley-pacto haya sido en la práctica un instrumento usual en el derecho administrativo de los dos últimos siglos para el otorgamiento de concesiones administrativas²⁴. En efecto, la concepción clásica de la ley la supone fruto de una voluntad unilateral e incondicionada, sea la del príncipe, sea la «voluntad general», de la cual la ley se dice es expresión. Pero ello es tan manifiestamente irreal que, desde antiguo, se distingue entre la ley formal que recibe su fuerza normativa de esta voluntad, sea la sanción real bajo el Principio Monárquico, sea la aprobación directa o indirecta del pueblo en democracia, y el contenido material de la ley. Una distinción mantenida por todos los defensores del unilateralismo del legislador, pero que, cuando atiende al contenido de la ley, no puede dejar de repetir la vieja expresión romana que Bracton popularizó en Occidente: «Lex est communis reipublicae sponsio»²⁵. La ley es un pacto y en una democracia pluralista, es decir, policrática, con mucha más razón. El reconocer que se pacta el contenido, pero que su fuerza normativa procede de una voluntad externa a quienes pactan es una mera falacia que un mínimo realismo jurídico no debería poder admitir.

Los juristas enfrentados al pactismo navarro estaban dispuestos a reconocer que el régimen del antiguo Reino había sido acordado y no podía cambiarse sin nuevo acuerdo, pero ponían énfasis en la afirmación que la fuerza normativa de la Ley de 1841 provenía de la decisión soberana de las Cortes con el Rey²⁶ y otro tanto dice la doctrina del Tribunal Constitucional. Se reconoce que el contenido es fruto de un acuerdo de voluntades, pero se sigue afirmando que su fuerza de obligar, que por ley sólo puede producirse merced a dicho acuerdo, procede de la voluntad unilateral del legislador estatal²⁷. Sin embargo,

²³ V.gr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid (Civitas) 1.ª ed. 1974, pp. 102 y ss. En las siguientes ediciones se ha suprimido significativamente el párrafo.

²⁴ Es clásico el planteamiento de G. JEZE, *Principes Généreaux de droit Administratif*, París. 1914 (desarrollado en 2.ª ed. 1925).

²⁵ Cf. MELLWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, 1947.

²⁶ Cf. los testimonios recogidos por LOPERENA en *Aproximación al régimen foral de Navarra*, Oñati, 1984, pp. 49 y ss.

²⁷ Así la S. 179/1989 relativa al Convenio Económico con Navarra. Mucho más realista el T.S. en S. de 28 de octubre de 1995 (cf. Razquin en *Revista Vasca de Administración Pública*, 46 (1996), p. 323).

como señala un ilustre adversario de la noción de pacto, García de Enterría, «los eximios foralistas navarros... han sabido mantener con extraordinaria tenacidad y han concluido por hacer valer de alguna forma en la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra de 1982 su concepción sobre los derechos forales... el fuero sería, pues, el pacto, un sistema consociacional que exige unanimidad de las partes»²⁸. En efecto, la LORAFNA, siguiendo la corriente doctrinal que arranca de José Alonso y llega a Juan Cruz Alli, en nuestros días²⁹, afirma reiteradamente el carácter paccionado del régimen foral y es esa concepción la que, primero el R.D. 121/1979, de 26 de enero, sobre reordenación de las instituciones forales, y, después y de forma contundente, la LORAFNA hace explícita. Se trata, como ha señalado lúcidamente Juan Alfonso Santamaría³⁰, de la recepción, por vía de convención constitucional, de una categoría doctrinal.

Ahora bien, si el pacto es moneda de uso corriente en nuestro derecho público e incluso se consagra en el vigente bloque de constitucionalidad del cual la LORAFNA es parte, no puede calificarse como noción incompatible con la Constitución. Y si, con razón, se reduce el contenido del fuero a esta concepción formal «que se limita a reclamar una negociación y un acuerdo entre las partes para toda decisión que altere el *statu quo*, sin prejuzgar ningún contenido material para ese necesario acuerdo»³¹, tampoco cabe excluir *a priori* ningún posible contenido a pactar. Lo que en su día denominé el paradigma navarro de los derechos históricos³² no consiste en contenido competencial alguno, sino en esas nociones, más formales que materiales, que la LORAFNA convierte en derecho positivo: el carácter originario de los derechos históricos (art. 2), la noción de pacto (art. 39,1,a/, y 64, a la luz del preámbulo) y la consiguiente inderogabilidad e interpretación unilateral de lo pactado (art. 71).

Pero en eso y no en otra cosa radicaba el sentido de la enmienda 689 de Adicional a la Constitución. El portavoz nacionalista Xabier Arzallus

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA en «Introducción» a J.I. DEL BURGO, *Introducción al Amejoramiento del Fuero (Los derechos Históricos de Navarra)*, Pamplona, 1987, p. 13 (una obra fundamental en el planteamiento moderno del pactismo navarro).

²⁹ ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes de Navarra*, Pamplona 1848 (reed., Pamplona 1964). ALLI, *Navarra, comunidad política diferenciada*, Pamplona, 1999.

³⁰ SANTAMARÍA PASTOR en MARTÍN RETORTILLO (ed.), *Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Madrid, 1992, p. 49.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Introducción», cit. p. 15.

³² Vd. mi obra *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid (Taurus), 1998, pp. 295 y ss.

lo dejó muy claro en el Congreso de los Diputados: «Somos perfectamente conscientes de que la idea de pacto produce en muchos algo así como si aquí viniéramos a discutir de tú a tú con el Estado un determinado territorio. Y sin embargo, no es así. Es simplemente la afirmación de que el Estado, el Reino, se formó de una manera determinada. Esa manera determinada que realmente daba satisfacción por lo menos a esos ámbitos del país que se vieron distorsionados unilateralmente, esa manera de integración ha de ser reproducida para que efectivamente el Estado..., a través de una fórmula de siglos, pueda encontrar un acmodo, una integración consensuada y pacífica»³³.

En resumen, el famoso pacto suponía dos cosas. Por una parte, la voluntariedad de la integración y a esa voluntariedad se reduce la soberanía originaria. El pacto, versión plástica de la «entrega voluntaria» es el símbolo de ese carácter originario del propio derecho. Por otra parte, la bilateralidad de una relación cuya inderogabilidad singular es prenda de estabilidad.

Esa y no otra fue la esencia de la interpretación nacionalista de la foralidad y ésa era la versión que de ella daban los viejos foralistas. No se trata de valorar su veracidad histórica basada, en gran medida, en los denominados «mitos historiográficos»³⁴, sino en «comprender» —y también en la aplicación al caso de esta categoría es importante la aportación doctrinal de Lucas Verdú³⁵— lo que dicha interpretación supone para un nacionalismo que, desde aquel lejano 1978, no deja de incrementar su apoyo electoral y, en consecuencia, de la necesidad de asumirla si se pretende que la Constitución sea capaz de integrarlo.

¿En qué medida —se dirá— esa reclamación de una soberanía originaria, en la que los nacionalistas no dejan de insistir al hilo de su enmienda³⁶ es compatible con la soberanía del pueblo español proclamada en la Constitución (art. 1,2 CE)?

Si la soberanía se toma en una acepción jurídica, esto es como «potestas», ya sea «summa» en una acepción clásica, ya sea como competencia de la propia competencia, ya como haz de potestades, la respuesta debe matizarse. La primera nadie la mantiene ya. En cuanto a la tercera, la práctica de la transferencia de las competencias exclusivas del Estado demuestra que no hay un núcleo irreductible de compe-

³³ *Diario de Sesiones* cit. pp. 3.494-a y ss.

³⁴ Cf. MAÑARICUA, *Historiografía de Vizcaya (desde Lope García de Salazar a Labayru)*, Bilbao, 2.ª ed. 1973.

³⁵ Cf. LUCAS VERDÚ en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 75 (1992), p. 215.

³⁶ Cf. *Diario de Sesiones*, cit. p. 3.492.

tencias protegido por la categoría de «soberanía» que el art. 1,2 CE atribuye al pueblo³⁷. La segunda acepción, única hoy mantenible, en la medida en que la competencia sobre la propia competencia se encuentra limitada por un pacto que exige el acuerdo de las partes para su aplicación y más aún para su modificación, hace de tal competencia una cocompetencia que debería denominarse cosoberanía. Tal es la interpretación hoy aceptada del pactismo navarro que nada impediría extender al caso vasco³⁸.

Un poder constituyente originario, pero autolimitado por un pacto, lo único que excluye es la decisión unilateral de una de las partes. Sin embargo, de esta noción de soberanía originaria puede deducirse la pretensión a radicar en su titular los poderes residuales, esto es, aquellos no expresamente atribuidos al Estado. Ello supondría exceptuar a la o las Comunidades Autónomas en cuestión, de las previsiones del art. 149,3 CE que atribuye al Estado las competencias no expresamente asumidas en los Estatutos de Autonomía, algo incluso hoy técnicamente posible según como se interprete la expresión «en el marco de la Constitución» de la versión vigente de la Adicional Primera³⁹. Pero que, además, en la práctica tan solo supone actualizar lo que el propio art. 149,3, primer inciso, y 150,2 CA contienen en potencia. ¿Es lógico hacer barrera insuperable de inconstitucionalidad de lo que, en realidad, es una posibilidad prevista en la Constitución cuando se habla, sin escándalo de nadie, de la subsidiaridad como «principio emergente» de alcance general?⁴⁰

Si, por el contrario, la soberanía se toma en una acepción estrictamente política, a la altura de nuestro tiempo sólo puede querer decir «identidad» del propio cuerpo político y garantía de la misma⁴¹. De ahí que las reivindicaciones soberanistas no puedan identificarse con las reivindicaciones independentistas. Y es claro que, compartida o no

³⁷ Cf. mi trabajo «La Soberanía en la Constitución: veinticinco años después» en *Ars Pacis. Homenaje al Pfr. González Campos* (en prensa).

³⁸ Así lo he desarrollado en *Derechos Históricos y Constitución* cit. pp. 308 y ss. Es bizantina la discusión sobre si el límite es paraconstitucional (del Burgo) o constitucional (Loperena) salvo que esto último se entienda como poder incondicionado del constituyente.

³⁹ *Derechos Históricos y Constitución*, cit. pp. 283 y ss. Esta es la concepción de la subsidiaridad propia del nacionalismo vasco (cf. el texto citado infra en nota 52).

⁴⁰ Así lo propuse en *El valor de la Constitución*, cit. p. 332. Cf. el libro de BANDRÉS, *El principio de subsidiaridad y la Administración local*, Madrid (*Civitas*) 1999 y mis reservas en *El Valor de la Constitución* cit. pp. 281 y ss.

⁴¹ Sobre la actualidad del planteamiento cf. las contribuciones de VON BOGDANDY, KO-RIOTH y PITCHAS en *VVDStRL* t. 62 (2002).

con la identidad española, es evidente que existe, en el imaginario de la mayoría de los vascos una identidad vasca como pueblo diferente, con personalidad política propia. ¿Como negarlo?

3. ¿Y porqué el Pacto se pretendió hacerlo con la Corona? ¿Suponía tal pretensión, como se ha repetido una y otra vez, la negación del Estado? Antes al contrario, implicaba su afirmación en términos gratos al imaginario nacionalista, que no debieran haber repugnado a las instituciones y fuerzas tenidas por conservadoras, si su idea de España fuera un poco más allá de la figura, muy respetable ciertamente, del Duque de Ahumada, y, a la vez, plenamente compatibles con la Constitución y, por lo tanto, asumibles por sus entusiastas. Si la Constitución ha de ser instrumento de integración hay que extraer de ella cuantas posibilidades pueda ofrecer de integrar a propios y extraños.

Arzallus en el texto citado lo explicó claramente: «el Estado —y otra vez el Reino, puesto que estamos en Monarquía—... pueda encontrar un acomodo, una integración consensuada y pacífica».

Porque, en efecto, si «estamos en Monarquía» —en la acepción que al «estar en» ha tematizado ampliamente el propio Lucas Verdú— si la Monarquía es de veras «la forma política del Estado» y no como se ha pretendido una mera configuración de la Jefatura del mismo⁴², la Corona es el símbolo del Estado, de su unidad y continuidad, y también *politerritorialidad*, dando a las fórmulas del art. 56,1 y 56,2 CE todo su valor existencial.

De un lado, no sólo la Corona es el órgano supremo del Estado no en términos de poder, pero sí «de posición», como ocurre con toda Jefatura del Estado parlamentario a través del derecho y la práctica comparados, sino que significa aquello que trasciende a la accidentalidad de los gobiernos inherente a la democracia y a la inevitabilidad de la parcialidad de los partidos. La Corona expresa lo permanente y general

⁴² LUCAS VERDÚ ha desarrollado una «teoría preposicional de la Constitución» (*La Constitución en la encrucijada*, Madrid (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), 1994, pp. 31 y ss.) seguida por J. Caño para la interpretación del Estatuto de Autonomía y que destaca la profundida existencial de «estar en» una institución. El 9 de mayo de 1978 decía Arzallus en la Comisión de Asuntos Constitucionales: «... cuando se introduce un régimen monárquico, si esta Monarquía es simplemente la figurita decorativa de un pastel que a la hora de comerlo se deja a un lado, eso ni es Monarquía ni es nada» (*Diario de Sesiones*, cit. p. 2.115-a). Cf. mi trabajo «Monarquía: Historia de una palabra en el constitucionalismo español» en *Homenaje al Pfr. Pérez Prendes*, (en prensa). Un ejemplo de banalización de la institución en CARRERAS, «El significado constitucional de la Monarquía parlamentaria» en TUSSEL, LARIO, PORTERO (eds.) *La Corona en la Historia de España*, Madrid (Biblioteca Nueva), 2003, pp. 216 y ss.

del Estado y, por ello, el Pacto con tal institución supone que no se pacta sólo con un gobierno o fuerza política, sin perjuicio de que sea el Gobierno quien refrende y asuma la responsabilidad de cualquier pacto como de todo acto de la Corona. «Efectivamente —decía Arzallus en el debate constituyente— cuando yo hablo de pacto con la Corona no estoy hablando de un trato directo con Su Majestad el Rey, con el que lleguemos a un arreglo de cómo solucionar las aspiraciones vascas.... He enunciado el hecho de que cuando se restaura una Monarquía, esta Monarquía puede ser perfectamente, sin que gobierne y sin que, por tanto, ostente, ni mucho menos, el poder absoluto de los reyes, sí que pueda ser con sus funciones arbitrales y representativas del gobierno, representativa, también de una estructura íntima e interna de ese Estado»⁴³.

Pero el Pacto con la Corona no es un pacto *con* el Estado, sino *en* el Estado cuya unidad e integridad el nacionalismo reconoció reiteradamente en el debate constituyente al explicar la enmienda 689⁴⁴ y al que pretendió reservar unas competencias esenciales e intransferibles, frente a lo que después ha ocurrido con la práctica y la interpretación jurisprudencial de las supuestas competencias exclusivas del art. 149,1 CE⁴⁵. Se trata, pues, de un pacto interno y no, como han pretendido tantos foralistas navarros de cuyo españolismo jamás se ha dudado, de un pacto externo sobre las pautas de un tratado internacional⁴⁶. Como en el caso navarro, se trataría de un Pacto de Estado no «inter partes» sino «supra partes», lo cual no obsta al pleno reconocimiento, como «anexa pars» —el otrora «Reino de por sí»— de un cuerpo político diferenciado. Precisamente, en la ambigüedad de la solución que, de hecho integra, pero permite diferentes interpretaciones según la sensibilidad política del intérprete, radica su mayor virtud.

De otro lado, en España, hasta el siglo XVIII, la Corona y lo mismo puede decirse de la Monarquía, cuya dimensión histórica es indeclinable en el más racionalizado de los sistemas, no expresó solamente una institucionalización del poder, sino también la unidad plural de un cuerpo político y del correspondiente ámbito espacial. José María Jover

⁴³ *Diario de Sesiones*, cit. p. 245-a.

⁴⁴ *Ibid.* pp. 2.063-b y ss.; 2.115-b; «...su solución nos ayudaría a la consolidación de la democracia, a esta formación solidaria de un Estado que, por supuesto es uno y que todos aceptamos» (p. 3.495-a) y p. 4.549 (pleno).

⁴⁵ Cf. *Diario de Sesiones*, cit. p. 2.066-a (Comisión de 5 de mayo) y p. 4.549 (Pleno de 21 de julio).

⁴⁶ V.gr. S. OLAVE en *Temas Forales*, Pamplona (Biblioteca de Derecho Foral), 1966 o Aldea. *Divulgación de los Fueros de Navarra*, Pamplona, 1971.

y, más tarde, José Antonio Maravall⁴⁷ lo han demostrado con su habitual erudición. Después, bajo la nueva dinastía, la Monarquía como forma de gobierno eclipsó la idea de Monarquía como estructura del Estado, algo que, sin embargo, siguió vivo en los territorios vascos⁴⁸. Una y otra categoría, Monarquía y Corona, expresaban la articulación, en una entidad dotada de instituciones comunes, de diferentes cuerpos políticos con personalidad propia e infungible. El art. 56,2 CE guarda las huellas de esta concepción⁴⁹, plenamente compatible con la parlamentarización de la Monarquía, según revela el constitucionalismo británico y que la enmienda 689 hubiera permitido rescatar al servicio de una España, grande porque en ella caben naciones diversas. El art. 1,3 CE recibiría, así, todo su sentido porque la «forma política del Estado» es algo más que la configuración de la Jefatura del mismo.

Los nacionalistas dejaron claro tales extremos en el debate constituyente. Primero, la politerritorialidad: «el valor especial y específico de la Corona en este momento es el constituir, precisamente, el punto de confluencia y el lazo de unión de pueblos libres que se autolimitan su soberanía, cediendo aquella parte que consideran necesaria para potenciarse a sí mismos en la unión y solidaridad de los demás»⁵⁰. Segundo, como quedó expuesto más atrás, el carácter representativo y simbólico y en manera alguna gubernamental de su concepción de la Corona. Tercero, la plurinacionalidad subyacente: «perseguimos la defensa del ser y de los derechos de una nacionalidad concreta que forma parte... del Reino»⁵¹. Foralidad y principio de las nacionalidades; unidad de la Corona y unicidad del Estado son categorías que coinciden en el planteamiento nacionalista durante las Constituyentes. «Fue la necesidad y el

⁴⁷ JOVER, «Sobre los conceptos de Monarquía y nación en el pensamiento político español del siglo XVII» *Cuadernos de Historia de España*, 1950, p. 138, y MARAVALL, *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, Madrid (ICI), Primera Serie. *Edad Media*, 1983, pp. 65 y ss. Segunda Serie. *La época del Renacimiento*, 1984, pp. 447 y ss. Esta concepción española de la Monarquía contrasta con la francesa (cf. DIEZ DEL CORRAL, *La Monarquía Hispánica en el pensamiento político europeo*, Madrid, 1975, pp. 88-89 y 538), y por eso parece ajena a la nueva dinastía borbónica; pero se conoce muy bien en Europa central y oriental, v.gr. Corona de San Wenceslao formada por los territorios de Bohemia, Silesia y Moravia o Corona de San Esteban (cf. GARCÍA PELAYO, *Del Mito...* cit. p. 38 y la bibliografía allí citada).

⁴⁸ Un testimonio autorizado de la pervivencia de esta concepción es el de PORTILLO, *Monarquía y Gobierno Provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, Madrid (CEC), 1991.

⁴⁹ Cf. GARCÍA MERCADAL, *Los títulos y la heráldica de los Reyes de España*, Barcelona (Bosch), 1995.

⁵⁰ *Diario de Sesiones*, cit. p. 2.065-b. Cf. p. 1.298.

⁵¹ *Ibid.* pp. 2.063-b y 2.064-a.

deseo de conservar nuestra identidad... la que nos llevó a llamarnos Nación... Si el sistema político foral no impidió la integración en la Corona, tampoco el principio de las nacionalidades se opone a la convivencia plurinacional en una unidad superior»⁵². Por ello, el pacto con la Corona de un determinado cuerpo político no se opone ni a otras situaciones histórico-forales y es plenamente articulable, tanto con un Estado unitario, del que el cuerpo en cuestión sería «anexa pars», ni a un federalismo asimétrico⁵³.

Así era, a la altura de su tiempo, España hasta que Felipe V tomó como botín de su victoria en un conflicto civil, las libertades de las «España Vencidas»⁵⁴ y los conflictos civiles del siglo XIX añadieron los fueros vascos —la libertad antigua de España en expresión de Cánovas— a la nómina de los vencidos. La restauración democrática y monárquica que llevó a cabo la Constitución de 1978 no estará completa ni consolidada mientras no sea capaz de integrar, mediante pacto, unas España plenas.

La historia juzgará a quienes entonces, como ahora, frustran tal plenitud.

⁵² *Ibid.* p. 2.064-a.

⁵³ *Diario de Sesiones*, cit. p. 3.492.

⁵⁴ Cf. LLUCH, *Las España vencidas del siglo XVII. Claoscuros de la Ilustración*, Barcelona (Crítica) 1999.

HACIA UN NUEVO DEMOS MUNDIAL.

Gurutz Jáuregui

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Sumario: 1. Del «gobierno» a la «gobernanza». 2. Los cuatro modelos de gobernanza. 2.1. El modelo Westfalia. 2.2. El modelo ONU. 2.3. El modelo cosmopolita. 2.4. El modelo complejo.

Como es ampliamente conocido, las democracias actuales están resultando profundamente condicionadas por el vigente proceso de globalización. Por ello resulta cada vez más difícil pretender aislar o reducir los sistemas democráticos al ámbito interno de las fronteras estatales. De ahí la necesidad de plantear el paso de un sistema de democracias estatales a otro de democracias supraestatales o incluso, de democracia global. Es lo que las más recientes teorías han denominado como el paso de los gobiernos estatales a la gobernanza mundial.

1. Del «gobierno» a la «gobernanza»

La diferencia entre ambos conceptos o términos es doble. De una parte hace referencia al propio contenido de lo que se entiende por gobierno. De la otra, al ámbito territorial en el que se desarrolla ese gobierno.

Con respecto a la primera cuestión, el concepto de «gobierno» mantiene unas connotaciones fundamentalmente jurídico-formales o institucionales. El de «gobernanza» es mucho más amplio y supone una capacidad para tomar decisiones, responder a los conflictos y gestionarlos. La gobernanza es, en definitiva, la capacidad de gobernar.

Con respecto a la segunda cuestión, el gobierno tiene como límite el ámbito territorial de un estado en concreto. La gobernanza, sin embargo, abarca a un ámbito territorial más amplio. Por ello, la distinción entre gobierno y gobernanza resulta particularmente pertinente en la presente era de la globalización. El término «relaciones internacionales» resulta demasiado exclusivista y carente de sentido en un momento como el actual en el que los estados han dejado de constituir

el único sujeto de la política internacional. La globalización está provocando la emergencia de otros muchos entes u organizaciones los cuales ejercen un protagonismo cada vez más intenso. Se trata de organizaciones de tipo, contenido, estructura y escala muy diversos pero que tienen como característica común el hecho de su influencia cada vez más creciente en el ámbito de la política o la economía mundial. Hay organizaciones de carácter mundial (ONU, OMC, Banco Mundial, UNESCO, OIT, etc.). Existen organizaciones de tipo regional (Unión Europea, Consejo de Europa, OTAN, etc.). Por su parte los gobiernos regionales y locales están incrementando su presencia internacional más allá de las fronteras estatales. Lo mismo ocurre con el desarrollo de agencias de carácter supraestatal o global cada vez más numerosas e influyentes. El sector privado ha adquirido, también, un protagonismo extraordinario a través de fórmulas diversas tales como *think-tanks*, fundaciones, agencias de control, consejos asesores, etc. A todo ello hay que añadir la extraordinaria influencia ejercida por un conjunto cada vez más amplio y heterogéneo de movimientos sociales, ONGs, etc., los cuales han inyectado un gran dinamismo innovador al conjunto de la política mundial. Todo ello ha hecho que la política y las relaciones internacionales estén dejando paso a una política y unas relaciones pura y simplemente mundiales.

Esta tupida red de nuevos organismos, estructuras y entidades está afectando de forma poderosa a los sistemas democráticos. De una parte, actualmente resulta del todo imposible plantear el desarrollo de la democracia única y exclusivamente a través de los estados. De la otra, la presencia de esos organismos internacionales no sólo no está favoreciendo el desarrollo y profundización del sistema democrático, sino que, con carácter general, está suponiendo un evidente retroceso con respecto a los niveles de democraticidad alcanzados en el seno de los estados. Un ejemplo fehaciente de ello, y no de los más desgarradores, lo encontramos en la Unión Europea, un organismo en el que sus instituciones son menos democráticas que las de cualquiera de los quince estados que la componen.

Si esto ocurre en el seno de la Unión Europea, ¿qué podemos decir de otras muchas organizaciones sobre las que no existe ningún instrumento de control o responsabilidad? La actividad de esas organizaciones no se rige por las reglas de la democracia sino por la lógica de la tecnocracia. No son los representantes elegidos por los ciudadanos, sino una pléyade de economistas, gestores, ingenieros, científicos, juristas, y todo tipo de expertos quienes deciden por los ciudadanos sin haberse sometido a ningún tipo de escrutinio democrático. Cuando fallan las políticas diseñadas y aplicadas por estos expertos y cuando sus

errores provocan consecuencias, en muchas ocasiones muy graves, sobre inmensos contingentes de población, nadie resulta responsable.

Podría alegarse que estos organismos globales o transnacionales son indirectamente representativos, en la medida en que sus diversos delegados representan a los ciudadanos de los diversos estados que componen el mundo. Nada más lejos de la realidad. En primer lugar, muchos de los estados miembros de esos organismos mantienen credenciales democráticas más que dudosas. En segundo lugar, la regla de un estado-un voto aplicada en algunas de esas organizaciones implica que, desde un punto de vista formal, Andorra y la India, o Luxemburgo y China tengan la misma capacidad de decisión. En otro orden de cosas, la existencia de miembros permanentes en el Consejo de Seguridad de la ONU y el poder de veto mantenido por cinco estados resultan del todo punto injustificables desde el punto de vista democrático.

Por otra parte, existen organismos tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial en los que una cuarta parte de sus estados miembros mantiene el control de las tres cuartas partes de los votos. Todo ello sin contar con la influencia de las grandes organizaciones y corporaciones privadas (empresas transnacionales, grandes grupos financieros, de telecomunicaciones, etc.) sobre esas instituciones. ¿Alguien se atrevería a pensar o afirmar que las reuniones anuales de Davos reflejan de verdad las aspiraciones, los intereses y la voluntad de la inmensa mayoría de los ciudadanos del mundo?

El resultado de todo ello es que, en lugar de democratizar la política exterior, lo que se está provocando es una desdemocratización de la política interior.

Al déficit democrático de las instituciones internacionales cabe añadir, como ya he señalado, la progresiva influencia política ejercida por las grandes corporaciones internacionales (empresas multinacionales, etc.). El funcionamiento de estas corporaciones constituye la quintaesencia de lo que no debe ser un sistema democrático.

La consecuencia de todo ello es bien clara. La necesidad de extender la democracia a todo ese conjunto de entes y organizaciones nuevos constituye una tarea inaplazable. Y para ello resulta imprescindible la creación de algún tipo de estructura política, de gobernanza, capaz de coordinar, reproducir, o replantear a escala global, la autoridad y los poderes de los gobiernos nacionales.

Ello plantea numerosos problemas de toda índole. De índole puramente organizativa pero también, y sobre todo, de índole democrática. Se precisa una gobernabilidad mundial, una gobernanza, es decir, una estructura capaz de suturar las actividades de los estados junto con la de los organismos intergubernamentales, las organizaciones no guber-

namentales, y los movimientos transnacionales. Una estructura en la que se combinen todos ellos, influyéndose mutuamente, para producir el sistema de gobernanza global.

Resulta imprescindible, por lo tanto, que las nuevas estructuras e instituciones emergentes se configuren de forma democrática, de modo que constituyan una fiel representación de la voluntad de los ciudadanos. Ello trae consigo dificultades inmensas. ¿Cuáles de esas organizaciones u organismos deben participar en la gobernanza global? ¿Cómo deben estructurarse los mismos? ¿Ante quién son responsables de sus actos? ¿Quién controla sus actividades? En definitiva, ¿cómo hacer posible en este nuevo complejo de instituciones y organismos la aplicación de lo que constituyen las dos reglas de oro de la democracia, a saber, el control de los gobernados sobre los gobernantes y el mutuo control entre los gobernantes? Ciclópea tarea, como puede observarse.

2. Los cuatro modelos de gobernanza

La globalización está provocando un cambio de paradigma en las formas y modelos de organización de los sistemas políticos. Parece evidente la necesidad de establecer nuevas instituciones y nuevas relaciones políticas globales, para construir, en definitiva, un nuevo orden mundial. Las cosas no están, sin embargo, nada claras, a la hora de perfilar y determinar con una cierta concreción un posible modelo futuro de gobernanza mundial.

Cabría distinguir, en tal sentido, y en mi opinión, cuatro modelos diferentes de gobernanza¹. No se trata de modelos radicalmente alternativos o antagónicos entre sí, sino de modelos a veces complementarios, ya que presentan, a menudo, aspectos o elementos comunes difícilmente distinguibles. En todo caso, creo que merece la pena establecer una tipología de los mismos, tan siquiera a efectos didácticos.

¹ Podríamos hablar, incluso, de un quinto modelo, el modelo neoliberal, asentado en el dogma de que toda la actividad humana debe supeditarse al primado de la economía global. Su característica fundamental consiste en confiar la gobernanza a la capacidad autorreguladora del emergente mercado global y reducir al máximo la presencia y la acción de las organizaciones e instituciones políticas. Se trata de un modelo posible, amén de extraordinariamente peligroso. Sin embargo no lo incluyo aquí porque considero que el mismo no tiene nada que ver con la idea de la configuración de una sociedad mundial multidimensional, policéntrica y política capaz de resolver de modo aceptable los grandes retos sociales, económicos, políticos, culturales, etc... a los que se enfrenta el mundo actual.

2.1. *El modelo Westfalia*

Es el modelo clásico. Se fundamenta en la división territorial del mundo en estados soberanos, cada uno de los cuales ostenta un poder, una soberanía exclusiva, sobre un ámbito territorial determinado.

Este orden internacional adquirió plena carta de naturaleza a partir de los Tratados de Westfalia de 1648 dando así pie a la configuración de una teoría «realista» de las relaciones internacionales basada en tres principios: 1. la configuración del orden político mundial como una sociedad de estados; 2. el establecimiento de un principio de coexistencia entre esos estados en virtud del cual se especificaban una serie de condiciones mínimas que permitirían a los mismos convivir y organizar sus asuntos propios en el orden internacional; y 3. la instauración de un sistema de regulación mutuo en el que no fuera necesaria una autoridad internacional.

De esos tres principios se derivan varias características: 1. Los estados son los únicos entes a los que se les reconoce la condición de sujetos de derecho internacional; 2. No existe ningún legislador internacional capaz de dictar normas válidas para todos. El único derecho internacional válido es el producido por los propios estados a través de tratados bilaterales o multilaterales; 3. No existe una autoridad jurisdiccional de orden internacional con poder para identificar y en su caso castigar las posibles violaciones del derecho internacional; 4. La soberanía de los estados es absoluta e incondicional en el ámbito interno, y en el ámbito externo se halla limitada exclusivamente por los tratados o acuerdos suscritos con otros estados; 5. Todos los estados son formalmente iguales. Las desigualdades reales existentes entre los diversos estados carecen de importancia desde el punto de vista legal; y 6. Todo estado tiene pleno derecho a recurrir a la guerra o a cualquier otra medida coercitiva en defensa de su soberanía y de sus intereses.

El modelo westfaliano tenía como objetivo fundamental el fijar una serie de normas que permitieran establecer una convivencia pacífica entre todos los estados. Sin embargo, la realidad histórica ha evidenciado que tal objetivo ha estado muy lejos de cumplirse en la realidad. La experiencia nos ha demostrado que la práctica de las relaciones internacionales en los últimos tres siglos se ha acercado mucho más al estado de naturaleza inspirado por Hobbes que al proyecto de paz perpetua formulado por Kant. Si hay algo que ha definido de forma definitiva a las relaciones internacionales durante todo ese tiempo ese elemento ha sido la situación de guerra permanente entre estados.

En contra de las previsiones establecidas, el modelo westfaliano configuró cualquier cosa menos un sistema uniforme en el que todos

los estados mantendrían una situación de igualdad perfecta. Tras esa aparente equidad formal, lo que realmente se estableció en la práctica fue un sistema profundamente jerarquizado que originó enormes desigualdades e injusticias de las que fueron víctimas, sobre todo, los países pequeños y las civilizaciones extraeuropeas.

Al margen de la división formal en estados, el mundo se ha configurado siempre en torno a ciertos bloques geoestratégicos que han ido configurándose y cambiando a tenor de las circunstancias históricas (el antagonismo Francia-Alemania en Europa, el Imperio británico, EEUU, la URSS, China, el sudeste asiático, ahora la Unión Europea, etc.).

El modelo westfaliano se ve desbordado por la realidad de un mundo multipolar en el que el estado ha dejado de ser un actor unitario para convertirse en un marco más, no el único, en el que se negocian y resuelven las diferencias políticas. Es obvio que la erosión de los estados no va ser definitiva. En el futuro los estados seguirán configurándose, probablemente, como una estructura imprescindible en el marco de la futura gobernanza mundial. Pero no es menos cierto que el epicentro de ese nuevo orden no lo van a constituir los estados sino las instituciones transnacionales.

Por otra parte, tampoco va a afectar esa erosión a todos los estados con la misma intensidad. Ello dependerá de factores muy complejos. Pueden darse casos, incluso, en los que se refuerce la situación del estado en alguna parcela o parcelas concretas. La apertura hacia grupos u organizaciones transnacionales también puede traer muchas ventajas a ciertos estados en los ámbitos tecnológico, económico, cultural, etc.

Lo que sí parece evidente en todo caso es que, al margen de la circunstancia concreta de cada estado, el proceso de globalización está produciendo ya una clara erosión del poder del estado entendido en su sentido clásico y, consecuentemente, una superación definitiva del modelo westfaliano.

2.2. *El modelo ONU*

El modelo ONU se define por las siguientes características: 1. Los estados dejan de ser los únicos sujetos de derecho internacional. Junto a ellos surgen otros sujetos tales como las organizaciones internacionales entre ellas, especialmente, la ONU; 2. Se han establecido unos principios generales de derecho internacional que no sólo se consideran vinculantes para todos los estados, sino que además prevalecen a modo de *ius cogens*, de norma obligatoria, sobre los tratados y normas consuetudinarias; 3. Se ha roto el mito de la igualdad legal de todos los estados. Una buena prueba de ello lo constituye la existencia de cinco

miembros permanentes del Consejo de Seguridad; 4. La disconformidad con las normas internacionales ha dejado de ser un asunto privado entre estados, para convertirse en un asunto público que implica y compete al conjunto de la humanidad. El uso punitivo de la fuerza queda confiado ahora a un organismo centralizado como es el Consejo de Seguridad.

Sin embargo, el modelo ONU ratifica en la práctica la división del mundo en poderosos estados con intereses geopolíticos muy concretos y complejos. El reconocimiento y acatamiento del poder de esos estados ha tenido su reflejo práctico en el poder de veto otorgado a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. De esta forma se anula, de hecho, la capacidad de la ONU para actuar como un ente autónomo frente a las presiones de los estados. Uno de los problemas más graves de la ONU radica en la escasa autonomía de la que dispone para tomar decisiones y, sobre todo, para hacerlas cumplir. Su autoridad se deriva, en la práctica, de las decisiones del grupo de estados que forman el Consejo de Seguridad. Puede afirmarse, por lo tanto, que la ONU goza de una libertad condicional.

Frente al marco teórico de igualdad formal de todos los estados sometidos a un único poder legítimo y superior representado por la ONU, la realidad nos muestra un panorama muy distinto. Lo que la ONU ofrece en la práctica, en no pocas ocasiones, es una apariencia de legalidad, una cobertura legal a la fuerza bruta impuesta por las grandes potencias. Con anterioridad al sistema ONU, las grandes potencias ejercían su fuerza al margen del derecho y en función de su poder y de su capacidad de dominio en el seno de la comunidad mundial. Ahora, para poder ejercer ese poder caciquil las grandes potencias cuentan con el beneplácito legal de la ONU.

La coyuntura política internacional devenida tras la caída del imperio soviético ha agravado, si cabe, esta situación. Desde hace unos años en el centro del sistema planetario de Cosmópolis no hay más astros, como bien dice Danilo Zolo, que una estrella solitaria, EEUU.

El modelo ONU concebido como un medio para garantizar la paz a partir del acuerdo entre un mínimo de dos superpotencias, ha quedado completamente roto. Ahora el esquema de una paz universal se ve obligado a coincidir, inevitablemente, con la estrategia de preservación del *statu quo* que EEUU considere idóneo para la protección de sus intereses.

En todo caso, y al margen de coyunturas político-estratégicas concretas, el problema fundamental del sistema ONU radica en la ausencia de un sistema jurídico coercitivo, tanto en el ámbito normativo como judicial, capaz de exigir y obligar a los estados, con carácter general, el

cumplimiento de sus resoluciones. Así, en el ámbito normativo, las sanciones deben ser decididas por el Consejo de Seguridad y tal decisión viene condicionada por los propios intereses de los miembros de ese Consejo.

En el ámbito judicial es posible y deseable que la puesta en vigor de la Corte Penal Internacional vaya a producir algunas modificaciones sustanciales de la situación actual. Sin embargo, la Corte Penal Internacional sigue dependiendo, en buena medida, de la voluntad de los estados que componen el Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad puede promover la incoación de un proceso pero también puede impedirlo expresamente. Dado que varios miembros permanentes del Consejo de Seguridad (EEUU, Rusia, China) no han ratificado todavía el estatuto de la Corte, es poco probable que el Consejo mantenga una mínima operatividad en tal sentido y, sobre todo, es muy improbable que lo hagan en contra de los propios intereses de esos estados.

2.3. *El modelo cosmopolita*

Los defensores del modelo ONU consideran que el mismo se ha puesto en práctica sólo de forma muy limitada. Por lo tanto, insisten en la necesidad de hacer efectivas las potencialidades intrínsecas del modelo y reforzar su estructura. La adecuación de la ONU a la actual realidad internacional implicaría la necesidad de que los diversos estados renuncien a imponer su propia fuerza en favor de un sistema de seguridad colectivo capaz de proteger a los débiles frente a los poderosos y de responder de forma rápida a los actos que perturban la paz mundial. Pero para ello, la ONU necesita un mayor poder y una mayor autoridad a fin de poder ejercer sobre los estados un control adecuado. Ello supondría la sustitución o cuando menos la superposición de las democracias nacionales por una democracia global cosmopolita.

Las características en las que se asienta el modelo cosmopolita son, fundamentalmente, las siguientes: 1. La primacía del derecho internacional sobre el derecho de los estados; 2. La conversión del derecho internacional en un derecho coercitivo capaz de imponerse a los estados; 3. El desarrollo de la tesis del pacifismo legal; y 4. El establecimiento progresivo de una constitución mundial.

Conviene no confundir los términos «democracia cosmopolita» y «democracia internacional». La democracia internacional implica el establecimiento de un sistema de normas y procedimientos democráticos entre estados pero sin cuestionar la constitución interna de cada uno de ellos. La democracia cosmopolita va mucho más allá y pretende un desarrollo paralelo de la democracia tanto a escala interna como internacional.

Ello implica la creación de un conjunto de instituciones a nivel global, capaces de instruir y disciplinar a los regímenes políticos de los diversos países y de influir en los asuntos internos de los estados allí donde fuera necesario. El derecho cosmopolita debe estar institucionalizado de tal manera que vincule a los diferentes gobiernos. Ello supone la posibilidad de privar a los estados de sus poderes coercitivos cuando, por ejemplo, se utilizan contra el bienestar y la seguridad de los ciudadanos o cuando se despliegan para impedir el desarrollo de relaciones de colaboración entre los estados. La creación de las instituciones cosmopolitas no implica, necesariamente, la desaparición de los estados, sino el otorgamiento a aquellas de una serie de poderes, de esferas de actividad perfectamente delimitadas. Los estados deberían encontrar un nuevo lugar, una nueva articulación en el marco del nuevo derecho democrático global, de forma que sus normas no fuesen sino uno más de los diversos centros de referencia para el desarrollo de los derechos, la reflexión política y la movilización.

Los defensores de la democracia cosmopolita basan sus planteamientos en la necesidad de una reforma en profundidad de todo el sistema ONU. Una reforma que, a corto y medio plazo, se centra, cuando menos, en cinco grandes ámbitos: 1. El respeto por parte del Consejo de Seguridad de los principios de derecho internacional; 2. La reforma del citado Consejo de Seguridad tanto en lo que hace referencia a su composición como al poder de veto otorgado a sus cinco miembros permanentes; 3. El reforzamiento del Tribunal Internacional de la Haya y el otorgamiento de carácter obligatorio a sus sentencias, así como la puesta en práctica efectiva de la Corte Penal Internacional; 4. La creación de una agencia económica coordinadora a nivel global y regional; 5. El establecimiento de una fuerza militar realmente internacional, efectiva y responsable.

Ya de forma más definitiva se propugna una reforma a largo plazo cuyos jalones más importantes serían los siguientes:

1. La elaboración y aprobación de una nueva Carta o Constitución de las Naciones Unidas.
2. La conversión de la Asamblea General en un Parlamento mundial elegido por sufragio universal.
3. La reducción del Consejo de Seguridad a la condición de mera Comisión Permanente del Parlamento.
4. El establecimiento de un poder ejecutivo mediante la conversión de la Secretaría General en un Gobierno mundial.
5. El desarrollo de un poder judicial internacional a partir del actual Tribunal de la Haya y la Corte Penal Internacional.

6. La reforma de determinadas organizaciones financieras y arancelarias (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial de Comercio, etc.) a fin de emanciparlas de su actual subordinación a las políticas económico-financieras de los países desarrollados y de ponerlas al servicio del desarrollo integral del planeta.
7. El otorgamiento de una capacidad real para ejercer un control global sobre la producción y el comercio de armas a fin de llevar a cabo un desarme general gradual.

Estas hipótesis de futuro son válidas como tales hipótesis. Lo que no parece tan claro es que sean factibles, al menos en la coyuntura actual. El modelo cosmopolita peca, en tal sentido, de una cierta ingenuidad y de dosis excesivas de utopía. Es un modelo que incide sobre todo en los aspectos formales, jurídico-políticos o institucionales, pero subestima la influencia de los factores económicos y financieros en la dinámica del conflicto internacional. No tiene suficientemente en cuenta el papel crucial ejercido por la grandes instituciones y corporaciones económicas internacionales en el actual proceso de globalización de la economía y, consecuentemente, en la configuración de las redes de poder a escala global.

2.4. *El modelo complejo*

El modelo complejo se sustenta en la idea de la necesidad de crear un nuevo orden internacional basado en un derecho diferente. Un derecho capaz de situar a los individuos, los gobiernos y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales bajo un nuevo sistema de ordenación jurídica. La construcción de ese nuevo orden jurídico *complejo* hará posible la coexistencia entre un derecho global y un derecho interno basados en una relación de equiordenación.

Un orden basado en un ordenamiento jurídico complejo en el que sea posible la convivencia de órdenes jurídicos diversos no sustentada, necesariamente, en relaciones jerárquicas de supra o subordinación, sino en criterios de compartición, coordinación y subsidiariedad.

La democracia mundial exige un constreñimiento o limitación de la soberanía de los estados, pero, al contrario de lo que ocurre con frecuencia en el momento actual, esa limitación no puede ni debe ser ejercida por otros estados. Ningún estado se halla autorizado para condicionar la soberanía de los demás estados, tal como está ocurriendo ahora con demasiada frecuencia (véase el caso más reciente, pero no único, de Irak). Las únicas legitimadas para ello serían aquellas organi-

zaciones o instituciones transnacionales a las que el derecho internacional les haya otorgado, previamente, tal legitimidad.

Para ello es preciso que las organizaciones transnacionales puedan ejercer su autoridad y sean capaces de limitar el poder de los estados. Todo lo contrario de lo que está ocurriendo en el momento actual.

No basta, por lo tanto, con constituir una comunidad internacional de estados democráticos. Se hace necesario estructurar, además, una comunidad internacional de sociedades democráticas comprometidas con el respeto al derecho y a los derechos tanto dentro como fuera de las fronteras de los diversos países. La creación de un orden democrático complejo requiere el consentimiento activo de los pueblos, las naciones y otros muchos agentes protagonistas de las relaciones sociales, económicas, políticas, culturales, tecnológicas, religiosas, etc. del mundo actual.

Ello implicaría, en líneas generales y de forma resumida, la creación de un orden global consistente en un conjunto de múltiples y coincidentes redes de poder relativas a aspectos tales como el bienestar, la cultura, las asociaciones cívicas, la economía, las relaciones de coerción y la violencia organizada, así como las relaciones normativas y legales. Todo ello requiere, ciertamente, una intensa actividad de coordinación y cooperación entre los diversos agentes regionales, nacionales, transnacionales e internacionales implicados. Una coordinación realista que no tiene nada que ver con la idea de un gobierno formal cosmopolita de efectos taumatúrgicos.

Todos los grupos y asociaciones dispondrían de una capacidad autodeterminadora basada en el principio de autonomía y en el reconocimiento de un conjunto de derechos y obligaciones. Se establecerían una serie de principios legales a fin de delimitar la forma y el alcance de la acción individual y colectiva dentro de las diversas organizaciones tanto del estado como de la economía y de la sociedad civil. Dentro de este marco, la creación y aplicación del derecho podría desarrollarse en una variedad de lugares y niveles mediante la expansión junto a los tribunales estatal-nacionales, de tribunales regionales e internacionales.

Por último, los individuos podrían ser miembros y participar en las diversas comunidades que pudieran afectarles y, consecuentemente, acceder a formas variadas de participación política. En tal sentido se debería establecer un concepto de ciudadanía capaz de permitir a los individuos el ejercicio de su condición de miembros de diversas comunidades políticas, tanto globales como locales.

El modelo complejo de gobernanza se situaría como una tercera vía entre, de una parte, los modelos westfaliano y ONU sustentados en el monopolio político de los estados nacionales y, de otra parte, un probable modelo emergente, tan previsible como aterrador, consistente en la

configuración de un estado mundial imperial. Una gobernanza mundial no implica convertir el mundo en un nuevo estado pues ya no habrá competidores estatales frente a los cuales afirmar la soberanía exclusiva de cada uno sobre su territorio. Ni tampoco debe conducir a un nuevo estado nacional a nivel planetario.

Se trata de un modelo híbrido que se sustenta en los estados nacionales pero que, al mismo tiempo, los niega. No se trata, pues de un estado internacional o supranacional, sino un estado *glocal*, en el que lo global y lo local no resultan por sí mismo excluyentes sino que constituyen, al contrario, las dos caras de una misma moneda.

Para que esa democracia funcione adecuadamente resulta indispensable el establecimiento de una división e interconexión de poderes y competencias a diferentes niveles, tanto horizontales como verticales. Ello implica la configuración de una estructura compleja basada en la lógica o el principio de subsidiariedad que permita un reparto no sólo de competencias sino también de soberanía entre los diversos entes o instituciones. Un nuevo modelo, capaz de unir los elementos positivos de los modelos confederal y federal, en el que sea posible limitar el monopolio de los diferentes estados, tanto a nivel interno como a nivel internacional, como sujetos de derecho internacional, sin que esto signifique necesariamente acabar con el estado.

En esta nueva distribución de poder habrá que delimitar los ámbitos de decisión local o regional, estatal-nacional e internacional. Así, deberían encaminarse hacia el ámbito local-regional aquellas materias o asuntos cuya gestión y ejercicio permiten una implicación directa de los ciudadanos; al ámbito nacional-estatal aquellos asuntos en los que la población sita en un determinado territorio se ve afectada por problemas y cuestiones colectivos que no superan sus propias fronteras; y al ámbito global aquellos asuntos que requieren de una mediación transnacional dada la interconexión existente entre ese estado y las estructuras transnacionales.

Salvando las debidas distancias entre épocas y situaciones que poco tienen que ver entre sí, cabe señalar, sin embargo, algún precedente histórico de gobernanza compleja. Así, por ejemplo la Commonwealth británica ofreció en su momento una forma institucional alternativa a la soberanía, un sistema en el que los dominios aceptaron la autoridad de las instituciones británicas en determinadas materias sin perder, por ello, su soberanía legal internacional.

Otro supuesto mucho más actual, y por ende mucho más interesante, lo constituye el caso de la Unión Europea. Todos sabemos que la UE sufre importantes déficits desde el punto de vista democrático y se halla, por lo tanto, muy lejos de constituir un modelo válido de gober-

nanza compleja auténticamente democrática. Sin embargo, y desde un punto de vista estructural, la UE comienza a configurarse como un nuevo modelo emergente de gobernanza diferente de los modelos clásicos al uso habidos hasta el momento.

La UE cuenta con territorio, reconocimiento, control, autoridad nacional, autoridad extranacional y autoridad supranacional. No existe un término comúnmente aceptado para designar a la UE. ¿Es un estado, una comunidad, un dominio, una confederación de estados, una federación de estados? De una parte, si bien contiene ciertos elementos de carácter federal, la UE no es un estado federal. Por otra parte, va más allá de la simple cooperación intergubernamental, salvo en ciertos aspectos muy concretos. Sea lo que fuere lo cierto es que existe y existe cómodamente, en medio de un contexto internacional que se halla poblado fundamentalmente de estados soberanos.

La UE carece de un lugar concreto de autoridad suprema. En su seno conviven estructuras estatales con estructuras supranacionales e internacionales. Así, por ejemplo, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y, en cierta medida, el Parlamento Europeo son estructuras de autoridad supranacionales.

El TJCE puede dejar sin efecto leyes y decisiones específicas de los estados miembros pero, al mismo tiempo, muchas de las decisiones que se toman en el seno de la UE constituyen el resultado de la negociación entre esos estados. No existe un actor hegemónico que sea responsable en última instancia de tomar y aplicar decisiones vinculantes para todos, ni ninguna institución capaz de llevar a la práctica un elemento tan consustancial a todo estado como es el ejercicio del monopolio de la violencia.

Tampoco existe una estructura de cargos formalmente centralizada. La UE no posee una jerarquía de funciones cuyo vértice sea una autoridad central. La mayor parte de la división de funciones se rige por el principio horizontal de distribución de competencias, y no por el principio vertical de jerarquía. Se produce, de ese modo, una red formal e informal de interacciones horizontales y de continuas negociaciones entre los actores a diversos niveles, cada cual con su base de poder independiente. La UE no aparece configurada como un superestado único. Esta superposición entre la UE y los estados nos aboca a un nuevo tipo de organización política todavía sin perfilar, pero con unas características y elementos básicos radicalmente diferentes de los conocidos hasta ahora. En tal sentido, la UE constituye la base para una nueva forma de estructurar un orden mundial complejo y multilateral.

Con el proceso de unificación europea comienzan a resquebrajarse, o cuando menos debilitarse, los principios tradicionales en los que se ha sustentado el modelo westfaliano y el modelo ONU, e incluso en los

que aparentemente pretende sustentarse el modelo cosmopolita. Así, frente a la coincidencia entre un ente soberano y un territorio exclusivo donde se ejerce esa soberanía, surge un sistema político multinacional, geográficamente abierto y en constante crecimiento. La porosidad de las fronteras y la intensificación de la interdependencia mutua les incapacitan, incluso a los estados más poderosos de la Unión, para salvaguardar la autonomía de su espacio territorial. Esta erosión de la capacidad de los estados se produce en todo tipo de ámbitos, militares, políticos, económicos, sociales, culturales, y tanto a nivel externo como interno.

Frente a una soberanía única e indivisible se establece una soberanía compartida; junto a las leyes del estado, han surgido normas comunitarias europeas, y también, en su caso, leyes y normas regionales o autonómicas. A ello debe añadirse las normas internacionales y la creación de un derecho transnacional derivado de los pactos o acuerdos jurídicamente válidos suscritos entre los entes interregionales, transfronterizos, etc. La mutua interrelación entre derecho comunitario, derecho estatal, derecho regional, y derecho transnacional (por no hablar del derecho internacional) hacen que el poder y la soberanía se compartan entre las diversas instancias y sujetos en función de los ámbitos materiales de competencia asignados a cada uno de ellos. El estado nacional deja de tener la exclusividad en cuanto soporte de la legitimación y aplicación del estado de derecho, como lo muestra la presencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o incluso del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La construcción de ese nuevo orden jurídico y político hará posible la coexistencia entre un derecho comunitario y un derecho interno basados en una relación de equiordenación y no en una relación de supra o subordinación.

Esta progresiva difuminación entre el derecho interno y el derecho internacional nos sitúa en la perspectiva de un nuevo horizonte cual es el de la necesidad de construir un nuevo modelo complejo de gobernanza a escala mundial. Un modelo complejo en el que sea posible la convivencia de diversas estructuras e instituciones no sustentada, necesariamente, en relaciones jerárquicas de supra o subordinación, sino en criterios de compartición, coordinación y subsidiariedad. Ese es, en definitiva, el gran reto de la democracia ante el siglo XXI.

EL PACTISMO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA FORALIDAD

Santiago Larrázabal Basáñez

Profesor de Derecho Constitucional

y Director del Instituto de Estudios Vascos de la Universidad de Deusto

Sumario: 1. Dedicatoria. 2. Introducción. 3. El pactismo en el Señorío de Bizkaia. 4. El pactismo en la Provincia de Gipuzkoa. 5. El pactismo en la Provincia de Alava. 6. La pervivencia del pacto en la tradición foral de Bizkaia, Gipuzkoa y Alava. 7. El pactismo en el Reino de Navarra. 8. Reflexión final.

1. Dedicatoria

Como discípulo del Profesor Dr. D. Pablo Lucas Verdú, constituye para mi una ineludible obligación y al mismo tiempo un gran honor tomar parte en este número monográfico de la Revista «Estudios de Deusto» a él dedicado, en el marco del homenaje que la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto ha querido tributarle en reconocimiento a sus muchos años de impagables servicios a la Facultad y a nuestra Universidad.

La Facultad nos ha encomendado a los miembros del Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo la preparación de dicho homenaje y me siento muy honrado de colaborar en él, tanto como miembro del Comité organizador del mismo como a través de este trabajo que tiene usted entre sus manos.

Sean estas líneas testimonio de mi profunda gratitud y admiración hacia un gran estudioso de la ciencia política y del derecho constitucional a quien, para mi fortuna, tengo por maestro y, sobre todo, por amigo.

2. Introducción¹

El objeto de este artículo es analizar el «pacto» como fundamento del autogobierno vasco en la época foral clásica. Para ello, estudiaré

¹ Respecto al pactismo pueden consultarse: ARANGUREN Y SOBRADO, F., *Demostración del sentido verdadero de las autoridades de que se vale el doctor D. Juan Antonio Llorente*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1994, pp. 251-289 y 429-473; ARTIÑANO ZURI-

CALDAY, A., *El Señorío de Bizcaya, histórico y foral*, La Peninsular, Barcelona, 1885, pp. VI-X; AA.VV., *Simposio sobre el Pactismo en la Historia de España*, celebrado los días 24-26 de abril de 1978 en el Instituto de España, Cátedra Francisco de Vitoria, Madrid, 1980; AA.VV., «El mito foral en la historiografía navarra contemporánea», *Boletín del Instituto Gerónimo de Uztariz*, Pamplona, 2 (1988), pp. 5-60; ARTOLA, M., «El entramado foral». Antonio Elorza entrevista a Miguel Artola, Dossier: «País Vasco y Castilla, ocho siglos de unión», *La aventura de la historia*, Año 2, n.º 22 (agosto 2000), pp. 62-68; BASURTO LARRAÑAGA, R., «Elementos neoclásicos y prerrománticos en la historiografía vasca de principios del siglo XIX: J.A. de Zamácola», *Revista Internacional de Estudios Vascos*, año 34, Tomo XXXI-3 (1986), pp. 661-675; BURGO TAJADURA, J.I. del, *Curso de Derecho Foral*, op. cit., pp. 47-51, 78-79 y 84-86; CANELLAS, A., «De la incorporación de Guipúzcoa a la Corona de Castilla», *España medieval*, 3 (1982), pp. 11-19; CARO BAROJA, J., *Los vascos y la historia a través de Garibay*, Ed. Txertoa, San Sebastián, 1972, p. 374; ELORZA, A., «De la historia al mito», Dossier: «País Vasco y Castilla, ocho siglos de unión», *La aventura de la historia*, Año 2, n.º 22 (agosto 2000), pp. 54-61; ESTORNÉS ZUBIZARRETA, I., Voz «Pactismo», *Diccionario Enciclopédico Vasco*, Ed. Auñamendi, San Sebastián, 1993, volumen XXXV, pp. 428-431; FONTECHA Y SALAZAR, P., *Escudo de la más constante fe y lealtad*, La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1976, pp. 19-89; GARCÍA GALLO, A., «El pactismo en el Reino de Castilla», en AA.VV., *Simposio sobre el pactismo*, op. cit.; GONZÁLEZ ARNAO, J., voz «Vizcaya» en *Diccionario histórico geográfico de España por la Real Academia de Historia*, Madrid, 1802; GOYHENETCHE, J., *Les basques et leur histoire. Mythes et réalités*, Elkar, Donostia, 1993; JUARISTI, J., *La leyenda de Jaun Zuria*, Caja de Ahorros Vizcaína, Bilbao, 1980; JUARISTI, J., «Los mitos de origen en la génesis de las identidades vascuales. La batalla de Arrigorriaga y el surgimiento del particularismo vasco (siglos XIV-XVI)», *Studia Histórica. Historia Contemporánea*, 12 (1994), pp. 191-228; LACARRA, J.M.^a, «El Juramento de los Reyes de Navarra (1234-1329)», Discurso de ingreso en la Real Academia de Historia, Universidad de Zaragoza, Departamento de Historia Medieval, Zaragoza, 1972; LACARRA, J.M.^a, «El pactismo navarro», en «Las Cortes medievales. Parte V», *Historia 16*, Año I, n.º 5 (septiembre de 1976), pp. 87-91; LACARRA, J.M.^a, «Estructura político-administrativa de Navarra antes de la Ley Paccionada», *Príncipe de Viana*, 92-93 (1963), pp. 231-248; LARRAZÁBAL BASAÑEZ, S., *Contribución a una teoría de los derechos históricos vascos*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1997; LARRAZÁBAL BASAÑEZ, S., *La foralidad de Bizkaia*, Juntas Generales de Bizkaia, Bilbao, 2001, pp. 28-31; LARREA SAGARMÍNAGA, M.^aA., «La teoría foral en el siglo XVIII», en *II Congreso Mundial Vasco. Los Derechos Históricos Vascos*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pp. 53 y ss.; LEGAZ Y LACAMABRA, L., *Filosofía del pactismo*, en AA.VV., *El pactismo en la Historia de España*, op. cit.; LIÑÁN Y EGUIZABAL, J. de, *La Jura de los Fueros por los Señores de Bizcaya. Su trascendencia histórica y social*, Bilbao, 1897, pp. 9-87; LÓPEZ ATXURRA, R., «La foralidad en la historiografía vasca», *Ernao*, 6 (1991), pp. 117-170; LORENTE, J.A., *Noticias históricas de las tres Provincias Vascongadas*, Editorial de Amigos del Libro Vasco, Bilbao, 1984, pp. 33-59; MAÑARICÚA NUERE, A. E. de, *Historiografía de Vizcaya. Desde Lope García de Salazar a Labayru*, La Gran Enciclopedia Vasca, 2.^a ed., corregida y aumentada, Bilbao, 1973, pp. 135-165; MARRICHALAR, A./MANRIQUE, C., *Historia de los Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava*, 2.^a ed. corregida y aumentada, ed. facsímil, Ed. Auñamendi, San Sebastián, 1971, pp. 246-265 (Bizkaia), pp. 345 y ss. (Gipuzkoa); pp. 468-488 (Alava); pp. 119-156 (Navarra); MONREAL ZÍA, G., «Anotaciones sobre el pensamiento político tradicional vasco en el siglo XVI», *Anuario de Historia del Derecho Español*, L (1980), pp. 971-1004; MONREAL ZÍA, G., «Incidencia de las instituciones públicas de Alava del medioevo en el pensamiento político de los alaveses de la Edad Moderna», *Anuario de Historia del Derecho*, 54 (1984), pp. 613-638; MONREAL ZÍA, G., «Entidad y problemas de la cuestión de los derechos históricos vascos», en *Jornadas de Estudio sobre la actualización de los Derechos Históricos*, Universidad del

los orígenes del «pactismo» en cada uno de los Territorios Forales, centrándome, sobre todo, en la época foral clásica, para concluir con una brevísima reflexión acerca de lo que el «pactismo» puede aportar al contexto jurídico-político de hoy.

Como decía anteriormente, uno de los elementos básicos de la foralidad que aún hoy subyace en las relaciones entre los territorios forales y el Estado central es, sin duda alguna, el pactismo. Cuando, por ejemplo, analizamos en profundidad el Estatuto de Autonomía de Gernika, la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, el Concierto Económico vasco o el Convenio navarro, este substrato «pactista» aparece por doquier, lo que singulariza claramente a los Territorios Forales diferenciándolos de otros de régimen común.

Como ha escrito el profesor Gregorio Monreal², antes de que se consolidase el absolutismo (un sistema en el que el Rey era el titular supremo y exclusivo del poder), existieron otras concepciones sobre la relación entre el Rey y la comunidad como, por ejemplo, la pactista. Esta última tenía su fundamento en un sistema bipolar: por un lado, se encontraba el Rey o Señor (hereditario o electivo) como depositario de un poder constituido y por el otro, la Colectividad (representada en las Asambleas de los sectores sociales más poderosos de la comunidad), que tenía a su vez sus propios poderes, poderes que cedía al Monarca,

País Vasco, 1986, pp. 47-82; NAEF, W., *La idea del Estado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1973, pp. 15 y ss. y 102 y ss.; NAVASCUÉS, R. de, *Observaciones sobre los Fueros de Vizcaya*, Madrid, 1850, pp. 57-67; NOVIA DE SALCEDO, P., *Defensa histórica, económica y legislativa del Señorío de Vizcaya y Provincias de Alava y Guipúzcoa*, Bilbao, 1851, Tomo III, pp. 112-163; OLAVE Y DíEZ, S., *El pacto político como fundamento histórico general de la nacionalidad española y especialmente como manifestación legal de la soberanía independiente de Navarra en unas épocas y en otras de su autonomía sin perjuicio de la unidad nacional*, Madrid, 1878; ORELLA, J.L., *Las instituciones del Reino de Navarra en la Edad Antigua y Media. Las instituciones de la Baja Navarra (1530-1620)*, San Sebastián, 1991, pp. 81-86 y 90-95; ORTIZ DE ZÁRATE, R., *Compendio foral de la Provincia de Alava*, Caja de Ahorros Municipal de la Ciudad de Vitoria, Vitoria, 1971; p. 129; PORTILLO VALDÉS, J.M., «Pedro Novia de Salcedo y la Constitución Histórica: la cultura política de la foralidad», II Congreso Mundial Vasco. *Congreso de Historia de Euskal Herria*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, Tomo IV, pp. 323-333; SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia del Derecho. Instituciones político-administrativas*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, pp. 499-503; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 3.^a ed., 1981, pp. 282-297; VALDEÓN BARUQUE, J., «Castilla y los vascos, años 1200», Dossier: «País Vasco y Castilla, ocho siglos de unión», *La aventura de la historia*, Año 2, n.º 22 (agosto 2000), pp. 48-53; VEGA, U.A., «En 1200: Guipúzcoa y Castilla ¿la Unión fue voluntaria o forzada?», *Euskalerrriaren alde*, 16 (1926), pp. 66-70.

² MONREAL ZIA, G., «Incidencia de las instituciones públicas de Alava del medievo...», *op. cit.*, pp. 619 y ss. La cita de GARCÍA GALLO, corresponde a su *Historia del Derecho español*. I. *El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1979, núms. 1303-1315.

en parte y bajo condiciones. De este modo, la unión del Rey o Señor y de los representantes de los distintos estamentos de la Comunidad constituía el sistema de gobierno y, por ende, cualquier decisión relativa al mismo requería el consentimiento de ambas partes. Decía García Gallo que el Rey era designado por el Reino en virtud de un pacto y estaba revestido de las facultades que expresamente se le otorgaban.

Este fue el contenido sustancial del denominado «pactismo político», que antes de que naciese el modelo absolutista, tuvo una gran difusión por toda Europa y consiguió un especial arraigo en los Estados Pirenaicos (en especial en la Corona de Aragón y en el Reino de Navarra). En nuestro contexto, y en palabras de Monreal: «... *el Pacto es el dato político más relevante de la civilización vascónica, hasta el punto de que continúa impregnando la vida pública de los territorios del País Vasco occidental cuando se desgajan de la monarquía navarra y se integran en una monarquía como la castellana, en la que apenas se conoce esa tradición política*».

3. El pactismo en el Señorío de Bizkaia

En Bizkaia, el pactismo subyace en todo el entramado foral del Señorío. Así, si nos remontamos a su origen mítico, el pacto surge de inmediato a través de la elección del primer Señor. Como ha escrito Monreal³, tanto en la versión del conde de Barcelos como en la Lope García de Salazar⁴, el sistema se fundamenta siempre en el pacto entre un caudillo militar y los vizcaínos.

La primera versión, la del conde de Barcelos, se contiene en el tratado genealógico denominado *Livro dos Linhagens*, escrito por el portugués Pedro Alfonso, conde de Barcelos, entre 1325 y 1344, quien dedica el primer capítulo del título IX al origen de los Señores de Bizkaia. Según este autor, Froom, hermano del Rey de Inglaterra, acompañado de

³ MONREAL ZÍA, G., *Ibidem*, p. 622.

⁴ En relación con este tema pueden consultarse: BALPARDA, G., *Historia crítica...*, *op. cit.*, pp. 405 y ss.; CATALÁN, D., *De Alfonso X al Conde Barcelos*, Ed. Gredos, Madrid, 1962; JUARISTI, J., *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Ed. Taurus, Madrid, 1987; GARCÍA DE SALAZAR, L., *Crónica de Siete Casas de Vizcaya y Castilla*, publicada por Juan Carlos Guerra en Rivadeneira, Madrid, 1914, pp. 6 y ss.; *Bienandanzas e Fortunas*, ed. de Angel Rodríguez Herrero, Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1967, tomo IV, pp. 7-9; LINDLAY, *Crónica geral de Espanha*, pp. CLXXXIV-CLXXXVI. La edición crítica en HERCULANO, A., *Monumenta Portugaliae Historica*. Scriptores I (Lisboa, 1856), pp. 230-290; MONREAL ZÍA, G., *Las instituciones públicas...*, *op. cit.*, pp. 18 y ss.; MAÑANICÚA NUERE, A. E. de, *Historiografía...*, *op. cit.*, pp. 151-154.

su hijo, llegó a Bizkaia y se ofreció a dirigir a sus habitantes en la lucha contra el conde asturiano Don Munio si se le aceptaba como Señor, como así se hizo, librando contra Don Munio la victoriosa batalla de Arrigorriaga. La segunda versión corresponde a Lope García de Salazar quien, tanto en su *Crónica de Vizcaya* como en sus *Bienandanzas e Fortunas*, nos describe cómo el Rey de León, asolaba Bizkaia. Al negarse dicho Rey a luchar con los vizcaínos por no estar dirigidos por un Rey o persona de sangre real, éstos tomaron como capitán a Don Zuria (Jaun Zuria), que significa en castellano «Señor Blanco», nieto del Rey de Escocia, quien derrotó al Rey leonés cerca de Bilbao, en Padura, cuyas rocas se tiñeron por ello de rojo con la sangre derramada y reciben desde entonces el nombre de «Arrigorriaga» (en castellano, «pedregal rojo»). La contrapartida fue el pacto de los vizcaínos con el Primer Señor de Bizkaia, Jaun Zuria. Se le entregaron parte de los montes, algunas heredades en todas las comarcas para colocar a sus labradores y se le reconocieron algunos derechos sobre la vena de hierro. A cambio, Jaun Zuria juró los Fueros en Gernika, en unos términos que, según D. Andrés de Mañaricúa, podrían recordar los del Fuero Viejo de Bizkaia.

Este mito de los orígenes del Señorío tenía la función de explicar la peculiar posición política y patrimonial de los Señores de Bizkaia y la privilegiada situación de la comunidad en el sistema político, contribuyendo además a legitimar la práctica pactista que se observaba en el Territorio. Y añade el profesor Monreal: «... *no existe comparación posible entre las prescripciones pactistas del Cuaderno de 1394 o el Fuero Viejo de 1452 y cualquier otro cuerpo jurídico peninsular y quizá europeo. Los textos fueron elaborados por Comisiones designadas por toda la comunidad reunida en asamblea y sometidos a su ratificación, expresaban la voluntad del colectivo y estaban inspirados en la idea de que el Señorío está constituido por un pacto permanente y periódicamente manifestado entre la comunidad y el Señor*».

En esta misma línea se inscriben las tesis de la independencia originaria de Bizkaia. Según estas teorías, el territorio era libre e independiente y su vinculación a la Corona de Castilla sólo se entiende desde la óptica del pacto. Pacto que le permitió seguir manteniendo su propio sistema jurídico-político y su condición de «nación separada». De la independencia originaria de Bizkaia y de su consideración como nación separada nos hablan Marichalar y Manrique⁵ y así se explica que, por ejemplo, a principios del siglo XVI se le prohibiese a Bizkaia enviar procuradores a las Cortes de Castilla. Parafraseando una vez más al profesor Monreal, esa situación de

⁵ Cfr. MARICHALAR, A./MANRIQUE, C., *Historia de los Fueros...*, op. cit., pp. 247 y 264-265.

cuasi independencia de Bizkaia y la circunstancia de que buena parte del Señorío (la Tierra Llana) estuviese exenta de la actividad legislativa del Señor, permitió la constitución de una «una suerte de masa crítica de supervivencia» que aseguró la autonomía de la comunidad después de la incorporación a la Corona⁶. Por ello, con la aparición del Condado de Bizkaia en el siglo XI y la figura de Iñigo López, durante el período histórico en que la familia Haro se mantuvo al frente del Señorío y también desde la incorporación del Señorío a la Corona de Castilla en 1379, por coincidir en la persona del Rey Juan I de Castilla los títulos de Señor de Bizkaia y de Rey de Castilla, la idea del pacto nos acompaña siempre.

En esas condiciones de incorporación, el pacto aparece una vez más como elemento nuclear del sistema. Se trata de una unión personal bajo acuerdo entre ambas partes y con un símbolo claro: el juramento de los Fueros por cada nuevo Monarca como Señor de Bizkaia. Así, tanto el Fuero Viejo de 1452 (capítulos I-III) como el Fuero Nuevo de 1526 (Título I, leyes I-III) establecen cómo ha de jurar el Señor de Bizkaia, cómo han de hacerlo sus oficiales (prestameros, merinos...) y qué se ha de jurar⁷. En este mismo sentido, López Atxurra⁸ ha escrito que, «... *tal relación de reconocimiento mutuo, tanto de la autoridad del Señor, como de los usos y costumbres de la comunidad (Título I, Ley I del Fuero Nuevo) así como los límites de la autoridad del Señor (Título 1.º Leyes VIII-XI),*

⁶ MONREAL ZÍA, G., «El Derecho Histórico Vasco y su originalidad», en *Forum Deusto, (cultura vasca)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, p. 136.

⁷ Según los Fueros vizcaínos, el Rey y Señor de Bizkaia, debía realizar su juramento, primero, a las puertas de la Villa de Bilbao; después, en la iglesia de S. Emeterio y S. Celedonio de Larrabetzu; posteriormente, en Gernika, ante el venerado roble («so el árbol donde se acostumbra hacer la Junta»), símbolo de las libertades de Bizkaia y, por último, en la iglesia de Santa Eufemia de Bermeo. En la propia ceremonia de la jura, el elemento contractual estaba claro: el juramento alcanzaba a los privilegios, libertades, franquezas, usos, costumbres, tierras, mercedes y fueros de los vizcaínos. Si no había juramento, éstos no debían pagar las rentas pedidas, ni obedecer sus cartas, etc. Si lo había, surgían las obligaciones derivadas del pacto foral que se sellaba simbólicamente con el «besamanos» («*é los vizcainos hanle de recibir é besarle las manos por Señor*»), «besamanos», recogido de una manera muy precisa incluso en la literatura castellana de la época. A este respecto, resulta imprescindible consultar el libro del P. Anselmo de LEGARDA, *Lo vizcaíno en la literatura castellana*, Biblioteca Vascongada de los Amigos del País, San Sebastián, 1953, pp. 395-406. La obra por él citada que recoge con mayor exactitud la ceremonia de la jura, es la del poeta dramático y novelista del siglo XVII y famoso autor de *El diablo cojuelo*, Luis VÉLEZ DE GUEVARA, *El amor en vizcaíno, los Zelos en francés y Torneos de Navarra*, folio 5.) y en cuanto a su representación gráfica, tenemos un magnífico testimonio pictórico: el célebre cuadro de Francisco de Mendieta, que plasma muy bellamente cómo las Juntas Generales de Bizkaia, reunidas «so el árbol sagrado», le rinden pleitesía al Rey D. Fernando el Católico tras jurar éste los Fueros el 30 de julio de 1476.

⁸ LÓPEZ ATXURRA, R., *La administración fiscal del Señorío de Bizkaia (1630-1804)*, Diputación Foral de Bizkaia/Instituto de Derecho Histórico de Euskal Herria, Bilbao, 1999, p. 71.

son recogidos en los textos forales, respondiendo este funcionamiento político a la teoría contractual del poder, vigente en el medievo». Esta construcción ideológica fue aceptada tácita o expresamente por la Corona, sancionándola a través de Reales Ordenes y juramentos⁹ y se mantuvo hasta el siglo XVIII.

Sin embargo, hubo también intentos de combatir el «statu quo» de la integración de los territorios forales en la Corona de Castilla, pero ante cada intento de ataque al mismo en pos de un proceso de uniformización, la defensa foral siempre fue la misma: el carácter pactado del sistema. Y así, ante las pretensiones de uniformización del conde-duque de Olivares, valido de Felipe IV, para, como decía en su conocida recomendación al Rey, «*reducir, estos reinos de que se compone España, al estilo y leyes de Castilla, sin ninguna diferencia*»¹⁰, las protestas fueron inmediatas. Como muestra de la protesta vasca, y en relación el asunto del estanco de la sal, que violaba flagrantemente la libertad de comercio, uno de los elementos básicos de la foralidad, resulta de gran interés el alegato de Mateo de Echávarri, consultor del Señorío, en 1630, recogido por Juan E. Gelabert: «... *toda la tierra, montes, exidos y usos de Vizcaya son de los Vizcaynos, en tanta manera, que aun el suelo de una villa para fundarlo en él no le puede dar, sin que ellos lo consientan [...] Este Señorío es distinto y separado de la Corona de Castilla y no está incorporado a ella ni acude a sus Cortes...* en la una Su Majestad es rey y en la otra señor. El vínculo entre el príncipe, por un lado, y Castilla o Vizcaya, del otro, se hace bajo la consideración de aeque principaliter, no per modum accessorii, de manera que *cada uno tiene sus leyes. Su Majestad dos personas; es como si estuvieran este Reyno y el Señorío divididos en dos señores diversos* y no se puede sostener que las leyes de un reyno pudieran extenderse a otro *aunque ambos estén debaxo de un Príncipe*»¹¹.

La profesora María Angeles Larrea¹² ha sintetizado este planteamiento, recorriéndolo de la Declaración que abre la Exposición de la Diputación del Señorío de Bizkaia a la Corona, de fecha 31 de marzo de 1715, que afirma que los habitantes del país se dotaron de Señores electivos hasta que el mandato se transformó en hereditario, pero «no absoluto, sino con pactos y condiciones». Y como dice el Memorial:

⁹ ESTORNÉS ZUBIZARRETA, I., *Voz «Pactismo»*, *op. cit.*, p. 430.

¹⁰ Los documentos del conde-duque de Olivares relativos a esta época pueden consultarse en ELLIOT, J.H./DE LA PEÑA, J.F., *Memoriales y cartas del conde-duque de Olivares*, Ed. Alfaguara, Madrid, 1978-1980.

¹¹ GELABERT, J.E., *Castilla convulsa (1631-1652)*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 52.

¹² LARREA SAGARMÍNAGA, M.A., «La teoría foral en el siglo XVIII», *op. cit.*, pp. 59-60 y notas 11-14.

«Continúose la sucesion de mi Señorío en tiempo del Señor Don Juan el Primero, (...) pero esa unión fue con el preciso pacto de guardarme mis Fueros y se han guardado, y guardan...»

En palabras de la profesora vizcaína: «Haciendo las transposiciones necesarias de fechas y de nombres, éste es el canon justificativo manifestado: Independencia primera sostenida, asegurada y testimoniada al tiempo por la permanencia de las costumbres antiguas y del viejo idioma y que, andando el tiempo, se resuelve en la unión a la Corona de Castilla mediante una vinculación libre, con las calidades de igual, principal y respectiva, que D. Pedro de Fontecha y Salazar explicaba anotando que “cada Reyno, Provincia, Pueblo o Iglesia de las que así se unen, se queda con las mismas Leyes, Fueros, privilegios, usos y costumbres que antes tenía, sin otra mistura ni alteración, que de tener un mismo Soberano; pero en todo lo demás retienen su propia naturaleza, como si estuvieran separados baxo del Imperio de diversos Principes, del mismo modo que se mantenían, antes que se huviesen unido por matrimonio, ó derecho de sucesión, ú otro”. Y la calidad de respectiva suponía la mutua obligación en la observancia de lo pactado, según los derechos y deberes allí establecidos para las partes contratantes; oneroso, de acuerdo con el vocabulario jurídico del tiempo, para ambos pactantes. Y, para mayor garantía, en el propio Fuero jurado se había establecido la capacidad legal de vetar por cada territorio el cumplimiento de cualquier determinación que se entendiera lesiva de su costumbre, incluso potencialmente.»

4. El pactismo en la Provincia de Gipuzkoa

El modelo es similar en el caso de Gipuzkoa donde, como en todo el País, el pactismo estaba profundamente arraigado en el entramado foral. El punto de partida sería el año 1200, en el que tuvo lugar la incorporación de la Provincia a Castilla. Todo ello se llevaría a cabo mediante un pacto con Alfonso VIII, abandonando así Gipuzkoa la órbita navarra, descontenta por algunos desafueros cometidos por el monarca navarro Sancho el Fuerte. Esta la versión clásica, defendida por Garibay¹³ y que pasó

¹³ Sin olvidar la relevancia de Juan MARTÍNEZ DE ZALDIBIA, (*Suma de las cosas cantábricas y guipuzcoanas*. —c. 1560—, ed. de Fausto Arocena, Diputación de Gipuzkoa, San Sebastián, 1944), el autor más importante a estos efectos es Esteban de GARIBAY Y ZAMALLOA y su célebre *Compendio historial (Los Quarenta libros del Compendio Historial de las Crónicas y Universal Historia de de todos los Reynos de España*, —ed. de Chrisophoro Plantino, Ambres, 1571; o en la edición de Sebastián de Cormellas, Barcelona, 1628). Sobre este asunto v. AROCENA, F., *Guipúzcoa en la Historia*, Madrid, Ed. Minotauro, 1964, pp. 73 y ss.

a formar parte de la tradición foral. Ante la existencia de otras versiones que negaban la entrega voluntaria y pactada al monarca castellano y aludían a una conquista militar del territorio por su parte, los defensores de la foralidad reaccionaron siempre del mismo modo, esto es, defendiendo la incorporación voluntaria y pactada de Gipuzkoa a la Corona castellana, manteniendo dicha Provincia sus fueros, costumbres y libertades.

En el libro que José Angel Achón Insausti¹⁴ ha dedicado recientemente a las Memorias de Garibay, se contiene una reflexión acerca de este asunto que, frente a las encendidas polémicas historiográficas a favor de una u otra tesis, destaca por su ecuanimidad y nos permite explicarnos algunas cosas que de otro modo nos resultarían difíciles de entender. Al referirse al tema del origen pactado en las relaciones entre el Rey y la Provincia, escribe: «... *Independientemente de la veracidad histórica del suceso, parece indudable que Garibay y los guipuzcoanos están proyectando hacia el pasado la idea que ellos mismos tenían de esa relación en el xvi. Téngase en cuenta que esa idea pudo irse forjando durante la Baja Edad Media, gracias precisamente a esos juegos sucesivos de confirmaciones de privilegios tan habituales en la época. Téngase además presente que no estamos ante una cultura —como la nuestra— que conciba una separación radical entre el presente y el pasado y, por tanto, tales proyecciones resultaban “lógicas”. Esta concepción pactada de la relación con el rey, acentuaba la visión de éste como protector —recuérdese que es la figura de la encomendación la que utiliza Garibay, y Zaldibia insiste en la voluntariedad— y tendería a eliminar cualquier tentación intervencionista del monarca o de sus agentes. A cambio de fidelidad y determinados servicios (recuérdese siempre la estratégica situación fronteriza de la Provincia), los guipuzcoanos veían protegidas sus libertades, como precisamente habría demostrado la actuación real en los episodios banderizos. Nos encontramos aquí, en la idea del pacto, con una reafirmación de talante claramente político de la percepción comunitaria...»*

5. El pactismo en la Provincia de Alava

También en Alava, vamos a encontrar el mismo tipo de planteamientos, porque el pactismo es consustancial al entramado foral alavés. De hecho, todo él se fundamenta en la «Voluntaria entrega» o

¹⁴ ACHÓN INSAUSTI, J.A., *Las «Memorias» de Esteban de Garibay y Zamalloa*, Arrasateko Udala, 2000, pp. 41-42.

«Pacto de Arriaga» de 2 de abril de 1332. Tras la conquista de Vitoria en 1200 por parte del monarca castellano Alfonso VIII, el pacto entre el Territorio alavés y el Rey de Castilla se estableció mediante dicho texto, que supuso la autodisolución de la Cofradía de Arriaga y la integración de la Provincia de Alava en Castilla, bajo el reinado de Alfonso XI, pero, eso sí, de forma «voluntaria», a cambio de conservar sus fueros, franquicias y libertades. Como ocurre casi siempre en estos casos, existen teorías contrapuestas a la hora de valorar la importancia de la «Voluntaria entrega». La concepción tradicional de la Cofradía de Arriaga desde Landázuri¹⁵ y, en general, las tesis forales tradicionales, han sido defendidas con uñas y dientes por las autoridades alavesas, quienes han sostenido desde siempre que la «Voluntaria entrega» fue un pacto o contrato entre dos sujetos políticos soberanos: la Cofradía de Arriaga y el Rey. Sin embargo, no faltan otras tesis que han defendido que se trata de una renuncia unilateral de la Cofradía a sus atribuciones mediante una transacción que pretendía obtener la salvaguarda de algunos de los derechos de sus miembros por parte del Rey.

Pero como ocurre en el caso vizcaíno y en el guipuzcoano, lo verdaderamente importante es lo que ha quedado en el subconsciente alavés. Pues bien, la percepción que ha sobrevivido en su subconsciente colectivo es que se trata de una relación pactada y así fue sentida y aceptada por todos, no sólo por las instituciones alavesas, que afirmaban que Alava (como dice, por ejemplo, el Acuerdo de las Juntas Generales en sesión celebrada en Vitoria el 22 de noviembre de 1656): «... *siendo libre sin reconocer superior en lo temporal se entregó a la Corona Real de Castilla por su mera y espontánea voluntad*», sino incluso por la propia Corona. Hasta el extremo de que el propio Llorente, nada sospechoso de comulgar con la idea del pacto en este asunto, cita una Real Cédula de Felipe IV, de 2 de abril de 1644, en la que se viene a reconocer ese carácter pactado, en sintonía con lo que se pensaba y proclamaba en el País: «... *que siendo la dicha provincia libre, no reconociendo superior en lo temporal y gobernándose por propios fueros y leyes, se entregó de su voluntad al rey don Alfonso el oncenno con ciertas condiciones y prerrogativas...*».

¹⁵ LANDÁZURI ROMARATE, J.J. de, *Historia civil de la M.N y M.L. Provincia de Alava, deducida de autores originales y documentos auténticos*, Vitoria, 1798. Pueden consultarse su *Historia de Alava*, Diputación Provincial de Alava, Vitoria, 1926-1930 o la versión de su *Historia General de Alava*, editada por la Editorial de la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1973.

6. La pervivencia del pacto en la tradición foral de Bizkaia, Gipuzkoa y Alava

Como ha escrito Gregorio Monreal¹⁶: «... Destacadas y significadas instituciones político-administrativas del Medievo no han conseguido ser incorporadas al pensamiento político de las comunidades en las que se enraizaron. Desaparecieron sin recibir la adhesión emocional de las generaciones subsiguientes, sin convertirse en elementos de referencia y de identificación colectiva. Y refiriéndose al caso alavés dice: «De ahí que debemos hacernos algunas primeras preguntas: ¿Por qué razón la Cofradía de Arriaga y el Convenio de incorporación a la Corona se han abierto un lugar en la mente y en el corazón de los alaveses modernos y contemporáneos, y de los vascos, en general? ¿Por qué estos elementos han contribuido a catalizar una conciencia de colectividad?»

Hay un viejo refrán vasco que dice: «Izena duen orok, izana du», es decir, «Todo lo que tiene nombre, existe». Por mucho que se intente descalificar este tipo de contenidos tradicionales de la foralidad y se diga que se trata de meros mitos que intentan justificar privilegios de los territorios forales en relación con otros territorios de régimen no foral o común, debe haber algo en todo esto mucho más profundo, para que subsistiesen tanto tiempo y fuesen aceptados por vascos y no vascos. Creo que ocurre algo similar a lo que sucede con los símbolos de la mitología vasca. Julio Caro Baroja, en el Prólogo a la «Mitología vasca» del P. Barandiarán¹⁷, escribía: «... Barandiarán nos ha informado como nadie de las ideas cardinales que dominan en las mentes que aceptan como cosa real mitos semejantes. La principal de ellas, a mi juicio, es la de que todas las cosas que tienen nombre existen».

Si una idea ha sido capaz de permanecer en la mente de una comunidad hasta el extremo de hacerse un hueco en ella y de ser considerada como algo sustancial a la misma, es que esa idea responde a algo que, de un modo u otro, ha existido. Y algo muy profundo ha existido desde siempre en el subconsciente de nuestro pueblo acerca del pactismo. No se trata de algo que sólo se enuncia de vez en cuando, sino que es algo que se interioriza y que se siente como inherente a nuestro modo de ser, a nuestra esencia. Por eso va más allá del mero mito y se ha convertido

¹⁶ MONREAL ZÍA, G., «Incidencia de las instituciones públicas de Alava del medievo...», *op. cit.*, pp. 614-615.

¹⁷ CARO BAROJA, J., en el prólogo a BARANDIARÁN, J.M., «Mitología vasca», Txertoa, San Sebastián, 1996, p. 11.

en elemento capital de la foralidad. Y así ha sido percibido por propios y extraños durante mucho tiempo.

Por ello, cuando a partir del siglo XVIII se intente combatir la especificidad de los territorios forales en aras de una uniformización muy poco respetuosa con el «statu quo» vigente hasta entonces, el primer elemento que se intentará combatir, será el del pactismo. Parafraseando a Lacarra, todo lo que se salía de la uniformidad peninsular bajo las leyes de Castilla fue considerado como fuero o privilegio. Frente a la ley, el privilegio. De este modo, como ha dejado escrito algún ilustre autor, «el privilegio pierde su etimología de «propia ley» para pasar a ser sinónimo de favoritismo y falta de equidad». En este sentido, y refiriéndose a los Fueros vizcaínos, Adrián Celaya Ibarra ha abundado en la idea de que los Fueros no eran privilegios ya que eran normas generales y abstractas que se aplicaban a todos los habitantes del Señorío y no a determinados grupos de personas¹⁸. El privilegio en sentido peyorativo nace cuando se discrimina o deja en condición inferior a quienes no gozan de ellos, no cuando constituyen la ley común y general aplicable a todos los habitantes del territorio. Así, los Fueros no eran privilegios odiosos sino la ley general para todos los habitantes del territorio. Sin embargo, es esa consideración peyorativa de los fueros como privilegios la que subyace en los Decretos de Nueva Planta de Felipe V. Esa contraposición entre ley y fuero o privilegio aparece ya, como dice Lacarra¹⁹, en la terminología empleada por Felipe V en su Decreto de 29 de junio de 1707: *«he juzgado por conveniente (así por esto como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose todos por las leyes de Castilla tan loables y pausibles en todo el Universo) abolir y derogar enteramente como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbre en los referidos Reynos de Aragón y Valencia»* (Nov. Recop. de las Leyes de España, Lib. III, tít. 3, Ley 2).

Si bien Bizkaia, Gipuzkoa, Alava y Navarra acertaron al adherirse a la causa de Felipe V en la guerra de sucesión española (que a la postre sería la que obtendría la victoria) y por eso fueron respetados sus «Fueros», esta contraposición entre ley y fuero, entendido este último como privilegio, fue abriéndose paso a lo largo del siglo XVIII y acabó por amenazar también a dichos territorios. Así, se empezaron a atacar los

¹⁸ CELAYA IBARRA, A., *Humanismo y libertad en el Fuero de Bizkaia*, op. cit., p. 16.

¹⁹ LACARRA, J.M., «Estructura político-administrativa de Navarra antes de la Ley Paccionada», op. cit., pp. 246-247 y nota al pie n.º 42.

fundamentos del sistema (y uno de los más importantes era, como estamos viendo, el del pactismo), para intentar arrumbar todo el edificio foral. Es en este contexto, en el que debe entenderse la labor de zapa de nuestra foralidad de historiadores como Martínez Marina, Traggia, González Arnao y, sobre todo, Llorente. Sus tesis eran torpedos dirigidos directamente contra la línea de flotación de la foralidad, su influencia fue enorme durante todo el siglo XIX y siguió presente incluso cuando, tras la finalización de la guerra carlista en 1876, se estaba debatiendo en las Cortes españolas la abolición foral, como lo atestigua con gran pesar, por cierto, aquel alavés y vasco benemérito y gran defensor de la foralidad que fue D. Mateo Benigno de Moraza²⁰.

Llorente no perdió ocasión de desmitificar la foralidad clásica y cada uno de sus contenidos sustanciales. En lo que se refiere al pactismo, y refiriéndose a Bizkaia escribió: «*La Provincia de Vizcaya no fue más feliz que las otras dos vascongadas en legislación. No la tuvo propia, sin embargo de quanto se ha querido decir sobre los pactos supuestos entre ella y su primer señor. Pudo haber algunos si el señorío comenzó por behetría y no por gobierno; pero serian de la misma esfera que otros cualesquiera del reyno de Asturias, cuya naturaleza se percibe por el fuero viejo de Castilla, cartas de población, y otros monumentos antiguos. Los usos, costumbres, albedríos y fazañas eran todo el cuerpo legislativo no escrito de Vizcaya hasta el siglo XII, en que algunos pueblos recibieron fueros particulares*»²¹.

Esta misma tendencia se aprecia en todo el *Diccionario geográfico-histórico de España* de la Real Academia de la Historia²². Así en su «voz» referida a Bizkaia, González Arnao dice: «... *Por la serie de*

²⁰ En su famosa intervención en el Congreso en defensa del régimen foral, cuando se estaba debatiendo el proyecto de Ley que daría lugar a la Ley abolitoria de 21 de julio de 1876, decía. «*Yo, señores diputados, no debiera decir nada de Llorente. Mas es que Llorente vive; es que su imagen se reproduce; es que todos los que nos atacan se acogen a él; es que su libro está en manos de todos nuestros enemigos... es que se copian sus razonamientos...*» (Diario de Sesiones del Congreso, 1876-1877, V., p. 3008).

²¹ LLORENTE, *Noticias...*, op. cit., 2.^a parte, cap. IV, pp. 33-34.

²² El tema ha sido estudiado por el profesor J.M. PORTILLO VALDÉS en su artículo «Momento preconstituyente, debate constitucional: las Provincias exentas y la Monarquía Hispana en la crisis del Antiguo Régimen», en CANO BUESO, J. (ed.), *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Ed. Tecnos/Parlamento de Andalucía, Madrid, 1989, pp. 647-658. En cuanto a las referencias al *Diccionario geográfico-histórico de España por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1802, que aparecen citadas en mi texto, corresponden a las voces relativas a los territorios forales que se encuentran en la Sección I (que comprende el Reino de Navarra, Señorío de Bizkaia y Provincias de Gipuzkoa y Alava), Tomo II, pp. 507-509 (Bizkaia) y Tomo I, pp. 340-343 (Gipuzkoa) y p. 44 (Alava).

sucesos que se han referido acerca de cada uno de los pretendidos y los verdaderos señores de Vizcaya, se ve con la mayor claridad, quan cierto es el concepto que desde luego hemos indicado, de que ni es tan antigua como se supone la dominación de una determinada familia en aquella provincia, ni ha habido jamás la independencía y soberanía absoluta que han querido atribuirse a aquella dominación... Véase, pues, quan lejos está de poderse hallar establecido un sistema legal de constitución, llamémosle así, un derecho público que arreglase los intereses y relaciones recíprocas entre señor y súbditos, entre el cuerpo de la provincia y quien lo gobernaba, qual se quiere suponer existió siempre en aquel país.»

Sin embargo, en la voz referida a Gipuzkoa, Abella es más prudente. Al referirse a la integración de la Provincia en la Corona de Castilla en 1200, hace referencia primero a la tesis foral tradicional de Garibay, añadiendo después una serie de teorías que defienden la tesis de la simple conquista. A la hora de hacer balance y de dar su opinión, dice: «... *En vista de tan repetidos testimonios de los escritores que trataron del modo con que D. Alonso VIII adquirió la provincia de Guipúzcoa, no nos atrevemos a determinar si fue por conquista, como dan a entender los autores citados, o si, lo que parece más regular, conociendo el riesgo próximo que la amenazaba, procuró evitar prudentemente el rigor de las armas, entregándose voluntariamente al rey de Castilla. Esto se ha creído siempre por nuestros historiadores, y así se dice en una real cédula de Fernando VI, su fecha en Buen Retiro a 8 de octubre del año de 1752, que se halla impresa en el suplemento de los Fueros de Guipúzcoa*». En esta última Real Cédula, se viene a reconocer, de hecho, la tesis tradicional («... *con que siendo de libre dominio se entregó voluntariamente al Señor D. Alfonso VIII, llamado el de las Navas, el año 1200, baxo los antiguos fueros, usos y costumbres con que vivió desde su población...*»).

Por último, Martínez Marina, autor de la voz «Alava» de ese mismo Diccionario, intenta desmontar la teoría foral tradicional relativa a la «Voluntaria entrega». Y así, escribe lo siguiente: «... *Se dexa ver por quanto llevamos dicho hasta aquí, y parece quedar demostrado, que ni la tierra de Alava, ni sus señores particulares, ni la cofradía de Arriaga fueron libres, e independientes en algún tiempo; que no gozaron jamás de la facultad de elegir espontáneamente gobernador, gefe militar ni ministros de justicia, para exercer jurisdicción civil y criminal; que ésta era peculiar y privativa de los condes y merinos reales, subordinados a la suprema autoridad del soberano; y que la entrega voluntaria de la provincia, o hablando con más exactitud, de las tierras de señorío que había en ella, no fue otra cosa más que hacerse realengas*».

Inmediatamente, y para hacer frente a estas acometidas, todos los autores fueristas (Aranguren y Sobrado, Novia de Salcedo, etc.) se apresuraron a escribir obras que defendiesen el sistema tradicional foral. Y aunque durante el siglo XIX, el pactismo fue perdiendo fuerza como argumento (lo que resulta lógico si tenemos en cuenta que tenía que competir con los modernísimos dogmas del contrato social, la voluntad general y la soberanía popular), subsistió²³. Y así, el Convenio de Bergara fue interpretado como un pacto que puso fin a la primera guerra carlista y eso explica también que en el período que se ha venido en llamar «neoforalidad» (el que comprende el período de tiempo comprendido entre la vigencia de las leyes de 25 de octubre de 1839 y de 21 de julio de 1876) se siguiese manteniendo la idea de que existía un régimen pactado entre las instituciones forales y el Gobierno central. Incluso tras la ley abolicionista de los fueros de Bizkaia, Gipuzkoa y Alava de 21 de julio de 1876, en la época de los Concierdos Económicos, la idea del «pacto» no sólo estuvo presente en la misma esencia del Concierdo, como su propio nombre indica, o en las negociaciones para su modificación o renovación, sino también en los procedimientos establecidos para resolver las dudas a las que podía dar lugar la aplicación del mismo a través de normas como el Real Decreto de 6 de marzo de 1919²⁴ o el Decreto de la II República española de 18 de mayo de 1931²⁵.

El propio Estatuto del País Vasco de 6 de octubre de 1936²⁶ fue fruto de un pacto. Y tras el largo y doloroso paréntesis de la dictadura franquista, los nacionalistas vascos defendieron inicialmente en el debate constitucional su teoría del «pacto con la Corona», que finalmente daría lugar a toda la discusión que concluyó con la aprobación de la célebre Disposición Adicional Primera de la vigente Constitución española de 1978 que «*ampara y respeta los derechos históricos*

²³ En opinión de Idoia ESTORNÉS ZUBIZARRETA, «... *En un período en el que el optimismo revolucionario aspira a hacer tabla rasa del orden precedente, difícilmente podría convivir el viejo pactismo medieval, respetuoso de las servidumbres históricas, con ellos. Convertida en un absoluto sin fisuras, la voluntad general (soberanía popular) no tiene ninguna necesidad de ofrecer garantías con respecto a sus subordinados porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a sus miembros*». Pero como ella misma escribe: «... *El pactismo, que siempre garantizó una cierta cuota de poder en manos de los súbditos y un derecho moral a la retroactividad, subsiste, sin embargo, merced a las diversas Restauraciones y cómo tópico justificatorio, en los alegatos foralistas del siglo XIX*». (*Ibidem*, p. 430).

²⁴ Publicado en la Gaceta de Madrid de 8 de marzo de 1919.

²⁵ Publicado en la Gaceta de Madrid de 20 de mayo de 1931.

²⁶ Publicado en la Gaceta de Madrid, Diario Oficial de la República, de 7 de octubre de 1936, n.º 281.

de los Territorios Forales». El propio Estatuto de Autonomía de Ger-nika de 1979, actualmente en vigor, no deja de ser un nuevo pacto. Como puede comprobarse, el pactismo ha sido desde siempre un elemento consustancial a nuestro sistema político y aún hoy en día continúa siéndolo.

7. El pactismo en el Reino de Navarra

Por lo que se refiere a Navarra, José M.^a Lacarra²⁷ ha escrito, en relación a su sistema político foral tradicional, que una de sus características más notables es «... *la instintiva repugnancia de los navarros a verse gobernados por poderes extraños al país. Si tienen que aceptar soberanías extrañas se esfuerzan en fijar y regular en lo posible las atribuciones que el nuevo poder soberano ha de tener sobre los navarros. Es lo que se ha calificado de espíritu pactista...*».

Cuando, como afirma Monreal²⁸, se produce la instauración de la nueva dinastía de la casa de Champaña en Navarra, ésta «... *tropieza con una mentalidad pactista, asentada sobre el mito fundacional del pacto entre la monarquía y el reino que se había establecido de acuerdo con el prólogo de los denominados Fueros de Sobrarbe “cuando ganaban las tierras sin rey los montaynneses”*». El resultado fue, en palabras de Lacarra, la estructuración del Estado en una monarquía basada en el pacto entre el Rey y el Reino. De este modo, el Rey de Navarra sólo es «alzado», esto es, reconocido como Rey, si se somete previamente a las leyes del País. El Rey jura, y sólo después de su juramento es reconocido y jurado por sus súbditos. En su juramento se compromete a respetar los fueros y a mejorarlos («amejorarlos»), a deshacer las violencias, repartir el «bien de cada tierra» con las gentes del reino y no con extranjeros. Y si el Rey es extranjero, sólo podrá nombrar para cargos de gobierno a un máximo de cinco no navarros, no podrá administrar justicia —fazer Cort—, sin consejo de los ricos hombres naturales del reino, ni declarar la guerra, ni firmar la paz, ni acordar tregua ni «otro granado fecho o embargamiento del reino» sin consejo de doce ricos hombres o doce de los más ancianos sabios de la tierra.

Gregorio Monreal ha señalado cómo en el Fuero General de Navarra hay una descripción pormenorizada del contenido del pacto político,

²⁷ LACARRA, J.M., «Estructura político-administrativa de Navarra antes de la Ley Paccionada», *op. cit.*, p. 231.

²⁸ MONREAL ZÍA, G., *Ibidem*, pp. 620-621.

materializado en el acto del juramento recíproco. De este modo, si los estamentos se comprometían a cumplir las obligaciones que les correspondían, el Rey, en juramentos sucesivos, adquiere el deber de respetar el status preestablecido de cada uno de los cuerpos del reino y, en general, se compromete a *«que en todos sus días tenga a todo el pueblo en sus fueros e non los apeiore»*.

Esta concepción pactista subsistió tras la incorporación del Reino de Navarra a Castilla en el siglo XVI, que, según afirman las leyes 33 (Título 8.º) y 59 (Título 2.º) del Libro I de la Novísima Recopilación, se hizo *«por vía de unión aeque-principal, reteniendo cada uno su naturaleza antigua, así en leyes como en territorio y gobierno»*, de tal manera que Navarra *«... quedó y permaneció Reino de por sí, rigiéndose por sus fueros, leyes, reglamentos, usos, costumbres, franquezas y libertades»*.

Sin embargo, no faltó también la acometida contra esta teoría y así Traggia²⁹, en la voz correspondiente a Navarra del *Diccionario geográfico-histórico de España*, aun reconociendo el carácter pactado mientras Navarra fue reino independiente, no hace lo mismo al referirse al período de tiempo posterior a la incorporación de Navarra a Castilla en tiempos de Fernando el Católico: *«... La tercera época y la última es la actual, que puede llamarse de privilegio, supuesto que el rey católico y sus sucesores han conservado substancialmente su antigua constitución, a pesar de que la privación de Juan de Labrit y la fuerza de las armas le abrieron el camino para la posesión de la corona de Pamplona. No habiendo llamado los navarros al rey católico, y careciendo de fuerza para sostener sus leyes, admitieron al ejército del rey después de una ligera resistencia, y baxo las condiciones que éste tuvo a bien otorgarles por su beneficiencia, y por crearlas útiles al bien del estado, rechazando las que no le parecieron convenientes. Así la obligación que hacen los reyes es voluntaria en su raíz, y voluntario su juramento, y no nacido de otra causa extraña que precise a su observancia»*.

Sin embargo, en Navarra se ha mantenido siempre contra viento y marea este carácter pactado. Y tan arraigado está, que no sólo perduró hasta el siglo XIX (estando como está en la base de la *Ley Paccionada* de 16 de agosto de 1841 —cuya denominación sigue haciendo referencia al «pactismo»—), sino que se extiende incluso hasta hoy, máxime si tenemos en cuenta el peculiar modo en que Navarra se ha insertado en el

²⁹ Real Academia de Historia, *Diccionario geográfico-histórico de España*, op. cit., Sección I, Tomo II, voz «Navarra», p. 142.

sistema de organización territorial establecido por la Constitución española de 1978, a través de la actualmente vigente Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, o su peculiar sistema financiero y tributario, que responde al sistema de Convenio Económico y cuyo carácter pactado aparece hasta en su propia denominación.

8. Reflexión final

A lo largo de este trabajo he intentado describir lo que supuso el pactismo para nuestra tradición foral. El pacto en el interior de cada Territorio Foral, entre los distintos Territorios Forales y en las relaciones de éstos con la Corona ha sido una constante en nuestra historia y se ha mantenido en los Territorios Forales como una característica distintiva de nuestro sistema, a diferencia de otros territorios donde se perdió definitivamente. Aprendamos la lección de nuestros antepasados y busquemos puntos de encuentro entre todos y para todos, respetando siempre las particularidades de cada uno. El pacto se impone, así, como algo consustancial a nuestra peculiar forma de ser. Como he tenido ocasión de escribir recientemente en otro lugar³⁰, ése ha sido siempre el camino para una convivencia razonable entre todos y con todos. La historia de nuestro derecho es maestra, no olvidemos, pues, sus lecciones.

³⁰ LARRAZÁBAL BASAÑEZ, S., «La cultura del pacto en el Derecho Público Vasco a lo largo de su historia», *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año I, n.º 0 (junio 2003), pp. 37-47.

LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

Sumario: I. Introducción. II. Aspectos jurídicos y políticos de la inactividad del legislador autonómico. III. Inactividad legislativa y lagunas del ordenamiento. IV. Inactividad legislativa y omisión legislativa. V. Inactividad legislativa autonómica y supletoriedad del Derecho estatal. VI. La supletoriedad como mecanismo de garantía de las competencias del Estado para la fijación de las bases en cada materia. VII. La necesaria autocrítica.

I. Introducción

La autonomía política de las nacionalidades y regiones constituidas en Comunidades Autónomas se ha explicado como un título jurídico-político que tiene como rasgo característico y esencial la capacidad de definir una orientación política propia y diferenciada de la que marquen para sí los órganos centrales del Estado¹. Una capacidad que comporta la de dotarse de unos ordenamientos propios y diferenciados dentro del general del Estado al que se unen a través, precisamente, de su norma institucional básica, es decir, el estatuto de autonomía.

De acuerdo con esa explicación, la ley es el vehículo primordial para la plasmación de esa orientación política diferenciada, pues a través de ella se expresa la voluntad de la ciudadanía representada en los Parlamentos autonómicos. Precisamente, la titularidad de esa capacidad legislativa por parte de todas las Comunidades Autónomas, fue uno de los aspectos más polémicos que suscitaron los primeros comentaristas del texto constitucional de 1978. Así, frente a una primera interpretación² según la cual la forma de acceso a la autonomía determinaba la

¹ Así lo entendió desde el principio el Tribunal Constitucional. En tal sentido, la STC 35/1982, FJ 2, afirmó que las Comunidades Autónomas «en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia».

² Me refiero, obviamente, al conocido comentario de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución», incluido en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Vol. 2, Madrid 1978, p. 352.

posibilidad de elaborar normas con rango de ley, la mayor parte de la doctrina sostuvo que esa diferenciación carecía de sustento constitucional.

Sea como fuere, lo importante es que, finalmente, las Comunidades Autónomas existentes tienen reconocida la potestad legislativa, de modo que la única distinción que ya cabe efectuar atendiendo a ese dato es la que se establece entre las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o, en términos más generales, entre la autonomía (política) de la que son titulares las Comunidades Autónomas y la (administrativa) que ostentan los municipios y provincias (artículos 140 y 141 CE), pues si las tres entidades territoriales gozan de ella «para la gestión de sus intereses respectivos» sólo la de las Comunidades Autónomas implica el ejercicio de la potestad legislativa. En palabras del Tribunal Constitucional (SSTC 4/1981 y 25/1985, FJ 3): las Comunidades Autónomas «gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los Entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como una autonomía de naturaleza política».

El derecho a legislar, el derecho a hacer la ley, cobra así un significado de la máxima importancia para definir el contenido de la autonomía política. Es algo así como la «marca» o manifestación jurídica del poder político que entraña la autonomía. A través de sus leyes, y dentro del ámbito espacial y material que acotan la CE y los estatutos, las Comunidades Autónomas establecen regulaciones generales que atienden a las necesidades y a las prioridades de la ciudadanía. Unas leyes, que son genuina expresión democrática de la voluntad general representada en los Parlamentos respectivos y que, lógicamente, son el producto de la iniciativa política del Gobierno o de los Grupos Parlamentarios (y en mucha menor medida de los ciudadanos o de otras entidades) y de la decisión mayoritaria de la correspondiente Cámara parlamentaria, tras su enmienda y debate y del proceso de discusión que se haya dado en los medios de comunicación y en la sociedad.

Pese a la indudable importancia jurídico-constitucional de la potestad legislativa autonómica, no sólo como expresión del principio autonómico (artículo 2 CE) sino, también, del principio democrático (artículo 1.2 CE), su estudio se ha centrado casi de forma exclusiva desde el prisma competencial. Parece que la rotunda aclaración de que «autonomía no es igual a soberanía», contenida en la STC 4/1981 (FJ 3) y la constante precisión de que, por definición, la autonomía siempre supone un poder limitado, han tenido un efecto directo en el interés doctrinal y político, pues lo que normalmente importa es la cuestión de los límites, la adecuación de la legislación autonómica al bloque de

la constitucionalidad. Fuera de esos extremos la atención a la función de la ley en el interior de cada Comunidad Autónoma se ha considerado el simple trasunto de lo que es la ley en el sistema de gobierno estatal, algo totalmente secundario y anecdótico reservado a los juristas locales.

Este trabajo pretende, sin embargo, reivindicar un lugar más destacado a la titularidad de la potestad legislativa por las Comunidades Autónomas, pero no por lo que su producción y puesta en vigor puedan significar en el doble ámbito de las relaciones entre el Derecho estatal y el autonómico, y en el seno de este último, sino por el sentido y los efectos que puedan esperarse del fenómeno contrario; es decir, de la inactividad del legislador autonómico.

II. Aspectos jurídicos y políticos de la inactividad del legislador autonómico

El interés del estudio no obedece, lógicamente, a un afán por adentrarse en lo patológico o en la búsqueda de supuestos extraños o estrambóticos sino a la preocupación por hallar una respuesta coherente a los problemas que en la realidad se suscitan en el proceso de aplicación de las normas cuando falta la ley que, en principio, debería contener la solución al caso planteado pues la correspondiente Comunidad Autónoma que cuenta con competencia para aprobarla no la ha elaborado.

Estamos, por tanto, ante una cuestión de indudable contenido jurídico pero que está directamente vinculada a los procesos político-parlamentarios que, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, han de activarse para producir las leyes. Por ello, creemos que sin contemplar ambas facetas no es posible llegar a entender ese problema ni, desde luego, hallar las fórmulas que eviten o, al menos, palien los efectos jurídicos prácticos que pueda generar.

La hipótesis de la ausencia de ley autonómica presupone la existencia de un cierto deber o necesidad de legislar y puede darse tanto con respecto a materias en las que la Comunidad Autónoma ostente competencias exclusivas como en relación con aquellas otras en las que su competencia sea compartida o de desarrollo de las bases o normas básicas del Estado. En el primer caso, la falta de ley autonómica se plantearía a causa del incumplimiento o no atención de algún mandato o previsión constitucional o estatutaria de los que se pueda deducir la necesidad de una ley autonómica de desarrollo. En el segundo, la producción de la norma legal autonómica vendría determinada por impera-

tivo de la colaboración legislativa que implica el binomio bases-desarrollo que establece para la mayoría de las materias el artículo 149.1 CE. En ambos supuestos la cuestión se enfocaría desde la consideración lógica y sistemática que dice que la atribución de competencias y potestades se realiza constitucional y estatutariamente para ser actuada y no para dejarla sin cumplimentar y del principio de la irrenunciabilidad de las competencias.

Ahora bien, la necesidad de mantener la coherencia del sistema y el comprensible recelo hacia todo aquello que puede comprometer su plenitud tiene como límite constitucional el respeto a la autonomía política que quedaría borrada por completo si, además de quedar acotada en cuanto al contenido de la regulación legal, estuviera abocada a ser ejercida en el momento y en la forma que determine el legislador estatal. Hay que tener en cuenta, por tanto, que —dentro del ámbito material de competencias atribuidas— la autonomía política no sólo implica la responsabilidad sobre qué se legisla sino, también, cuándo y cómo se legisla y que, en todo caso, la ley autonómica como cualquier ley que reivindique para sí ese nombre, ha de ser la expresión del principio democrático. Por otro lado, tampoco hay que descartar que las circunstancias políticas impidan en la práctica que se apruebe una determinada norma legal pese a que el Gobierno o algún Grupo Parlamentario estén dispuestos a ejercer la iniciativa.

La matización que acabamos de hacer es muy necesaria para poner de manifiesto la dimensión política que tiene la producción legislativa y, en definitiva, la institucionalización del autogobierno autonómico. Así, del mismo modo que el legislador estatal goza de libertad de configuración legal y actúa con arreglo a los impulsos que marca el sistema de gobierno en el que se desenvuelve, el autonómico, dentro de su ámbito, se encuentra en una posición análoga.

Centrándonos en la segunda hipótesis, es decir, en la relación bases-desarrollo, hecha la aclaración y descartada la aplicación de criterios basados en el automatismo lógico-jurídico o puramente formal, creo que ha de ponerse la atención no tanto en los motivos concretos por los que una determinada ley autonómica no se produce como en los efectos jurídicos que su inexistencia pueda provocar. Es decir, más que pensar en los responsables o en las relaciones de poder que están detrás de los procesos legislativos, es preciso ver qué problemas se generan a los destinatarios de las leyes, a los ciudadanos por cuenta de los cuales aquellos poderes actúan.

No ha sido, sin embargo, esa la tónica dominante, ni en la doctrina ni en la práctica ya que, en general, este problema se ha enfocado desde la perspectiva del principio de supletoriedad del Derecho estatal que

consagra el artículo 149.3 CE al entender que la inexistencia de ley autonómica genera lagunas que han de colmarse a través de ese expediente. Así, primero se abogó por una regulación estatal con vocación supletoria preventiva de un presumible retraso autonómico en desarrollar la correspondiente ley básica. Más tarde, se dijo que la falta de desarrollo de las normas básicas estatales, además de provocar indeseables vacíos normativos y con ello inseguridad jurídica, impedía alcanzar los objetivos de la política legislativa marcados en aquellas en aras del interés general del Estado por lo que era necesaria la regulación supletoria estatal que actuaría como una especie de sanción temporal a la desidia o falta de voluntad autonómica a la hora de cumplir con sus obligaciones.

Hemos de ver, por consiguiente, qué relación hay entre la inactividad legislativa y la producción de las lagunas ya que la existencia de estas últimas es el desencadenante de la aplicación supletoria del Derecho estatal.

III. Inactividad legislativa y lagunas del ordenamiento

La preocupación doctrinal por la inactividad legislativa es normal durante el período de transición, a veces muy prolongado, que conlleva la instauración de un nuevo orden constitucional. En tales circunstancias y por diversos motivos (incompatibilidad de gran parte del ordenamiento anterior con los principios y valores que sustentan al nuevo, impaciencia por la efectividad de nuevas políticas o de una diferente organización de los poderes, etc.) se puede tender a asociar dicha inactividad con las lagunas del ordenamiento. Aquélla sería la causa y éstas la consecuencia.

En efecto, en un contexto en el que se produce la derogación de parte del derecho preconstitucional en virtud de determinaciones expresas de la Constitución, o por la inconstitucionalidad sobrevenida, total o parcial, de muchas leyes, y en el que algunos sectores de la sociedad consideren que la nueva Constitución reclama también leyes nuevas que satisfagan sus exigencias, se da un ambiente proclive a encontrar lagunas reales o aparentes. Así lo ha observado Balaguer Callejón³, que ha llamado la atención sobre la forma de resolución de tales problemas en el caso español gracias, entre otras razones, a una actitud del Tribunal Constitucional claramente orientada desde el principio a conciliar las

³ BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho*, vol. II, Tecnos, Madrid 1992, p. 166.

exigencias de adaptación al nuevo orden constitucional de la legislación previa, con el intento de evitar lagunas en el ordenamiento, promoviendo una interpretación de la misma conforme a la Constitución. En este sentido, las SSTC 1/1981 (FJ 10) y 4/1981, (FJ 5) sentaron una interpretación del efecto de la Disposición Derogatoria de la CE que declara la derogación por efecto de la inconstitucionalidad sobrevenida de la legislación preconstitucional.

Ahora bien, aunque el referido contexto favorezca la asociación entre inactividad y lagunas, la verdad es que se trata de dos problemas distintos. Mientras la existencia de una laguna supone la ausencia total y completa de norma aplicable a un supuesto de hecho o a una materia⁴, la inactividad implica la falta de la norma que regule determinados supuestos o una materia tal y como prevé la Constitución. La inactividad no provoca, por tanto, la falta completa de normas aplicables al caso sino de una en particular cuya necesaria existencia es deducible de la Constitución a fin de dotar a una determinada cuestión de una regulación completa que manifieste de forma clara la integración de los principios o reglas que el constituyente ha considerado que deben ordenarla. La ausencia de tal norma legal ocasiona, así, una aplicación del Derecho que no puede servirse de todos esos complementos y fuerza al intérprete a hallar la solución aplicable al caso acudiendo al propio texto constitucional. No se trata, pues, de una actitud que contradiga por definición las previsiones constitucionales al respecto aunque, ciertamente, dificulte su realización y cree inseguridad jurídica. En casos extremos la infracción constitucional puede venir precisamente de ahí, de la vulneración del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE.

Las lagunas demandan una labor de integración del ordenamiento a través de la interpretación y el recurso a la analogía y a la supletoriedad en busca de reglas y principios que permitan resolver el caso. En cambio, la inactividad se traduce en una situación jurídica cuyo mantenimiento en principio sólo representa un riesgo para la correcta aplicación del ordenamiento conforme a la Constitución. La violación de ésta se producirá, únicamente, cuando demande una ley con un contenido predeterminado por ella, o cuando su inexistencia lleve a aplicar normas supletorias o análogas contrarias a lo querido por el texto fundamental.

⁴ BOBBIO, N. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli Editore, Torino 1960, pp. 125 y ss. También en *Teoría General del Derecho*, Ed. Debate, Madrid 1991. (Traducción de E. Rozo Acuña). p. 211.

La doctrina ha precisado que la decisión del legislador de mantenerse inactivo que no vulnere ningún principio constitucional no tiene por qué ser causa de lagunas jurídicas. El respeto a la voluntad del legislador en el Estado democrático impide confundir el concepto de laguna con la política legislativa que, dentro del marco de la Constitución, desarrolle en cada caso la mayoría en el poder. Por ello, lo que no puede pretenderse es que cualquier aspiración social que no encuentre solución jurídica sea propiamente una laguna y, a este respecto, se propone distinguir entre *defectos* de regulación, que son criticables desde una consideración externa a la ley, desde una perspectiva jurídico-política o jurídico-ética (*de lege ferenda*), y auténticas *lagunas* de regulación, que son enjuiciables desde el punto de vista del fin inmanente a la ley, de su fundamento y finalidad⁵.

Estas consideraciones realizadas en abstracto son perfectamente predicables de la relación entre el legislador básico estatal y el autonómico de desarrollo, pues salvo que la colaboración entre ambos sea imprescindible para alcanzar alguna finalidad constitucional determinada —lo que habrá que demostrar caso a caso—, la falta de ley autonómica complicará, quizás, la tarea del intérprete pero no supondrá incumplimiento constitucional alguno ni permitirá que se active la cláusula de la supletoriedad.

IV. Inactividad legislativa y omisión legislativa

La mera inactividad legislativa debe diferenciarse de la omisión legislativa. La primera consiste en un simple no hacer, la segunda revela una voluntad de no legislar⁶. Según Mortati la inactividad legislativa es

⁵ BALAGUER, F., *ob. cit.*, p. 167.

⁶ GOMES CANOTILHO, J.J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra 1987, p. 331, dice que la omisión legislativa inconstitucional significa que el legislador no hace algo que positivamente le está impuesto por la Constitución. No se trata, pues de una simple negación, de un no hacer sino de un no hacer algo a lo que, de forma concreta y explícita, estaba constitucionalmente obligado. En «¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», *REDC*, n.º 43, enero-abril 1995, pp. 9 y ss., este autor precisa su postura al respecto saliendo al paso de algunas críticas simplificadoras de su discurso y situando su idea de la Constitución en el contexto actual. La 7.ª edición de su *Direito Constitucional*, Coimbra 1998, se hace eco de ello. Sobre la omisión legislativa en Alemania ver el trabajo clásico de TROCKER, N. «Le omissioni del legislatore e tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)», *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, vol. 178, fasc. 1-2, 1970, pp. 88

la única que puede provocar lagunas en sentido estricto, pues éstas son las no queridas por el legislador, el producto de la inercia legislativa y no de una decisión política. Frente a la simple inactividad involuntaria o no consciente, la omisión legislativa obedece a la intencionalidad del legislador, es el resultado dañino de un acto de voluntad, un incumplimiento consciente de un mandato constitucional, cometido por el legislador. En su opinión, mientras no ha de haber inconveniente a que mediante las técnicas de integración se busque la voluntad del legislador olvidadizo, en el caso de la omisión deliberada hay que descartar el uso de dichas técnicas pues no tendría sentido dar eficacia con ellas a la voluntad infractora del legislador. Lo procedente ante el silencio voluntario es instar al legislador a que sea él mismo quien colme la laguna aprobando la ley reclamada por la Constitución. Es decir, en el primer supuesto vale la integración y en el segundo se impone el control jurídico⁷.

El planteamiento de Mortati está animado por el afán por hallar mecanismos capaces de evitar los efectos inconstitucionales de una actitud del legislador que se aparte o inhiba de los deberes que le impone el constituyente. Sin embargo, su brillante exposición ha sido objeto de severas críticas. Por un lado, es ciertamente difícil fundamentar en una Constitución normativa y abierta la existencia de órdenes o mandatos

y ss. En Italia MORTATI, C., «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore». *Problemi di Diritti Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana. Il Foro Italiano*, vol. XCIII- Parte V-11, 1970. En la doctrina española ver AHUMADA RUIZ, M.A. «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *RCEC*, n.º 8, enero-abril 1991, pp. 169 a 194; FERNÁNDEZ SEGADO, F. «La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?», en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996; AGUIAR DE LUQUE, L. «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del poder legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», *RDP*, UNED, n.º 24, 1987, pp. 9 a 30; COBREROS MENDAZONA, E. «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política, social y económica del Estado», *RVAP*, n.º 19, septiembre-diciembre; 1987. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *La inconstitucionalidad por omisión*, Mc Graw Hill, Madrid 1997; GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*, Mc Graw Hill, Madrid 1997 y «Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico», *REDA*, n.º 98 abril/junio 1998; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., «Proposition de concept d' omission inconstitutionnelle en Espagne», *Das Öffentliche Recht der Gegenwart, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 46*, Herausgegeben von Peter HÄBERLE, Mohr Siebeck 1998, pp. 483 y ss y *La inconstitucionalidad por omisión (teoría general, derecho comparado y caso español)*, Civitas, Madrid 1998, asimismo, PÉREZ ROYO, J., «Inconstitucionalidad por omisión», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 3501 y ss.

⁷ MORTATI, C., *ob. cit.*, *ibidem.*, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *ob. cit.*, pp. 71 a 73. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad...*, *ob. cit.*, pp. 27 a 34.

imperativos de legislar⁸. Por otro, aunque cupiera hallar tales mandatos, lo importante ha de ser el resultado que la falta de una ley genere en el ordenamiento y no la inactividad o el silencio del legislador en sí. La inconstitucionalidad de la conducta del legislador habrá que apreciarla en función de que su inactividad provoque o no el mantenimiento en el ordenamiento de una especie de norma implícita contraria a la Constitución.

Además de la crítica a la artificiosidad de su distinción entre omisión legislativa y lagunas se advierte en la tesis de Mortati la grave contradicción que implica someter a control jurídico aquello que más le repugna a este tipo de fiscalización (la consciente decisión política de no legislar, de frustrar los mandatos constitucionales con su silencio) y de dejar sin control y abandonar a la actividad judicial integradora de lagunas los casos en los que el legislador calla por negligencia, con la justificación de que esto último es posible al no haberse manifestado voluntad política alguna⁹.

La doctrina mayoritaria considera, no obstante, que el dato de la voluntariedad de las lagunas no altera la naturaleza de éstas y desconoce que su rasgo esencial es que, con independencia de sus causas, denotan una situación en la que, como dice Bobbio¹⁰, el sistema no tiene una norma que prohíba un determinado comportamiento ni una norma que lo permita. El dato de la voluntariedad nada aporta pues,

⁸ El Tribunal Constitucional español comparte las ideas expuestas y resume su doctrina en la STC 194/1989, de 16 de noviembre, según la cual: «El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución (STC 209/1987, Fundamento Jurídico 3.º) sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias, como hemos dicho en varias ocasiones, “de forma tal que no imponga restricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas”». En otro pasaje, la misma STC 194/1989, dice que la Constitución «... como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de valor». Y es que, en esa función de posibilitar y garantizar un proceso libre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual estriba, según HESSE, la *cuadricidad de la Constitución*.

⁹ El reproche de VILLAVERDE, *Ibidem*, se centra, sobre todo, en la contradicción que implica negar a los jueces un papel «político» para fiscalizar la omisión que él llama dolosa y concedérselo, sin embargo, en la que denomina culposa y en el peligro que para la separación de poderes puede entrañar el control jurídico de lo que es más específico de la función del legislador: decidir cuándo y cómo legislar. Si en relación con las lagunas (silencio culposo) la acción jurisdiccional sólo opera para los casos singulares que toque resolver a los tribunales, con respecto a la omisión legislativa (silencio doloso), la proyección del control jurídico sería tan general como la de la ley omitida.

¹⁰ BOBBIO, N., *ob. cit.*, *ibidem*.

como también advierte Bobbio, las lagunas voluntarias no son verdaderas y propias lagunas, las cuales se presentan cuando el intérprete debe decidir de acuerdo con una norma dada del sistema y esta norma no existe o, para ser más exactos, el sistema no ofrece la debida solución.

Sea como fuere, es evidente que la omisión legislativa aunque pueda ser ocasionalmente causa directa de lagunas, no siempre las provoca. El silencio legislativo puede consistir, por ejemplo, en no derogar una ley preconstitucional y sustituirla por otra más acorde con el texto fundamental, en cuyo caso no habría laguna al existir una norma que aplicar en tanto no se declare inconstitucional. Cabría también la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que dicha ley preconstitucional se invoque como derecho vigente no la aplique por considerarla derogada por efecto de la inconstitucionalidad sobrevenida (artículo 6 LOPJ).

Del mismo modo que la voluntad del legislador puede ser ajena a la causación de lagunas cuando, por ejemplo, una ley es declarada inconstitucional, tampoco será imprescindible su actividad para cubrir el hueco ocasionado por la expulsión de aquélla del ordenamiento cuando quepa la aplicación directa de la norma constitucional. Hipótesis en la que la laguna no llegaría siquiera a existir.

V. Inactividad legislativa autonómica y supletoriedad del Derecho estatal

Si llevamos las consideraciones precedentes al ámbito de las relaciones entre ley estatal y ley autonómica, comprobamos nuevamente la dificultad de hallar supuestos de lagunas jurídicas provocados por la inactividad legislativa de uno de los dos legisladores.

En primer lugar, porque se trata de dos ordenamientos distintos aunque integrados en el global del Estado del que forman parte. La separación entre ambos conforme al principio de competencia supone que la búsqueda de la norma aplicable haya de realizarse en cada uno de ellos. Esta es una exigencia que deriva directamente del derecho a la autonomía, reconocido y garantizado en el artículo 2 CE, cuyo ejercicio se disciplina en su Título VIII¹¹.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 7.ª ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 276 explican el principio de separación o de competencia como una manifestación primaria de la relación entre la pluralidad de ordenamientos que deriva de la Constitución de 1978. Según los autores citados: «Un ordenamiento, en cuanto a sus elementos normativos (pues ya sabemos que el ordenamiento es inicialmente una or-

Sin embargo, la interpretación dominante hasta ahora en la doctrina no admitía ese razonamiento. Se afirmaba que mientras el ordenamiento estatal es completo y puede regular válidamente cualquier materia, los autonómicos no tienen esa cualidad, son órdenes parciales que sólo cubren las materias que de acuerdo con las reglas de reparto competencial han asumido estatutariamente¹². El apoyo fundamental de esa tesis es la teoría de los «círculos de interés» (círculo material de interés general, círculo de encuadramiento y círculo de suplencia), elaborada por García de Enterría y Fernández Rodríguez a partir de su concepción de la articulación de los ordenamientos estatal y autonómicos en el supraordenamiento constitucional, que se inspira en la interpretación

ganización, de la cual las normas son expresión e instrumento), es tal en la medida que no es un conjunto de reglas más o menos separables de otro ordenamiento global, en la medida, pues, en que su posición no es explicable desde la perspectiva de la integración jerárquica en otro ordenamiento. Todo ordenamiento se basa, pues, en la separación respecto de los demás, separación que se expresa, por de pronto, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. Esas fuentes de Derecho, como propias de la organización específica de que se trata, no están jerárquicamente subordinadas a las fuentes de ninguna otra organización diferente, ni siquiera de la organización general que englobe a todos los ordenamientos particulares. Esto es lo que inicialmente significa el concepto de “autonomía”, según su misma etimología, la capacidad de autonormarse. En cuanto tales fuentes propias su validez reposa en la norma básica de la organización de que surge, la que ha definido su estructura y delimitado su ámbito propio, su esfera material de funcionamiento y actuación. En el seno de ese ámbito autonómico propio constitucional o legalmente establecido, la norma autonómica es suprema y excluye a las normas de cualquier otro ordenamiento, las cuales, lejos de poder pretender en dicho ámbito cualquier superioridad por su origen diverso, serán nulas por invadir la esfera garantizada al principio autonómico, salvo que se trate de una norma que tenga rango suficiente para modificar, o incluso suprimir, dicha esfera o ámbito.»

¹² DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 247 y 248, habla de «una diferenciación entre dos niveles o clases de normas: las que integran el ordenamiento del Estado y tienen vigencia en todo el territorio nacional, y las que crean las Comunidades Autónomas en las materias de su competencia y con vigencia limitada a su territorio». Según este autor, la dualidad de normas que caracterizan a la estructura compleja del ordenamiento español se diferencia de las de los sistemas federales clásicos en que no ha sido el fruto de una centralización a partir de ordenamientos distintos, sino a la inversa, de una descentralización a partir de una estructura unitaria. Eso lleva a que el ordenamiento estatal sea completo, en el sentido de que no tiene limitación en cuanto a las materias regulables, y sobre él se edifican los ordenamientos de las Comunidades Autónomas circunscritos a las materias que son de su competencia. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, vol. I, pp. 410 y 411, alude a la circunstancia de que las principales ramas del derecho de las que históricamente se ha nutrido el derecho público quedan en manos del Estado en virtud, sobre todo, del art. 149 1.8.º CE. De ahí derivaría su cualidad de ordenamiento completo y su aptitud para actuar como derecho supletorio de los autonómicos.

dominante en Alemania en torno a la estructura del Estado Federal establecida en la Ley Fundamental de Bonn. Con arreglo a la misma, los *Länder* son parte de la Federación y están sometidos a ella¹³.

Pues bien, según García de Enterría y Fernández Rodríguez, la estructura del sistema autonómico español se puede explicar satisfactoriamente a través de la teoría bimembre a la que responde la organización federal germana. Por consiguiente, se da una coincidencia entre los dos últimos grados (Estado superior y Estado global) de modo que, en el caso español la función atribuida a ambos la desempeña simultáneamente el ordenamiento del Estado, circunstancia que explica la supremacía del mismo sobre los autonómicos y que justifica tanto los principios de prevalencia como el de supletoriedad¹⁴.

Los autores que venimos siguiendo entienden que, desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador estatal y los autonómicos, la posición dual del ordenamiento del Estado se traduce en la articulación normativa entre bases y legislación complementaria en la existencia de los tres círculos de interés a la que se ha aludido más arriba¹⁵:

¹³ VOGEL, J.J., «El régimen federal de la Ley Fundamental», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid 1996, p. 625. Esta cuestión, según señala VOGEL, ha dejado de ser objeto de debate desde que se rechazó tempranamente la teoría trimembre o de los «tres grados» (el de los Estados miembros, el del Estado superior y el del Estado global), desarrollada por KELSEN y NAWIASKY para quienes, como recuerda STEIN, E., *Derecho Político*, ed. Aguilar, Madrid 1903, p. 109, los *Länder* forman, junto con el *Bund*, una República Federal en igualdad de rango, de donde se deduce que dado que los órganos de la Federación no abarcan a los de los *Länder*, sus órganos no pueden actuar sobre éstos. La doctrina dominante en Alemania, a la que se adhieren los citados administrativistas españoles, es, sin embargo, la teoría del Estado federal de los dos miembros la cual, además, fue acogida por el Tribunal Constitucional Federal alemán desde 1953. VOGEL, *ibidem*, lo explica así: «La Federación comprende, pues a los *Länder*; se entiende como una superestructura de carácter estatal (*Oberstaat*) resultado de la unión de los *Länder* en un Estado federal. Por tanto, sólo hay una organización central, a la que conjuntamente con la organización de los Estados miembros corresponden en el ámbito territorial de la Ley Fundamental todas aquellas tareas que en el Estado unitario competen a la organización estatal unitaria. La Constitución federal comprende entonces dos esferas jurídicas: la primera tiene como contenido las relaciones entre el Estado global (*Gesamtstaat*) y los Estados miembros; la segunda, las relaciones entre los Estados miembros.»

¹⁴ *Ibidem*. Ver GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El Estado Unitario Federal. La autonomía como principio estructural del Estado*, ed. Tecnos, Madrid 1985.

¹⁵ Ver su *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 293 a 298. Cabe advertir que, aun aceptando que en lo referente a los dos primeros círculos (interior y de encuadramiento, en este con las reservas que más tarde se explicarán) es una elaborada descripción de los contenidos normativos que integran el papel asignado al legislador básico estatal, el tercero (de suplencia) es, como reconocen sus creadores, un artificio que responde a criterios de conveniencia y oportunidad para asegurar una normación completa de las distintas materias, pero no una exigencia del

De acuerdo con su construcción, la competencia estatal para fijar las bases en una materia conlleva la delimitación de lo que ellos llaman el *círculo interior* o «núcleo material del interés general» que es el que ha de sostener la regulación completa e íntegra (y no meramente incoada o abstracta, de modo que necesitase una ulterior determinación), del interés general, o nacional o supraautonómico, de la materia de que se trate. A partir de ahí, comienza el *círculo de encuadramiento*; es decir, la previsión de un espacio propio para la normación autonómica complementaria y el de su articulación con el círculo nuclear del interés general. *Lo propio del círculo de encuadramiento es delinear, en efecto, el espacio propio de la normación autonómica, pero también articular esa normación en la «estrategia global» que la legislación básica implica* de suyo, y no puede dejar de implicar. La necesidad, pues, de una articulación positiva, de una coordinación entre las normas de las dos esferas es, justamente, lo propio del círculo de encuadramiento, como está implícito en el propio concepto constitucional de «bases». Por tanto, *no sólo se delimitará el límite negativo de la competencia estatal, desentendiéndose del resto seguidamente, sino que se formularán también principios materiales a los que la competencia autonómica deberá servir para que la articulación de sus normas con el sistema de intereses generales propios del Estado, pueda ser efectivo; las «políticas propias» de cada Comunidad Autónoma no sólo no pueden destruir, sino que deben servir la «política global» de la respectiva materia que al Estado, por título constitucional corresponde en exclusiva formular* (la cursiva y la negrita son nuestras).

El tercer elemento, llamado por ellos el *círculo de suplencia* es un contenido de la norma básica que *no es estrictamente necesario en el sentido institucional del concepto, salvo en un caso, aunque sí técnicamente muy conveniente* (la cursiva es nuestra). El asunto es que puede haber alguna o varias o todas, de las Comunidades que adopten una actitud pasiva y omitan toda actividad normativa, o al menos que la demoren en el tiempo. Con ello la materia a la que el Estado ha dotado de una regulación básica que quedaría afectada de grave insuficiencia normativa. Es este vacío, susceptible de producir graves perjuicios sociales,

mismo concepto de bases que ellos sostienen. La teoría del interés fue defendida sin éxito por el Magistrado Jiménez de Parga en su Voto Particular discrepante a la STC 61/1997. Sobre el argumento del interés, ver VIVER PI-SUNYER, C., «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa, *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, p. 325.

«Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», *Estudios...*, ob. cit., pp. 314 y ss.

el que ha de intentar suplirse haciendo que el Estado incorpore a su norma básica un contenido mínimo que ultime la regulación global de que se trate y que sólo será aplicable en defecto de la regulación autonómica, en virtud de la cláusula de suplencia del derecho del Estado que se encuentra en el artículo 149.3 de la Constitución.

Hay un caso en que el establecimiento de ese tercer círculo será necesario, y es cuando se trate de regulaciones en que no todas las Comunidades Autónomas tengan asumida competencia normativa, o la tengan con distinto alcance. En este supuesto, este tercer círculo ni siquiera será de suplencia, sino de directa y necesaria aplicación en aquellas Comunidades Autónomas.

El círculo de suplencia se concibe, pues, como *un simple arbitrio práctico para facilitar la regulación global y sistemática de la materia y la eventualidad de omisiones normativas o de desacuerdos temporales en su puesta en aplicación por parte de las diferentes Comunidades Autónomas, o en el caso extremo, cuando alguna de esas Comunidades Autónomas carezca de poder normativo propio* (la cursiva es nuestra).

Sin necesidad de entrar ahora en el debate acerca de si la teoría bímembre es o no la más apropiada para explicar la organización autonómica del Estado, baste con reconocer que es evidente, desde luego, que la Constitución otorga a los órganos centrales o generales del Estado una serie de atribuciones que les sitúan en una posición de supremacía con respecto a las Comunidades Autónomas. Entre ellas destaca la prevalencia del Derecho estatal y se encuentra, también, la cualidad de Derecho supletorio de primer grado del propio de las Comunidades Autónomas que la cláusula del artículo 149.3 CE confiere al ordenamiento del Estado. Una cualidad ciertamente importante que, sin embargo, ni necesita ni, por supuesto, está complementada con previsiones constitucionales que permitan deducir una facultad estatal de intervención preventiva y autónoma sobre el Derecho de las Comunidades Autónomas por razones de conveniencia o de garantía de regulación global de las distintas materias. Tal suerte de poder implícito en favor del Estado no encuentra apoyos en el texto constitucional sino más bien al contrario, y, además, fuerza el concepto mismo de la supletoriedad como regla de integración. Es decir, que aun cuando los órganos generales del Estado desempeñen funciones del Estado-Global, la identificación del abanico de poderes en que se traduce su supremacía sobre los órganos autonómicos ha de realizarse a partir de las determinaciones que al respecto contiene la norma constitucional. Pero, un examen detenido del texto de la Constitución lleva a la conclusión de que entre ellos no está ni explícita ni implícitamente reconocida al Estado la competencia de garantizar la plenitud del ordenamiento ni de prevenir con ese fin las

hipotéticas lagunas o las regulaciones insuficientes de las Comunidades Autónomas, creando un Derecho que no esté soportado por títulos competenciales establecidos en el bloque de la constitucionalidad¹⁶.

Tras la STC 61/1997 todo esto está mucho más claro y ya no es sostenible la tesis de los tres círculos de interés, o por lo menos del tercero de ellos (*círculo de suplencia*) en los términos que se venía manteniendo, pues ha sufrido un revés definitivo, al menos como fundamento de la validez de las regulaciones estatales que carezcan de título competencial habilitante. El rotundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, da la razón a quienes venían defendiendo a contracorriente que los títulos competenciales atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas delimitan el ámbito de validez material de sus normaciones y que, sin título específico, éstas, si llegan a producirse, nacen viciadas de inconstitucionalidad radical y son nulas. El corolario en lo que ahora nos interesa es que, de haber lagunas, se deban colmar desde el propio ordenamiento en el que se produzcan y, sólo cuando ello no sea posible tendrá que acudir, en el caso de las Comunidades Autónomas, al Derecho del Estado que este cree en el ámbito material y espacial para el que sea competente.

No ha de pasarse por alto, tampoco, que la supletoriedad a la que se refiere el artículo 149.3 CE es una supletoriedad entre ordenamientos y no una supletoriedad entre normas¹⁷. La pluralidad de ordenamientos (el estatal y los autonómicos) existente se integra en un mismo sistema

¹⁶ LEGUINA VILLA, J. «El principio de competencia y la supletoriedad del derecho estatal», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, septiembre-diciembre 1997, pp. 15 y 16 lo explica con gran claridad: «No hay en el bloque de la constitucionalidad ninguna norma que atribuya al Estado una competencia universal para regular cualquier materia. Lo que el Estado ostenta es una competencia residual *ex art.* 149. 3 (que en primera instancia opera en favor de las Comunidades Autónomas) sobre todas aquellas materias que no hayan podido o querido ser asumidas por los Estatutos de Autonomía. Competencia residual, por tanto, sobre materias que el bloque de la constitucionalidad *no* atribuye a las Comunidades Autónomas. Algo radicalmente diferente como se comprende, de una supuesta competencia universal para regular todas las materias imaginables, incluidas las que integran y definen la autonomía política de las Comunidades Autónomas.» Como consecuencia de lo anterior, LEGUINA, advierte que las competencias estatales son, pues, competencias tasadas y eso significa, de acuerdo con la STC 118/1996 (FJ 6), que «para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel *título específico* que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate».

¹⁷ Ver BALZA AGUILERA, J. y DE PABLO CONTRERAS, P., «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», *REDA* n.º 55, julio-septiembre 1987, pp. 416 y ss.

normativo pero están separados por virtud del principio de competencia que garantiza jurídicamente la adopción de orientaciones políticas potencialmente distintas en el ejercicio de las respectivas competencias legislativas. A consecuencia de la separación competencial, el legislador autonómico encuentra ante sí una pluralidad de opciones constitucionalmente legítimas a la hora de formular las leyes en el ámbito de sus competencias. Entre las decisiones que están a su alcance hay que entender obviamente incluida la de no regular de determinadas facetas de la realidad¹⁸. Por eso, no se puede admitir la validez de la premisa en la que descansa la hipótesis de la supletoriedad de normas. Es decir, que el ordenamiento de cada Comunidad Autónoma sea una especie de espejo en el que se reflejen, o lo que es peor, en el que deban reflejarse necesariamente, las leyes que forman parte del ordenamiento estatal y, además, con un contenido parejo. De tal suerte, que allí donde la norma legal autonómica no atienda todos los aspectos previstos en la correspondiente estatal exista una laguna que esta última deba colmar.

Dejando a un lado los problemas de encaje de determinaciones legales que pueden estar basadas en planteamientos muy divergentes, es evidente que la supletoriedad de normas así concebida no sólo es contraria al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones consagrado en el artículo 2 CE y a las reglas de distribución competencial, contenidas en la Constitución y aplicadas en los Estatutos de Autonomía, sino a la misma lógica. Por más que sea notorio el mimetismo que inspira a muchas leyes autonómicas, por muy extensivo que haya sido el uso de las bases, por muy uniformizadora, en fin, que sea la política legislativa que en el Estado y en las Comunidades Autónomas hayan impuesto los partidos políticos de ámbito estatal a través de las mayorías parlamentarias correspondientes (en las Cortes y en los Parlamentos autonómicos), no es permisible la presunción simplista de la correlación exacta entre las regulaciones legales de uno y otras ni siquiera en lo que esté sujeto a las bases.

Para dilucidar en cada caso si hay laguna y, por tanto, necesidad de integrarla, lo correcto es adoptar la perspectiva del aplicador de la norma y determinar si (respetando las bases) el supuesto planteado requiere de una regla que la ley contemplada debiera haber previsto. La comparación con la ley estatal equivalente, si es que la hay (en ocasiones es posible, todavía, que sea preconstitucional) podrá ser útil para extraer una conclusión, pero en ningún caso es ineludible. Si al final se

¹⁸ Ver BALZA, J. y DE PABLO, P., *Ibidem*.

viera que, efectivamente, hay laguna esto será por causas intrínsecas al ordenamiento autonómico y no a la falta de correspondencia del contenido de una ley autonómica con el de la ley estatal. Su integración debería procurarse en el seno del ordenamiento o Derecho propio de la Comunidad Autónoma, si eso no da resultado satisfactorio, el aplicador deberá acudir al Derecho estatal dentro del cual hallará la homóloga a la autonómica.

La cuestión de si el ámbito competencial del Estado incluye la posibilidad de que el Estado legisle para algunos territorios (además de Ceuta y Melilla¹⁹) una materia completa debido a que, en virtud del principio dispositivo (art. 149. 3 CE) no haya sido asumida estatutariamente por una o más Comunidades Autónomas (ni le haya sido atribuida o delegada extraestatutariamente a través del art. 150 1 y 2 CE), es para nosotros secundario pues lo que ahora interesa recalcar es que si el Estado puede hacerlo no será porque disfrute de un apoderamiento constitucional para ello sino porque en esas hipótesis él es el competente para regular directamente, y no a título de Derecho supletorio, la materia de que se trate. En el caso de que luego resulte que la falta de normas autonómicas de desarrollo de las básicas estatales ocasione en otra Comunidad Autónoma una laguna aquél Derecho estatal tendrá que ser utilizado como supletorio en primer grado.

Desde la perspectiva del aplicador de las normas la verdad es que será difícil que se le presenten situaciones calificables como lagunas. La explicación es la misma que se ha dado anteriormente: si falta la ley estatal pero no la autonómica ésta será la norma aplicable sin perjuicio de la integración que en su caso fuera precisa y que se realizaría, en primer lugar, por sus propios principios o por la previsión constitucional de la que derive y, en su defecto, por la analogía y el Derecho estatal. Si la ausente es la ley autonómica de desarrollo de la básica estatal ésta será la norma aplicable y las carencias que así y todo pudieran apreciarse se colmarían con la ayuda de la Constitución y la analogía.

¹⁹ La invocación del argumento de que el Estado retendrá siempre una competencia universal sobre todas las materias para su aplicación directa en las hoy Ciudades Autónomas y supletoria para todas las Comunidades Autónomas no es nueva y ha sido defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA para rebatir la doctrina de la STC 61/1997, en «Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto de las Comunidades Autónomas», REDA, 95, 1997, pp. 413 y 414. Sin embargo, como señala LEGUINA, *ob. cit.*, p. 20, ese hecho no genera un *derecho* del Estado a legislar por vía supletoria para todas las Comunidades Autónomas y se muestra de acuerdo con BALZA y DE PABLO, *ob. cit.*, p. 423, quienes habían calificado la pretensión de deducir tal derecho como un fraude de ley.

Los únicos casos en los que tendría sentido hablar de lagunas serían aquellos en los que ni la autointegración ni la heterointegración sean suficientes para hallar la norma aplicable. Pero sólo se daría violación constitucional si la inactividad legislativa de uno o de los dos legisladores imposibilitara la producción de la ley necesaria para dar cumplimiento a la Constitución. Tal cosa ocurriría, a nuestro juicio, en una hipótesis igualmente excepcional: si la inactividad total (omisión absoluta) o parcial (omisión relativa) lo es de ambos legisladores, pues bastaría que uno de ellos hubiera producido su ley (fijando las bases o infiriéndolas y desarrollándolas) para que ni hubiera laguna ni omisión inconstitucional. No habiendo lagunas no tendría sentido, tampoco, acudir al expediente del artículo 149.3 CE. Además, la falta estaría en origen, en el Derecho estatal del que ha de partir la normación autonómica, y allí habría que realizar las operaciones de integración que fueran precisas.

VI. La supletoriedad como mecanismo de garantía de las competencias del Estado para la fijación de las bases en cada materia

En el epígrafe anterior hemos citado la teoría de los tres círculos de García de Enterría y Fernández Rodríguez, como fundamento teórico de la aplicación supletoria del Derecho estatal conforme al artículo 149.3 CE. Hemos visto, igualmente, que la práctica ha derivado en la regulación por el legislador estatal del llamado círculo de suplencia independientemente de que tuviera competencia en la materia correspondiente. También se ha dejado constancia de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al respecto. Lo que nos interesa poner de manifiesto ahora es que una teoría elaborada para explicar la estructura y el contenido que han de tener las normas estatales para articularse con las autonómicas y lograr así la plenitud y seguridad jurídicas deseables, ha servido de base para una reordenación del reparto de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas y para una desnaturalización injustificada del instituto de la supletoriedad que ha pasado de ser una técnica llamada a colmar lagunas a ser un mecanismo de control y de sustitución del legislador autonómico en el ámbito de las competencias que se le han atribuido estatutariamente.

La indicación que se acaba de hacer es relevante pues, según hemos visto en la introducción, la polémica sobre el principio de supletoriedad del Derecho estatal ha llevado a afirmar a los defensores del uso preventivo del mismo —hasta que el Tribunal Constitucional lo ha declarado definitivamente inconstitucional— que con él se impedía que el

silencio del legislador autonómico frustrara la realización de objetivos constitucionales abordada por el legislador estatal. Es decir, permitiría integrar una laguna provocada por tal omisión legislativa²⁰.

Una argumentación de ese tenor puede encontrar algún apoyo en la tesis de Mortati a la que se ha hecho referencia más arriba. Sin olvidar la crítica a la misma, recordemos ahora su sustancia.

Para el autor citado, la omisión legislativa es, como sabemos, una conducta deliberada de no cumplir un mandato de legislar previsto en la Constitución. Actitud que tiene como resultado la inexistencia de la norma que ha de regular un determinado supuesto, es decir, una laguna jurídica. Precisamente, en el dato de la intencionalidad se diferencian para él ambas figuras, de modo que sólo la inactividad legislativa que es deliberada incurre en omisión inconstitucional, mientras que la que genera las verdaderas lagunas está desprovista de una voluntad de crearlas. Desde el punto de vista práctico, la dicotomía de Mortati, supone que la primera conducta ha de ser objeto de control y salvarse por el propio legislador dando cumplimiento al deber que no ha observado. La segunda no, pudiendo ser subsanada por el juez mediante las técnicas de integración del ordenamiento.

Pues bien, los defensores de la supletoriedad preventiva del derecho estatal se basan en un planteamiento que se inscribe en la tesis obligacional o de la responsabilidad que defiende Mortati pero no llevan hasta el final sus consecuencias. En efecto, parece que dan por supuesto que las Comunidades Autónomas incumplirán una obligación de desarrollar legislativamente las bases estatales, generando las consiguientes lagunas y, en aras de un ordenamiento coherente y completo, otorgan al legislador estatal una facultad supletoria preventiva amparándose en la cláusula del artículo 149.3 CE. Ahora bien, si el incumplimiento del deber de legislar fuera intencionado, la lógica argumental propuesta por el maestro italiano, llevaría a aplicar, los mecanismos de

²⁰ Con la finalidad de evitar problemas al aplicador del Derecho y desde una perspectiva de técnica jurídica, MUÑOZ MACHADO, S. *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 195 y ss., abogó porque el legislador estatal identificara qué parte de dichas normas es básica y cuál supletoria descargando así a los jueces e, incluso, al Tribunal Constitucional, de una labor ingente de búsqueda del derecho aplicable a cada caso que les debería venir resuelta por el autor de las leyes, sin perjuicio, eso sí, de que su ajuste a lo dispuesto por la Constitución sea enjuiciado por la jurisdicción constitucional. Aunque no fuera su intención tal propuesta técnica, interpretada sin el rigor que el autor citado pedía, no sólo respaldaba la utilización preventiva de la supletoriedad de las normas estatales sino que la promovía abiertamente. Más tarde, en su *Derecho Público...*, vol. I p. 409, matizaría su posición con respecto a la supletoriedad preconizando un uso más restrictivo de la misma. Ver BALZA y DE PABLO, «El Derecho estatal...», p. 392.

control constitucionalmente previstos (artículos 153 y 155 CE) para evitar la hipotética infracción constitucional que la actitud omisiva pudiera entrañar y, mediante los cuales podría obligarse a las Comunidades Autónomas a subsanarla mediante la correspondiente ley ya que debería ser naturalmente del legislador competente, es decir, el autonómico el encargado de remediar, actuando, los problemas que su inactividad haya generado. Si la omisión no fuera intencionada, provocaría, según Mortati, lagunas y competería al juez operar la integración (siempre de acuerdo con la tesis de este autor que, según hemos repetido, no compartimos y que entendemos inaplicable por faltar el presupuesto esencial de partida: que el legislador autonómico tenga la obligación constitucional de desarrollar las bases establecidas en las leyes del Estado).

El recurso a la teoría de Mortati tiene como claro objetivo recobrar competencias legislativas que conforme con la Constitución, los Estatutos y demás normas integrantes del bloque de la constitucionalidad, ya no corresponden al Estado. La supletoriedad preventiva tiene, además, la peculiaridad de que no se emplea caso por caso sino que tiene una proyección general sobre todos los casos relativos a una materia.

Aclarada la cuestión, han de identificarse cuáles son los verdaderos problemas que subyacen a la polémica sobre las lagunas y la aplicación supletoria del Derecho estatal y cuáles sus soluciones. Tarea que pasa por determinar si existe un deber constitucionalmente impuesto a las Comunidades Autónomas de desarrollar las leyes básicas del Estado cuyo incumplimiento permita activar los instrumentos y procedimientos de control previstos en la Constitución.

En mi opinión, la tesis obligacional que Gómez Puente ha defendido siguiendo a García de Enterría y Fernández Rodríguez carece de fundamento en la Constitución de 1978. No sólo porque se opone frontalmente a la jurisprudencia constitucional sobre la supletoriedad, la cual no es el fruto de la decisión sobre un caso aislado sino, según ha puesto de relieve Leguina Villa²¹, la culminación de una doctrina que se ha ido elaborando a lo largo de muchos años y que está soportada por una argumentación difícilmente rebatible. El motivo principal es que esa tesis es contraria al principio de autonomía reconocido y garantizado constitucionalmente porque usurpa al legislador autonómico una

²¹ LEGUINA VILLA, J., *ob. cit.* Este trabajo viene a ser una réplica al artículo de REQUEJO PAGÉS, J.L., «El Estado autonómico. ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 1, mayo-agosto, 1997, pp. 157 y ss. en el que este autor sostiene que la citada sentencia ha producido una mutación de la forma de Estado.

potestad inherente a su propia y también es contraria al principio democrático al privarle de la función representativa como es decidir cuándo y cómo ha de elaborar las leyes dentro de su ámbito competencial. Una decisión que ha de ser el fruto de la discusión y de la formación de una mayoría parlamentaria suficiente que no puede ser sustituida por el legislador básico estatal con el argumento de que ha de satisfacer «la política global» que en cada materia decida el legislador estatal. Ciertamente, las bases responderán a la orientación política definida en el ámbito de los órganos generales del Estado, delimitarán el margen de actuación legislativa autonómica, pero deben hacer posible que la Comunidad Autónoma plasme su propia orientación. De otro modo se vaciaría por completo no sólo el elenco de opciones disponibles para el legislador autonómico sino, incluso, la ponderación de la necesidad y oportunidad de su actuación.

Hemos de reiterar nuevamente que inactividad y supletoriedad constituyen dos órdenes de cuestiones diferentes (la primera atiende a la producción de la ley mientras que la segunda se refiere a su aplicación y eficacia), y que la relación entre ambas sólo puede hacerla efectiva el operador jurídico en la fase aplicativa del Derecho. Obviamente, eso no excluye, más bien al contrario, que el legislador autonómico tome conciencia de la conveniencia de evitar vacíos y sienta la necesidad de elaborar sus propias normas contribuyendo así a garantizar la seguridad jurídica.

El deslinde entre la inactividad y la supletoriedad es esencial ya que no sólo permite analizar con mayor perspectiva el fenómeno de la inactividad legislativa sino, también, si es que son precisos, extremo que habrá que estudiar, los controles y remedios más adecuados y ajustados a la Constitución que sean la alternativa a la supletoriedad preventiva a la que nos había acostumbrado el legislador estatal.

En todo caso, resulta paradójico ver cómo si hace no mucho la preocupación doctrinal se dirigía a la amenaza que podría representar para la seguridad jurídica, la adecuación de las leyes a la Constitución y su eficacia, la marea legislativa que se esperaba del Estado Social y del Estado Autonómico, más tarde han cobrado relevancia los problemas, reales o aparentes, que la falta de leyes por la inactividad del legislador autonómico puede generar para la unidad y coherencia del Ordenamiento tras la ratificación de la jurisprudencia que proscribió el empleo de la supletoriedad por el Estado en los términos arriba expuestos. La paradoja es aún mayor si se tiene en cuenta que sigue sin resolverse el problema de la participación o representación de las Comunidades Autónomas en el proceso legislativo en el que se establecen las bases que han respetar a la hora de elaborar sus propias leyes, pues no se ha abor-

dado todavía la reforma del Senado y ni las conferencias sectoriales previstas en diversas normas estatales ni las relaciones bilaterales entre el Estado y las Comunidades Autónomas cubren en absoluto esa carencia.

Pese a la insistencia en la naturaleza y la función de la supletoriedad, creemos que se llega a la misma conclusión práctica sobre los efectos jurídicos de la inactividad legislativa autonómica de desarrollo de las bases estatales a partir de la propia concepción de éstas.

En efecto, si según vimos la autonomía significa la potestad de establecer una orientación política propia que puede ser coincidente o distinta de la marcada para el Estado, y si esa potestad está acotada por las competencias estatutariamente asumidas tal y como han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional, ello ha de ser así tanto en relación con las llamadas competencias exclusivas como en las compartidas. Es decir, el tipo de competencias asumidas puede dejar más abierto o más cerrado el marco de desenvolvimiento del legislador autonómico, y de hecho, frecuentemente acotan su campo de acción hasta unos extremos tales que casi lo reducen a la nada. Pero, dejando a un lado la política legislativa estatal, lo que es evidente es que aunque las normas básicas del Estado delimiten el citado campo e incidan, restringiéndola, la libertad de configuración del legislador autonómico, ni sustituyen a las normas estatutarias de atribución de competencias ni, mucho menos, pueden imponer a aquél la obligación de desarrollarlas. Dicho en otros términos, de la competencia del Estado para establecer el contenido de lo básico no se puede en modo alguno deducir una prerrogativa estatal que le permita obligar a legislar a los Parlamentos autonómicos.

Interpretación que, en nuestra opinión, es coincidente con la que anima a la importante STC 69/1988 (FJ 5) que, tras señalar la dificultad de aplicación equilibrada del sistema de distribución competencial en los supuestos en los que las competencias legislativas autonómicas entran en concurrencia con las que al Estado corresponden para definir el marco de lo básico dentro del cual deben aquéllas ejercitarse, aclara que la atribución al Estado de estas competencias deja el sistema abierto en el sentido de que «aun careciendo las normas básicas estatales de efectos atributivos de competencias que puedan alterar el sistema constitucional y estatutario, tienen por objeto delimitar, con alcance general, el espacio normativo al que las Comunidades Autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares, las competencias propias que tengan relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas».

Lo básico prefigura, por tanto, el ámbito material sobre el que ha de producirse la regulación autonómica. Esta ha de concebirse siempre

como posible o, incluso como conveniente y deseable, puede que hasta se estime jurídicamente necesaria en algún caso, pero nunca será forzosa u obligada.

VII. La necesaria autocrítica

A mi juicio, ha llegado la hora de la autocrítica en sede autonómica pues, si bien es cierto que la práctica seguida durante años por el legislador estatal a través de la supletoriedad preventiva era lesiva de la capacidad de configuración legislativa que supone el ejercicio del derecho a la autonomía, también resultaba cómoda para las Comunidades Autónomas que se veían relevadas de la labor de legislar e, incluso, de aprobar sus propios reglamentos valiéndose de las normas «supletorias» del Estado. Una actitud que se podía comprender en el contexto doctrinal y legal imperante hasta hace bien poco pero que ya no es admisible desde la perspectiva de la irrenunciabilidad de las competencias y del principio de responsabilidad de los poderes públicos²². Hay que pensar que la práctica seguida por las Comunidades Autónomas era, y en gran medida sigue siendo, contradictoria con el sistema parlamentario de Gobierno en ellas imperante. Suponía, lisa y llanamente, que los Parlamentos autonómicos se autolimitasen en el ejercicio de la función que es su principal razón de ser: la función legislativa y se contentaran, únicamente, con la presupuestaria y la de control al ejecutivo. De ese modo, el Derecho aplicable en las Comunidades Autónomas ha

²² MUÑOZ MACHADO, S., *ob. cit.*, p. 412, se mostró contrario a la aplicación supletoria del derecho estatal provocada por el vacío normativo ocasionado por la renuncia del legislador autonómico a ejercer sus competencias. Según este autor: «Las Comunidades Autónomas no pueden renunciar a una regulación invocando la aplicación del derecho del Estado cuando *las normas estatales que podrían ser aplicadas supletoriamente no tienen correspondencia ni con la posición ni con las funciones y competencias de la Comunidad Autónoma*». Aunque compartimos la conclusión de que no es admisible tal renuncia competencial (en nuestra opinión ni en el caso considerado por MUÑOZ MACHADO ni en ningún otro) hay que precisar que el ilustre administrativista cita en apoyo de su interpretación la doctrina sentada por la STC de 12 de noviembre de 1981, recaída sobre la ley de 12 de noviembre de 1981, «*de inmunidad e inviolabilidad de los miembros del Parlamento Vasco*», a través de la cual se pretendía extender a los mismos el régimen que sobre las garantías mencionadas contiene el Reglamento del Congreso invocando para ello su aplicación supletoria. Es decir, un supuesto en el que en el fondo no se renunciaba a regular una materia sobre la que la Comunidad Autónoma tuviera reconocidas competencias normativas sino que se quería paliar el silencio estatutario en cuanto a las garantías parlamentarias de los miembros de la Cámara vasca acudiendo a una regulación por remisión a la normativa del Congreso de los Diputados. Algo muy distinto a la provocación de una laguna.

sido, fundamentalmente, el Derecho aprobado por el Estado. En ocasiones, en su integridad, en otras, renunciando a producir la ley autonómica y acudiendo, en su defecto, en una más que discutible simbiosis, al desarrollo reglamentario de leyes estatales que abarcaba no sólo su contenido básico sino toda la regulación.

Estas prácticas deben estar llamadas a su fin, tanto por razones jurídicas como políticas, si bien el impulso de la producción legislativa autonómica a que parecía animar la jurisprudencia sobre la supletoriedad ha tardado algún tiempo en activarse y en algunos casos su virtualidad ha sido muy escasa debido a la tendencia a reproducir la legislación estatal, incluso la supletoria declarada inconstitucional. No en vano, han sido muchos los años de inhibición legislativa²³ y, como antes decíamos, ha resultado cómodo vivir así mientras se iba asentando la organización y la gestión de las competencias asumidas y se llevaban a cabo las transferencias de servicios desde la Administración del Estado. Tampoco debe olvidarse el efecto disuasorio de la iniciativa legislativa que ha supuesto la alta conflictividad competencial durante la primera década de desarrollo autonómico y el frecuente uso que el Estado ha hecho hasta ahora del privilegio de la suspensión automática que le confiere el artículo 161.2 CE cuando impugna disposiciones autonómicas.

Por tales motivos, y porque la mayor parte de los estudios que se han publicado en torno a estas cuestiones lo han hecho desde la óptica del legislador estatal (lo cual es lógico no sólo porque lo que se enjuiciaba por el Tribunal era precisamente una práctica empleada por el Estado, sino, también, porque esa es la perspectiva que predomina en la doctrina), me ha parecido oportuno tratarlo desde el ángulo autonómico sin que ello suponga, por supuesto abandonar la visión del conjunto.

²³ Sobre las causas de la inhibición del legislador autonómico y, en particular en el País Vasco, ver mi trabajo «Aproximación al estudio de la obra legislativa del Parlamento Vasco: (1980-1988)», en *RVAP*, n.º 24, Mayo-Agosto 1989, pp. 137 a 142.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y DE LA EXPROPIACION FORZOSA*

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Constitucional

Sumario: 1. La Constitución y los derechos. 2. El derecho a la propiedad privada en la Constitución. 3. El significado de la constitucionalización del derecho a la propiedad privada. 4. Elementos singulares del estatuto del derecho de propiedad privada. 4.1. El contenido del derecho a la propiedad privada. 4.2. El derecho a la propiedad privada en el Estado Autonómico. 5. Observaciones sobre la expropiación forzosa desde la experiencia constitucional española.

1. La Constitución y los derechos

A la hora de destacar los aspectos que caracterizan el tratamiento que de la propiedad privada y de la expropiación forzosa hace la Constitución española de 1978, es preciso poner de manifiesto la singularidad que representa el, hasta cierto punto, secundario papel que le asigna. Para apreciarla en su justa medida es menester esbozar rápidamente de qué manera se ocupa de los derechos que reconoce.

En efecto, al recordar cuál es la actitud del texto fundamental hacia ellos, tendremos que poner de manifiesto que, ciertamente, les dedica una regulación extensa y, en algunos puntos, densa. No en vano el Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, es el que más artículos contiene (10 a 55) y en esos preceptos no sólo se encuentran cláusulas de reconocimiento, sino también, regulaciones precisas en muchos casos, así como la previsión de garantías específicas, dada la preocupación de los constituyentes porque, en esta materia, entre norma y realidad hubiera la mayor concordancia posible. Por otra parte, también fuera del Título I cabe encontrar fórmulas de reconocimiento de derechos. Pues bien, desde un planteamiento general de

* Una versión de este texto fue presentado en el *V Colloquio Tribunal Supremo de España-Consiglio di Stato d'Italia «Espropriazione per pubblica utilità»*. Roma, 9 al 10 de junio de 2003.

compromiso con las ideas de libertad e igualdad compartidas a la salida de la dictadura, los constituyentes utilizaron tres tipos básicos de normas para plasmarlas jurídicamente.

En primer lugar, nos encontramos con las que reconocen lo que la propia Constitución llama derechos fundamentales y libertades públicas, expresiones ambas que se identifican, al menos desde el punto de vista del régimen jurídico que han recibido. Estos derechos fundamentales son los contenidos en los artículos 15 a 29 y a ellos ha de sumarse el derecho a la objeción de conciencia. No guardan entre sí una relación de homogeneidad desde el punto de vista de la materia sobre la que versan, pues abordan cuestiones tan dispares como el derecho a la vida, el derecho a la educación, el derecho de huelga, el derecho de petición o el derecho de los funcionarios a no ser sometidos a Tribunales de Honor. Sin embargo, se distinguen porque disfrutan del máximo nivel de protección que brinda nuestro ordenamiento jurídico y, señaladamente, porque, además de gozar de las mismas garantías que los otros derechos enunciados en el texto fundamental, las normas constitucionales que los regulan sólo pueden ser desarrolladas por ley orgánica y porque, en caso de vulneración no reparada por los tribunales, son susceptibles de amparo por el Tribunal Constitucional. Además, cualquier reforma constitucional que les afecte ha de efectuarse por el mismo procedimiento exigido para la revisión total de la Constitución.

El segundo grupo de normas es el de las que reconocen derechos que calificaremos de constitucionales. Así las que en los artículos 31 y siguientes del Título I reconocen derechos de este tipo. Disfrutan, es verdad, de un elevado nivel de protección ya que vinculan a todos los poderes públicos, sólo pueden ser regulados por ley, la cual ha de respetar el contenido esencial de tales derechos, y son tutelados por la acción de los tribunales.

Finalmente, el tercer grupo de normas son las que, en el Capítulo III del Título I, formulan los que la propia Constitución llama principios rectores de la política social y económica y recoge en los artículos 39 a 52. Abordan cuestiones características del constitucionalismo económico y social que enlazan con aspectos fronterizos con los derechos de las llamadas tercera y cuarta generaciones. Son normas con virtualidad jurídica, pues el mismo texto fundamental regula la forma en que surten efectos. Así, de su artículo 53.3 resulta que esos principios han de inspirar la acción de los poderes públicos, iluminar la interpretación del ordenamiento jurídico y erigirse en límites a la actuación de aquéllos. También determina ese precepto que sólo cuando medie una Ley que los desarrolle podrán ser alegados ante los tribunales. Lo cual es bastante frecuente dado que, en estos veinticinco años de vigencia del

texto de 1978, han sido muchas las leyes que se han aprobado en desarrollo de los principios rectores, leyes tanto estatales como de las Comunidades Autónomas que han ido configurando un panorama normativo cada vez más compacto.

Puede decirse que el constituyente fue realista y quiso garantizar efectivamente solamente aquello que era materialmente posible cumplir porque existían las condiciones materiales para hacerlo. Y renunció a afirmar derechos cuya realización efectiva no era viable precisamente por faltar tales condiciones. Así, conforme se han ido removiendo algunos de los obstáculos que impedían su satisfacción, el legislador ha ido concretando muchas de esas figuras esbozadas en los principios rectores de la política social y económica.

2. El derecho a la propiedad privada en la Constitución¹

A diferencia de lo que sucedió en los orígenes de la historia del constitucionalismo —estoy pensando en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 y en los textos constitucionales que la siguieron en este punto— cuando la propiedad privada se presentaba como un derecho inviolable y sagrado, lo cierto es que hoy aparece de un modo muy diferente. Desde luego, no goza de un estatuto preferente en la Constitución española de 1978. Es verdad que es objeto de reconocimiento y protección, pero no está incluida entre los derechos calificados de fundamentales.

Está regulado en el artículo 33, cuyo tenor es el siguiente:

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de la propiedad delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Como la Constitución deliberadamente no le ha atribuido el carácter de derecho fundamental, no ha reservado su desarrollo a la ley orgánica, cuya aprobación requiere la mayoría absoluta en el Congreso de

¹ Sobre este derecho, cfr. Fernando REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. Para una perspectiva comparada, cfr. Javier BARNÉS VÁZQUEZ, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*. Tecnos, Madrid, 1995.

los Diputados. Tampoco lo protege mediante el recurso de amparo, ni, en fin, lo defiende a través de la hiperrigidez que establece para la reforma constitucional de los derechos fundamentales.

Cabe discutir sobre el acierto de limitar la calificación de derechos fundamentales solamente a los que la Constitución distingue de ese modo. Incluso, son consistentes las razones de quienes señalan que lo determinante para considerar fundamental un derecho constitucionalmente reconocido es que vincule a los poderes públicos, su ejercicio esté reservado a la ley, su contenido esencial se halle al resguardo del legislador y goce de la tutela judicial efectiva². De seguir esta tesis, ciertamente, el de propiedad sería un derecho fundamental. Y la remisión interpretativa que hace el artículo 10.2 de la Constitución a la Declaración Universal de los Derechos Humanos a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España esa materia, lo que incluye especialmente al Convenio para la protección de los Derechos Humanos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales de 1950, refuerza la tesis expuesta.

Ahora bien, con independencia del acierto que pueda asistir a esa posición doctrinal y reconociendo que en el debate sobre el asunto hay mucho de nominalismo, sin embargo, es indudable que el derecho de propiedad cuenta con menos instrumentos de protección en nuestro ordenamiento jurídico que otros derechos. Y esto se confirma si se tiene presente que en los debates constituyentes no suscitó especial preocupación su ubicación, con las consecuencias jurídicas que eso representaba y representa, ni el contenido de lo que, después, fue el vigente artículo 33.

Puestos a buscar las razones por las que fue así, al menos, hay que tener en cuenta las siguientes:

a) En materia de derechos la preocupación principal de los constituyentes era la de asegurar todos aquellos que se identifican con la libertad política y la garantía del pluralismo. Es decir, los que habían sido desconocidos durante el régimen anterior. Ese no era, desde luego, el caso del derecho a la propiedad.

b) Por otra parte, no existía una controversia especial sobre su concepto, contenido y límites. En realidad, antes de la Constitución se había forjado un entendimiento sobre esas cuestiones lo suficientemente amplio en sede académica, en la legislación y en la jurisprudencia. Me

² Cfr., a este respecto, Pedro CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», ahora en su libro *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 23 y ss.

refiero a que se había dado por superada mucho tiempo antes de 1978 la vieja noción absoluta del derecho a la propiedad y se asumía que la función social que ha de desempeñar le acompañaba indisolublemente. En este plano, hubo, pues, continuidad con lo que dispuso la Constitución de la II República, la cual aplicó en España los planteamientos que, a partir de Weimar, se difundieron en la Europa democrática de entreguerras.

Es cierto que las Leyes Fundamentales del régimen político surgido de la Guerra Civil se preocuparon por mantener un tinte social vinculado a las iniciales aspiraciones de Falange Española que también se reflejaba en la concepción de la propiedad privada. Ahora bien, más relevante fue el influjo de la doctrina social de la Iglesia Católica y la recepción por los juristas de las ideas que sobre este particular se venían desarrollando en otros lugares. Esto se refleja en diversas leyes sectoriales que establecieron normativamente la conexión de la propiedad privada con su función social. Destacan, en este sentido, entre otras, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, todavía en vigor, que preveía ya entonces la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, la Ley de Montes de 1957 y la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuyo texto refundido de 1973, imponía la explotación de la tierra con los criterios técnicos y económicos adecuados a su destino. Por otra parte, la Ley del Suelo de 1956 sentó el principio de que nadie tiene derecho a transformar el suelo rústico en urbano sin plan de urbanización previo, dejando claro que urbanizar y construir no forma parte del derecho a la propiedad, cuyo contenido mínimo o natural quedaba reducido al aprovechamiento agrícola, forestal o ganadero del terreno³. En fin, la reforma del Título Preliminar del Código Civil realizada en 1974, junto a la interdicción del abuso de derecho, positivizó la cláusula de prohibición del ejercicio antisocial de los derechos en normas que hoy permanecen en vigor y que encuentran un especial sentido en relación con el ejercicio del derecho a la propiedad privada.

En definitiva, aunque el artículo 348 del Código Civil continuaba y continúa teniendo la redacción aprobada en 1889: «La propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», las transformaciones operadas en la realidad habían llevado en la práctica a una noción de ese derecho bastante más compleja. En realidad, bajo esa fórmula genérica se habían venido fraguando diversos estatutos de la propiedad en función de la naturaleza de los bienes que constituyeran su objeto y, frente a su redacción, que

³ Véase, a este respecto, Javier DELGADO BARRIO, «El derecho de propiedad», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo XXXVII, Madrid, 1999, pp. 301 y ss.

parece entender como algo externo las limitaciones legales, se asumió que la definición hecha por las leyes operaba desde el interior del propio derecho y que, junto a un haz de facultades individuales sobre las cosas, suponía una serie de deberes y obligaciones que el legislador establecía en atención a valores o intereses de la colectividad.

c) En cambio, sí fueron más vivos los debates en torno a la definición del modelo económico, si bien el consenso constituyente superó, también en este terreno, las discrepancias existentes entre las fuerzas políticas reflejando en el texto constitucional las aspiraciones de los distintos grupos enfrentados. Así, el artículo 38 que consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que reconoce como nuevo derecho constitucional, no fundamental, introduce también la previsión de que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Por su parte, en el artículo 131, la Constitución regula la forma de elaborar los planes. Y, luego, en el artículo 128, antes de reconocer la iniciativa económica pública, la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales y la potestad de intervenir empresas cuando así lo exija el interés general, el texto fundamental proclama solemnemente que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

Es posible apreciar que esta libertad de empresa que se erige en derecho constitucional comparte con la propiedad el mismo estatuto jurídico, no sólo porque haya sido incluida entre los derechos constitucionales a los que no se les atribuye la consideración formal de fundamentales, sino también porque se ve rodeada por un conjunto de elementos que la modulan y que pueden llegar a comprimirla intensamente.

d) Si nos fijamos, por lo demás, en las disposiciones constitucionales sobre el dominio público, comprobaremos su potencialidad expansiva frente a la propiedad privada. En efecto, el artículo 132.2 de la Constitución, además de atribuir la condición de pertenencias demaniales a la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, autoriza a la Ley para determinar cuáles son los bienes de dominio público estatal. Por tanto, su ámbito puede variar en la medida en que el interés público así lo demande. Un buen ejemplo de ello es la ampliación del demanio llevada a cabo por la Ley 22/1988, de Costas. Ese texto legal, cumpliendo lo dispuesto por este artículo 132.2, ha extendido el dominio público marítimo terrestre provocando la incorporación al mismo de terrenos hasta ese momento de propiedad privada, compensando a sus titulares con títulos concesionales de ocupación por treinta años, prorrogables por

otros treinta. Algo parecido ha sucedido con la Ley 29/1985, de Aguas, que definió el dominio público hidráulico, aplicando una solución semejante para los aprovechamientos de aguas públicas en manos de particulares, solución que permanece en el texto refundido ahora en vigor, contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio⁴.

En definitiva, la peripecia constitucional del derecho de propiedad no fue especialmente destacada. Mejor dicho, llama la atención por haber pasado casi inadvertida y por haber recogido una concepción del mismo homogénea con la que impera en otros ordenamientos europeos. Es significativa, en este sentido, la opinión del maestro Massimo Severo Giannini, quien, al examinar la forma en que la Constitución italiana ha contemplado el derecho a la propiedad privada, subrayó el carácter reducido de la garantía que le presta en comparación con la que reciben los derechos fundamentales⁵. Con todo, la peculiaridad española consiste en que en nuestro ordenamiento se ha formalizado esa menor tutela del derecho que examinamos, al negarle la consideración formal de derecho fundamental.

3. El significado de la constitucionalización del derecho a la propiedad privada

Si no se aprecian especiales novedades en el tratamiento que la Constitución dedica al derecho a la propiedad privada, fuera de la circunstancia indicada, podemos preguntarnos entonces por el alcance de ese reconocimiento. ¿Cuál es el significado de su constitucionalización? ¿Qué es lo que aporta al régimen jurídico que ya existía? Enfrentados a tales cuestiones, creo que, al menos, cabe señalar las siguientes consecuencias:

- a) Es evidente que el solo hecho de que la Constitución se haga eco, reconociéndolo, del derecho a la propiedad privada tiene una gran trascendencia aunque no innove, en principio, su régimen jurídico. La asunción por el texto constitucional de cualquier contenido le atribuye una relevancia especial en la medida en que lo incorpora. Si tenemos presente que la Constitución es la

⁴ La jurisprudencia constitucional ha reconocido la virtualidad delimitadora de la propiedad privada de éstas y otras leyes. Cfr., sobre la Ley de Aguas, la STC 227/1988; sobre la Ley de Costas, la STC 149/1991; sobre la Ley de Propiedad Horizontal, la STC 401/1993; sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos, la STC 89/1994.

⁵ Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Amministrativo*. Giuffrè. Milán, 1979, vol. II, pp. 1210 y ss.

norma que preside el ordenamiento jurídico no es poca cosa que una institución o un derecho sean acogidos en su seno. Eso quiere decir que lo erige en uno de los elementos principales sobre los que descansan la convivencia política y las relaciones sociales. Es decir, en uno de los ingredientes del contrato social.

- b) Ahora bien, junto a esa dimensión hay otras de mayor significación práctica. La recepción del concepto de propiedad que se había afirmado en la realidad jurídica del país formalizándolo al nivel más alto, le atribuye la máxima fuerza vinculante que es posible y proyecta las pretensiones ordenadoras de las normas que lo reconocen con carácter general. De este modo, rigen sin que sea preciso esperar a que el legislador las establezca caso por caso. Y hay que advertir que la fórmula constitucional deja claro que la función social es un elemento estructural del derecho de propiedad privada. Función social que, si bien ha de ser precisada por las leyes, no puede ser ignorada por éstas ni vaciada de todo sentido jurídico.
- c) Pero es que, además, al recibir la Constitución este derecho, lo integra en el sistema que instaura y le extiende la cobertura del conjunto de garantías que ha establecido. Así, pues, en la medida en que perfecciona notablemente el arsenal de medidas de defensa jurídica de los derechos, el de propiedad se beneficia también de ello, lo que representa una mayor protección para los propietarios, aunque no se trate formalmente de un derecho fundamental. En ese contexto destacan las normas constitucionales que prohíben el carácter confiscatorio de los tributos (artículo 31.1) y definen los rasgos principales de la expropiación forzosa en los siguientes términos: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo previsto en las leyes» (artículo 33.2).
- d) En este mismo sentido garantista, la cláusula del contenido esencial que el legislador ha de respetar a la hora de regular el ejercicio del derecho a la propiedad resulta especialmente importante, según veremos más adelante.
- e) No lo es menos, en fin, desde una perspectiva más amplia, otra de las repercusiones de la constitucionalización del derecho a la propiedad: su incorporación como uno de los elementos básicos de la idea de Estado social asumida por el texto fundamental. En tanto la función social de la propiedad privada guarda una estrecha relación con el Estado social y democrático de Derecho, tal vínculo refuerza la virtualidad delimitadora de esa cláusula.

4. Elementos singulares del estatuto del derecho a la propiedad privada

Ahora bien, más allá de los efectos derivados de la lógica del ordenamiento jurídico hay otras repercusiones que brotan, no tanto de la asunción constitucional del derecho de propiedad, cuanto de la forma en que lo ha recibido la Constitución en su seno y de la naturaleza del Estado que ésta ha construido.

Planteadas las cosas de ese modo, se trata de saber, por un lado, cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad que resulta de la Constitución y, por el otro, qué consecuencias tiene para él la naturaleza compuesta del Estado.

4.1. *El contenido del derecho a la propiedad privada*

Sobre lo primero, son varias las cosas que es necesario tener en cuenta. En primer lugar, que la noción del derecho de propiedad recogida en el artículo 348 del Código Civil como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes ha quedado reducida en la práctica casi únicamente a la que tiene por objeto aquellos bienes destinados al consumo personal. En cambio, la que se refiere a la tierra, es decir al suelo rústico, la que contempla el suelo urbano, la llamada propiedad horizontal, la que tiene por objeto los bienes del patrimonio histórico y artístico, o los recursos y espacios naturales, entre otros bienes susceptibles de apropiación, ha experimentado una modulación en ocasiones tan intensa como consecuencia de la intervención legislativa y administrativa que, apenas se reconoce desde la fórmula del Código Civil, pues tanto el goce como la disposición se ven seriamente condicionados, cuando no desaparecen directamente.

Es evidente que la aproximación a lo que ha de entenderse por el contenido esencial de la propiedad privada que ha de ser preservado, incluso, frente al legislador variará en función de los bienes de carácter patrimonial sobre los que se proyecte y que esa variación dependerá de la intensidad con la que opere la función social que ha de delimitar tal derecho en cada caso. Sentada esta premisa, puede aceptarse como punto de partida la noción del artículo 348 del Código Civil, integrada por las previsiones del artículo 33 de la Constitución, el cual, por lo demás, no prevé el derecho de acceder a la propiedad, aspecto éste que en nuestra Constitución únicamente se contempla en el artículo 129.2 que encomienda a los poderes públicos facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Pero el resultado nor-

mativo de aquellos preceptos es solamente un punto de partida que se verá notablemente alterado como consecuencia de la tarea delimitadora llevada a cabo por el legislador en cada caso.

Delimitación que, realizada de la mano de la función social de la propiedad privada, no supone un recorte o disminución del alcance de ese derecho sino su forma natural de ser respecto de cada categoría de bienes, por lo que no implica menoscabo de la posición del titular del derecho. Sobre este punto no hay discrepancias y la misma jurisprudencia constitucional lo ha establecido con claridad diciendo que «la función social de la propiedad ha de ser entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo». Eso significa «la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido» (STC 37/1987). Incorporación que determina que el derecho que examinamos adopte una especie de geometría variable pues, según sean las exigencias del interés público que el legislador prevea en cada caso, aparecerá de una forma distinta o, incluso, desaparecerá en su materialidad para convertirse en su equivalente económico.

Esto se aprecia si se tienen en cuenta las técnicas operativas mediante las cuales se produce el cometido delimitador de la función social. Cabe agruparlas, siguiendo a Stefano Rodotà⁶, de la siguiente manera:

1. Falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reducción del contenido de la propiedad hecha con carácter general y definitivo en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes.
2. Establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas.
3. Fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que, en algunos casos, pueden incluso determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho subjetivo.

⁶ Stefano RODOTÀ, «Poteri dei privati e disciplina della proprietà», en la obra dirigida por él *Il diritto privato nella società moderna*. Il Mulino, Bolonia, 1971, pp. 403 y ss. Anteriormente, «Note critiche in tema de proprietà», en *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 1312-1313 y en *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino, Bolonia, 1981. Esta obra se tradujo al castellano en 1986. Recoge estas reglas aplicándolas al ordenamiento español, Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 63 y 64.

La delimitación que la ley ha de hacer del derecho de propiedad privada para concretar la función social que debe desempeñar está sujeta, además de a la intervención del legislador, a dos condiciones. La primera se refiere a la propia idea de función social. La segunda al límite que, a su vez, ha de ser respetado para que sea posible hablar de derecho a la propiedad privada.

Está claro que la noción de función social es eminentemente histórica y que corresponde al legislador dotarla de significado concreto en cada momento. De ahí se concluye que consistirá en lo que aquél determine. De este modo, la definición de la función social de la propiedad privada por medio de la ley, si sólo dependiera de la voluntad del Poder Legislativo, podría quedar vacía de toda sustancia, pues el legislador podría decidir eliminarla. Me parece que hay acuerdo en entender que eso no es posible, que la idea de función social está relacionada con datos de la realidad anteriores a la decisión legislativa y que no es el mero fruto de ésta. Esto supone que la precisión de lo que haya de ser no es una labor que se desempeña por el artífice de la Ley al margen de todo vínculo, sino que debe compaginar razonablemente las exigencias del interés público, de los intereses generales asumidos por el ordenamiento jurídico, con las utilidades que a través del disfrute del derecho obtiene el particular. La interdicción de la arbitrariedad que el artículo 9.3 de la Constitución ha asumido como principio general del ordenamiento jurídico contribuye a impedir excesos legislativos de ese cariz.

Por otro lado, el reconocimiento del derecho a la propiedad se ha hecho en la Constitución de 1978 en tales términos que de ninguna manera puede quedar al capricho del legislador. En efecto, según se ha recordado más arriba, vincula a todos los poderes públicos y su ejercicio sólo puede ser regulado por ley que ha respetar su contenido esencial. Por eso, se ha dicho⁷ que entre función social y garantía del contenido esencial del derecho de propiedad hay una relación clara en virtud de la cual, cuando los requerimientos de la primera sobrepasan los confines del segundo, es cuando surge la obligación de indemnizar, mientras que esto no sucede cuando la delimitación interna del derecho no borra los rasgos que lo hacen reconocible. Se hace esta precisión porque es otro punto de coincidencia en el Derecho español el método sentado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981 para determinar el contenido esencial de un derecho. Método que consiste en la utilización separada o conjunta de dos caminos: el de los conceptos y el de los intereses. Conforme al primero, sirve para precisar ese contenido el

⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, cit. p. 168.

conjunto de rasgos que en la opinión de los juristas caracterizan un derecho o una institución y, según el segundo, son los intereses a cuya satisfacción se dirigen los que sirven para establecerlo. Pues bien, con arreglo a esos criterios deberá examinarse en cada caso concreto si la disciplina legislativa de la propiedad lesiona o desconoce su contenido esencial⁸.

Por último, es menester subrayar que la reserva de ley que establece el artículo 33.2 de la Constitución cuando dice que la función social delimitará el contenido del derecho de propiedad de acuerdo con las leyes, no es de carácter absoluto, ya que admite la colaboración del reglamento. Supone, pues, un límite negativo: no caben regulaciones *contra legem* de la propiedad privada. En cambio, en el aspecto positivo, ha de integrarse la fórmula del artículo 33.2 con la del 53.1 conforme al cual sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos a los que se refiere, entre los que, claro está, se halla el de propiedad. Así, pues, el ejercicio del derecho de propiedad ha de ser objeto de disciplina legislativa, con lo que no es posible ni su regulación por reglamentos independientes ni su deslegalización. No obstante, eso no impide que, por vía reglamentaria se aborden todos aquellos aspectos que no merezcan esa consideración. Por eso, el Tribunal Constitucional ha considerado conforme a la Constitución la técnica de la colaboración del reglamento con la Ley encaminada a completar la regulación legal. Colaboración que puede llegar a ser de gran relevancia e, incluso, imprescindible cuando se trata de la propiedad inmobiliaria o cuando, como lo pone de relieve la Sentencia constitucional 37/1987, las características del bien objeto de dominio o su propia localización lo hagan susceptible de diferentes utilidades sociales que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios.

Cabe concluir esta configuración del contenido del derecho a la propiedad privada en nuestro ordenamiento jurídico recogiendo los rasgos con los que el Tribunal Constitucional lo ha caracterizado. Me parece útil dar cuenta de ellos⁹ porque de una forma clara y concisa dibujan su posición y, además, están revestidos con la autoridad del supremo intérprete de la Constitución. Son los siguientes:

1. La propiedad privada sigue siendo un derecho subjetivo, pero cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación.

⁸ Véase la aproximación al contenido esencial del derecho a la propiedad privada que hace Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, en «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II. Civitas, Madrid, 1991, pp. 1261 y ss.

⁹ Tomo para ello como referencia las Sentencias 37 y 111 de 1983 y la Sentencia 37/1987.

2. Ciertamente, no es un derecho absoluto, ya que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos e intereses de terceros o del interés general.
3. La función social de la propiedad incide sobre el interior del derecho subjetivo, sobre su contenido, no se reduce a operar como factor de simple delimitación externa, si bien no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho.
4. La noción de deber forma parte del concepto constitucional de propiedad privada y está en función de valores sociales, determinados por la trascendencia económico-social de su objetivo.
5. A todo ello hemos de añadir otro aspecto, subrayado también por el Tribunal Constitucional. Se trata de la dimensión institucional del derecho a la propiedad privada que posee junto a su faceta subjetiva. Desde ese plano objetivo la propiedad privada, en cuanto institución, es uno de los componentes necesarios del ordenamiento que la Constitución fundamenta, tal como se ha señalado antes.

4.2. *El derecho a la propiedad privada en el Estado Autonomico*

La Constitución de 1978 ha refundado el ordenamiento jurídico transformando profundamente las estructuras del Estado. Uno de los aspectos en el que es más visible ese cambio es el de la forma de Estado. En efecto, lo que se denomina Estado Autonomico es el resultado de un intenso proceso descentralizador, verificado en un espacio temporal muy corto, que nos ha llevado desde un sistema centralizado, uniformista y rígidamente jerarquizado, a un esquema de corte federal en el que se han transferido a las Comunidades Autónomas y, en menor medida pero también de modo apreciable, a los Municipios amplias cotas de poder. Eso ha significado, entre otras cosas, que las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus potestades legislativas sobre las materias previstas en los estatutos de autonomía pueden incidir en la regulación del ejercicio de los derechos constitucionales e, incluso, de los derechos fundamentales en algunos casos. De este modo, la reserva de ley que impone en garantía de tales derechos el artículo 53.1 de la Constitución se satisface tanto mediante la ley aprobada por las Cortes Generales, como a través de la aprobada por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

La jurisprudencia constitucional así lo ha aceptado, especialmente en las Sentencias 61/1997 y 173/1998, siendo de destacar que, mientras esta última consideró constitucional una Ley del Parlamento Vasco que reguló diversos aspectos del régimen del derecho fundamental de asociación¹⁰, aquélla declaró inconstitucional el texto refundido de la Ley del Suelo estatal de 1992¹¹ porque, siendo la ordenación del territorio y el urbanismo competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, el Estado solamente puede intervenir legislativamente en esa materia en ejercicio de sus propias competencias, no en virtud de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal que es lo que había sucedido: la ley recurrida contenía una disciplina completa del urbanismo, ideada para que se aplicara en aquellas Comunidades Autónomas que no hubieran legislado al respecto y se fundaba principalmente en una idea de supletoriedad preventiva del Derecho estatal, que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 61/1997, consideró contraria al texto fundamental, lo que le condujo a la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley. Su fallo descansa, básicamente, en la consideración de que la supletoriedad no es un título competencial del Estado. Además, señala que el proceder seguido por las Cortes Generales no era respetuoso con la autonomía constitucionalmente garantizada a las Comunidades Autónomas, la cual comprende tanto el ejercicio positivo de sus competencias como el ejercicio negativo de las mismas, es decir, la decisión de no legislar sobre una materia determinada de su competencia.

El resultado de esa Sentencia del Tribunal Constitucional ha sido que cada Comunidad Autónoma ha podido decidir lo que ha tenido por conveniente en materia urbanística. Así, unas elaboraron rápidamente su propia ley del suelo, mientras que otras resolvieron, también mediante ley, hacer suya la disciplina establecida en la ley estatal de 1992 declarada inconstitucional por las razones señaladas como solución inmediata que no prejuzgaba sus decisiones futuras. Por su parte, el Estado ha procedido en el ejercicio de su competencia exclusiva para establecer las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de

¹⁰ Sobre esa Sentencia y las consecuencias que representa, cfr. Enrique Lucas MURILLO DE LA CUEVA, *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid, 1999.

¹¹ Véase, a propósito de la Sentencia 61/1997, Juan Luis REQUEJO PAGÉS, «El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio?», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 1/1997, pp. 157 y ss. en sentido crítico y Jesús LEGUINA VILLA, «El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2/1997, en sentido favorable a la Sentencia.

los deberes constitucionales (artículo 149.1.1.^a) y en virtud de su competencia en materia de expropiación forzosa (artículo 149.1.18.^a) a definir legalmente las que afectan a la propiedad del suelo. Tales títulos competenciales le autorizan, por ejemplo, a fijar una determinada concepción de la propiedad urbana en sus líneas y rasgos fundamentales y a regular el contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración o los presupuestos para que pueda nacer ese derecho de propiedad urbana.

Pues bien, ése es el cometido de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, que se dirige a regular las condiciones básicas que definen el régimen del derecho de propiedad del suelo común a toda España. Y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 164/2001, de 11 de julio, ha estimado conforme a la Constitución el planteamiento asumido por el legislador estatal. Ahora bien, una cosa es regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la propiedad privada y otra muy distinta agotar la disciplina de la propiedad del suelo. A este respecto, la Sentencia 156/1995 ya había advertido que el Estado carece de título competencial para imponer una regulación uniforme del derecho de propiedad a partir del artículo 149.1.1.^a. Por eso, en la Sentencia 164/2001 se salvaguarda la capacidad de intervención normativa de las Comunidades Autónomas en este ámbito, llegando, incluso, a la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 6/1998 que se entrometían en él.

Así, por ejemplo, en su fundamento 27.º, dice la Sentencia 164/2001:

«El art. 16.1 LRSV precisa el alcance del derecho a promover la transformación del suelo urbanizable, previamente enunciado en el art. 15 LRSV. Aquel derecho a promover la transformación se concreta en la facultad de presentación de un proyecto de planeamiento de desarrollo ante el Ayuntamiento. Ahora bien, la forma en que el art. 16.1 LRSV regula el derecho a la transformación del suelo no tiene amparo en la competencia estatal ex art. 149.1.1 CE. Según dijimos más arriba (FJ 5), reiterando a su vez lo declarado en la STC 61/1997, FJ 10, por medio de las “condiciones básicas” el Estado puede regular la propiedad urbana en sus líneas más fundamentales; pero excede de la competencia estatal e invade las competencias urbanísticas autonómicas una regulación detallada de la propiedad urbana. El art. 16.1 LRSV no se limita a establecer el derecho de los propietarios a presentar instrumentos de planeamiento de desarrollo sino que regula en detalle el ejercicio de ese derecho: precisa, en primer lugar, que el planeamiento de desarrollo se presente ante un concreto órgano administrativo, el Ayuntamiento; y establece, también, el concreto momento en que surge el derecho

(cuando el planeamiento general señale ámbitos de desarrollo o cuando de otra forma se definan las “condiciones para su desarrollo”). Cierto es que la eficacia del derecho a la presentación del planeamiento aún depende, en gran medida, de la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma (así, al regular lo que deban ser los “ámbitos” o las “condiciones de desarrollo”); pero la existencia de un ámbito de regulación autonómica no sirve por sí para justificar la constitucionalidad de un precepto, como es el art. 16.1 LRSV, que no se ha limitado a trazar las líneas normativas fundamentales que definen la propiedad urbana. Estamos, en suma, ante una regulación que excede de las “condiciones básicas” para asegurar la igualdad de los españoles en el ejercicio de la propiedad urbana (art. 149.1.1 CE) e invade las competencias urbanísticas propias de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 16.1 LRSV.»

El caso es que, siendo posibles regulaciones legislativas estatales y autonómicas en materia de derechos constitucionales, el de propiedad privada del suelo es uno de los que, dentro de los márgenes que ha dejado la Ley 6/1998, es objeto de regulaciones diferentes en cada ámbito autonómico. En realidad, la existencia de normas específicas de ámbito territorial infraestatal que afectan en diversa medida al derecho de propiedad privada ha sido una constante en el ordenamiento jurídico español. Al fin y al cabo, junto al Código Civil que contiene el Derecho Común, existen diversas Compilaciones de Derecho Civil Foral o Especial en las que se hallan esas peculiaridades. Formas de legislación civil privativa que la Constitución ha asumido y protegido, siendo de hacer notar que esa asunción y garantía no significa únicamente el mantenimiento de viejas previsiones normativas, sino también la posibilidad de adaptarlas y completarlas de acuerdo con las exigencias de los tiempos, de manera que se trata de ordenamientos parciales vivos.

No obstante, no es ése el frente en el que ha de manifestarse con mayor intensidad el fenómeno de la incidencia reguladora autonómica en el derecho de propiedad. Es de la mano de la legislación que contempla la intervención de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma en las relaciones económicas y sociales donde se manifiesta con mayor fuerza. Nuevamente es preciso recordar los casos de Andalucía y Extremadura y su legislación en materia de reforma agraria como ejemplos significativos de este fenómeno.

Ahora bien, el Estado Autonómico se compone también de los municipios y de las provincias. De estas entidades territoriales que suelen agruparse bajo la denominación de Administración Local, hay que tener especialmente en cuenta a los primeros porque son competentes en materia de ordenación urbana, disponiendo de capacidad para elaborar

y aprobar, conforme a la Ley, los planes de ordenación urbana y llevar a cabo las actuaciones urbanísticas que de ellos traen causa. Es decir no sólo están llamados a tomar decisiones concretas que inciden directamente sobre los contornos de la propiedad privada, sino que también gozan de una capacidad normativa que, aunque se exprese en la forma de normas reglamentarias, tiene una importancia decisiva para delimitar el derecho de propiedad privada. Pues bien, en este punto sucede que entre el cometido municipal y el que a las Comunidades Autónomas corresponde en materia de ordenación del territorio y urbanismo se ha abierto un frente conflictivo. Me refiero a las controversias originadas por lo que ha sido visto desde los Ayuntamientos como una injerencia autonómica injustificada y, por tanto, contraria al ordenamiento jurídico, en la capacidad de autogobierno de los municipios.

Litigios que han tenido que resolver los Tribunales de Justicia en muchas ocasiones, normalmente a instancias de los Ayuntamientos, que veían como las Comunidades Autónomas aprovechaban las facultades de aprobación de planes municipales de las que disponen para incidir en ámbitos reservados al municipio. En esas circunstancias, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de encontrar un criterio constitucionalmente ajustado para dirimir esos enfrentamientos, alcanzando una regla que, pese a su generalidad, se ha revelado útil y eficaz en muchas ocasiones. No consiste en otra cosa que en utilizar el criterio de los intereses en conflicto, de manera que cuando prime el local encuentren amparo las pretensiones municipales, mientras que si es el interés autonómico el predominante, es decir, el que se proyecta sobre espacios supralocales, sea la posición de la Comunidad Autónoma la que prevalezca. En cierto modo, puede decirse que la solución dependerá de si está en juego la idea de ciudad o si, por el contrario, son otras cuestiones más amplias que guardan relación con el derecho a la propiedad privada y los fines generales que se quieren conseguir por medio del planeamiento urbanístico las que se debaten¹².

De todos modos, no debe verse la intervención de las Comunidades Autónomas únicamente como una potencial amenaza a la capacidad de

¹² Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sentó pautas determinantes en esta materia, véase JAVIER DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Civitas, Madrid, 1993, pp. 87 y ss. Sobre esa doctrina jurisprudencial y la reconstrucción teórica efectuada en la obra citada, se han elaborado diversas monografías. Entre ellas las de Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*. Civitas, Madrid, 1996. Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Civitas, Madrid, 1996.

decisión municipal en la materia. No en pocas ocasiones, las facultades de tutela y control de las que disponen los Gobiernos Autonómicos han servido para poner coto a excesos y desatinos urbanísticos locales.

5. Observaciones sobre la expropiación forzosa desde la experiencia constitucional española

Sobre el instituto de la expropiación forzosa han convergido en estos veinticinco años de trayectoria constitucional, junto a un claro proceso de depuración técnica de sus aspectos procedimentales, el propósito de convertirlo en instrumento para la realización de decisiones políticas en el ámbito económico empresarial y en medio para la consecución de transformaciones muy importantes de la propiedad de la tierra o para avanzar en la protección del medio ambiente y ordenar el uso de los recursos naturales. Propósitos que han dado lugar a importantes controversias políticas y jurídicas que acabaron produciendo numerosos litigios ante los tribunales y requirieron que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre ellos. Pocas palabras bastan para evocar los que, seguramente, son los episodios principales. Estoy hablando de la expropiación del grupo de empresas de RUMASA efectuada por Decreto-ley el 23 de febrero de 1983 y de la utilización de la expropiación forzosa como instrumento esencial de la reforma agraria puesta en marcha por las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.

a) La expropiación del grupo de empresas de RUMASA fue particularmente polémica por las circunstancias en las que se produjo, por la magnitud y relevancia de ese entramado empresarial y, sobre todo, por la utilización del instrumento del Decreto-ley para llevarla a cabo. Precisamente, a causa de esto último se produjo la mayor controversia, porque el artículo 86.1 de la Constitución dispone que esa fuente normativa no puede afectar a los derechos, deberes y libertades reconocidos en su Título I, entre los que, como sabemos, se encuentra el derecho a la propiedad privada¹³. Hasta tal punto fue conflictiva la experiencia que es común opinión que la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 3 de diciembre, que consideró constitucional el Decreto-ley en cuestión no es un ejemplo de la labor que corresponde

¹³ Sobre el decreto-ley, cfr. Ana M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto-ley*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. También Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Tecnos, Madrid, 1988.

hacer al supremo intérprete de la Constitución. Es igualmente compartida la impresión de que la forma en que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley causó un gran daño a su imagen y a su prestigio. Fue como la pérdida de su virginidad. En cualquier caso, es lo cierto que, al margen de lo que se refiere al instrumento normativo utilizado, en esa ocasión el Tribunal sentó criterios sobre el derecho a la propiedad, sobre su función social y sobre la expropiación forzosa que siguen informando su jurisprudencia.

Así, a partir de esa Sentencia y de otras posteriores en las que el Tribunal Constitucional tuvo que examinar diversos problemas derivados de la expropiación de RUMASA, quedaron establecidos algunos puntos de indudable importancia. En cuanto al fondo, la conexión de la expropiación con la función social de la propiedad y con la subordinación de todas las formas de la riqueza a los intereses generales prescrita por el artículo 128 de la Constitución. Tal vinculación ha ampliado sustancialmente la noción de la utilidad pública o interés social que legitima el mecanismo expropiatorio. Utilidad que, nos ha aclarado la jurisprudencia, puede estar relacionada con la aplicación de los bienes a una finalidad única o a varias, debiendo existir, en cualquier caso, una conexión o relación de idoneidad entre dicho fin y ese destino.

Igualmente, amplía la Constitución, en línea con lo que dispone la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 el objeto de la potestad expropiatoria que, de acuerdo con su artículo 33.3, lo integran todo tipo de bienes y derechos de contenido patrimonial, aunque no las meras expectativas de los mismos, según ha precisado una constante jurisprudencia constitucional y ordinaria. Luego, en lo que se refiere a cuestiones concretas, se ha despejado toda sombra de dudas acerca de la viabilidad de las expropiaciones legislativas para casos singulares, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que deben respetar en todo caso las garantías previstas por el artículo 33.3 de la Constitución (STC 166/1986), es decir, ha de mediar causa de utilidad pública, la privación patrimonial ha de ser debidamente indemnizada y todo el proceso ha de llevarse a cabo de conformidad con las leyes.

Por otra parte, siguiendo lo que el propio texto del artículo 33.3 de la Constitución dice, la jurisprudencia constitucional ha subrayado que no es preciso que la indemnización sea previa para respetar la noción que de la expropiación tiene el texto fundamental, pudiendo relegarse a la última fase del procedimiento expropiatorio. Y, por lo que se refiere a su cuantía, se ha sentado la regla del equivalente al valor económico real del bien o derecho expropiado. En este sentido, se ha considerado constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, que la indemnización consista en el derecho concesional exento de

canon a ocupar y aprovechar por un período de tiempo determinado (treinta años, prorrogables por otros tantos) los terrenos de propiedad privada que, en aplicación de la Ley 22/1988, de Costas, han pasado a ser de dominio público.

En otro orden de consideraciones, se ha señalado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, confirmando criterios establecidos en la legislación de expropiación forzosa, que el derecho de reversión no es una exigencia indeclinable del derecho a la propiedad privada que haya de ser respetada en todos los casos. Por el contrario, será procedente excluirlo sin vulnerar el ordenamiento en los casos de expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad.

Otro aspecto que ha generado un interesante debate todavía vivo es el de la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de medidas legislativas. La cuestión se suscitó a propósito de la modificación legal de la edad de jubilación forzosa de los jueces y magistrados y de otros funcionarios públicos. Modificación consistente en anticiparla a los sesenta y cinco años. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo rechazaron los recursos que ante ellos se interpusieron por esa causa y distinguieron entre derechos patrimoniales y expectativas de derechos, negando que éstas últimas fueran susceptibles de protección frente a las modificaciones que leyes posteriores pudieran traer consigo. La distinción entre derechos ciertos, efectivos y actuales, frente a los eventuales o futuros y la negación de la existencia en estos supuestos de derechos adquiridos que vinculen al legislador, junto con el reconocimiento de su facultad para modificar el ordenamiento jurídico de la función pública, se hallan en la base de esos pronunciamientos que niegan la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado por esa causa¹⁴.

Ahora bien, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 139.3 reconoce el derecho de los particulares a que las Administraciones les indemnicen por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos en los casos en que no tengan el deber de soportar tal aplicación. Indemnización que procederá cuando así se establezca en tales actos legislativos y conforme a lo que

¹⁴ Contenidos principalmente en las SSTC 108/1986, de 29 de julio; 99/1987, de 11 de junio; 70/1988, de 19 de abril; y 65/1990, de 5 de abril. Y, entre las Sentencias del Tribunal Supremo, cfr. las dos dictadas por su Sala Tercera el 30 de noviembre de 1992 en los recursos contencioso-administrativos 3984/1989 y 7739/1990 y, recientemente, la de 15 de noviembre de 2002 que aplica la doctrina sentada en aquéllas para desestimar el recurso contencioso-administrativo 4/1999.

en ellos se disponga. A partir de esta previsión y de la afirmación por la Constitución del principio de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3) se han producido diversos pronunciamientos jurisdiccionales declarando la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de lo dispuesto por las leyes aplicadas por la Administración aun cuando en ellas no se hubiera previsto la indemnización de los particulares afectados. A este respecto la posición del Tribunal Supremo¹⁵, como dice la Sentencia de su Sala Tercera de 11 de junio de 2001, «en términos generales excluye el derecho a indemnización y da prevalencia a la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley».

No obstante, la circunstancia de que haya habido casos en los que se ha reconocido el derecho de particulares a ser indemnizados por los daños patrimoniales sufridos como consecuencia de lo establecido por normas con fuerza de ley ha abierto un interesante debate en el que destaca, por su contundencia, la posición de Eduardo García de Enterría quien critica duramente la línea jurisprudencial que se apoya en el principio de responsabilidad de los poderes públicos que afirma el artículo 9.3 de la Constitución y en el de confianza legítima, recibido por el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, en su reforma de 1999, y en el artículo 139.3 de esta última, para afirmar esa responsabilidad¹⁶. Este autor niega que los tribunales contencioso-administrativos puedan conocer recursos contra actos administrativos denegatorios de solicitudes de indemnización por la aplicación de Leyes ya que carecen de jurisdicción para ello y subraya que el principio de responsabilidad de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 de la Constitución no tiene alcance patrimonial, sino que solamente expresa el carácter

¹⁵ Cuya doctrina está recogida principalmente en las Sentencias de 16 y 17 de septiembre de 1997, 17 de febrero de 1998 y 10 de julio de 1999.

¹⁶ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 67/2003, pp. 15 y ss.; Id., «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, n.º 159/2002, pp. 173 y ss.; Id., «La inexistencia de jurisdicción en los tribunales Contencioso-Administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», en *Civitas. REDA*, n.º 117/2003, pp. 95 y ss. Solamente en los supuestos de declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada o de infracción del Derecho Comunitario encuentra este autor procedente esa responsabilidad.

derivado de esos poderes y la necesidad de que quienes los ejercen den cuenta de cómo lo hacen ante los ciudadanos, depositarios de la ciudadanía. Y, por lo que hace a la protección de la confianza legítima, rechaza que pueda servir como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, recordando que ni el Derecho Comunitario ni el Derecho comparado ofrece argumentos para sostenerlo. A su juicio, únicamente en el supuesto de infracción del Derecho Comunitario por la ley o en el caso de que sea declarada inconstitucional cabría plantear esa responsabilidad patrimonial.

b) Según el artículo 149.1.18.^a corresponde al Estado la legislación exclusiva sobre expropiación forzosa. Pues bien, es estatal la Ley por la que se regula con carácter general, que es la de 1954, tal como se dijo antes. Sin embargo, eso no quiere decir que las Comunidades Autónomas carezcan de posibilidades para incidir en este ámbito. De manera que, también aquí, nos encontramos con el reflejo de la naturaleza de la forma territorial del Estado.

El caso de la reforma agraria pone de manifiesto el alcance práctico de la cuestión. Es sabido que la reforma agraria ha sido una aspiración histórica ampliamente sentida en Andalucía y en Extremadura que se quiso afrontar y resolver en la II República, si bien ésta y otras transformaciones que entonces se pusieron en marcha al amparo de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 se frustraron como consecuencia de la Guerra Civil y del obstáculo que supuso el régimen político nacido de ella a todos los aspectos de renovación y progreso que el impulso republicano puso en marcha. El caso es que, mantenida inalterada la desigual distribución de la propiedad de la tierra característica de esas Comunidades Autónomas, sus estatutos de autonomía recogieron entre los objetivos a alcanzar por los poderes públicos autonómicos el de modificar esa realidad mediante la oportuna reforma agraria.

A ese fin se dedicó, prácticamente desde el momento de su creación, la Junta de Andalucía y fruto de ese empeño fue la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, que convirtió el instrumento de la expropiación forzosa en uno de los medios principales para llevar a efecto sus previsiones¹⁷. La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, que se pronunció sobre su conformidad a la Constitución integró la doctrina sentada en 1983 y en las Sentencias posteriores dictadas en diversos episodios del caso RUMASA, componiendo la interpretación

¹⁷ Sobre el particular, cfr. la obra colectiva *La reforma agraria*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. También, Javier BARNÉS VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional del suelo agrario*. Civitas, Madrid, 1988.

constitucional del derecho de propiedad privada y de la expropiación forzosa que todavía hoy es válida. Por su parte, la Junta de Extremadura siguió un camino semejante con la Ley 1/1986, de 2 de mayo, de la Dehesa en Extremadura.

Así, pues, dentro del diseño de la expropiación forzosa que traza el artículo 33.3 de la Constitución y operando en el marco que para ese instituto sentó el legislador, las Comunidades Autónomas han podido no sólo utilizarlo conforme a los supuestos previstos en la Ley de 1954, sino también adaptar algunos de sus elementos para cumplir los objetivos que se han marcado, conforme a los estatutos de autonomía, sus órganos de gobierno. La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 dijo al respecto:

«De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla deba servir.

De lo contrario se llegaría al absurdo de que las Comunidades Autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés social justificadoras de la expropiación para el desarrollo de sus respectivas competencias, tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquéllas, o a la no menos absurda conclusión, por petrificadora del ordenamiento, de no poder identificar tales supuestos legitimadores más allá de los que, antes de la instauración del Estado de las Autonomías, hayan sido declarados como tales por las Leyes del Estado en materias sobre las que éste ha dejado de tener competencia»

Y, años más tarde, la citada Sentencia 164/2001 expresa con claridad lo que se acaba de decir cuando afirma, confirmando los criterios jurisprudenciales establecidos en esta materia, lo siguiente:

«Conforme a la doctrina de este Tribunal desde la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 6, sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía, venimos afirmando que por Ley autonómica pueden establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar y los fines de interés público a que aquélla debe servir. Esta misma doctrina la hemos expresado en las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley 29/1985, de Aguas, FJ 20 b); 17/1990, de 7 de febrero, sobre la Ley canaria 19/1987, de Aguas, FJ 10; 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley 22/1988, de Costas, FJ 3.G).c); 186/1993, de 7 de junio,

sobre la Ley extremeña 1/1986, de Regulación de las Dehesas, FJ 2; 319/1993, de 27 de octubre, de nuevo sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía, FJ 4; y 61/1997, FJ 17.f). De acuerdo con esta doctrina es claro que a cada Comunidad Autónoma corresponde regular los posibles fines de las expropiaciones por razón de urbanismo y, con ello, los usos o destinos del suelo que se consideran compatibles o incompatibles con un mismo fin. De manera que la permanencia o no de la adscripción del bien expropiado al fin que justificó la expropiación, aun mediando un cambio de uso o destino del suelo, dependerá de la propia configuración del fin expropiatorio (y de los destinos en él subsumibles) que lleve a cabo cada Comunidad Autónoma y, en el marco de la regulación de ésta, cada concreto plan (fundamento jurídico 40.º).»

Es de advertir que, como aclara esa misma Sentencia 164/2001, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan en sus leyes los fines expropiatorios por razón de urbanismo, conlleva que puedan determinar el uso o los usos del suelo que se consideren compatibles o incompatibles con el mismo fin. Igualmente destaca el Tribunal Constitucional que «más allá de la regulación estatal, las Comunidades Autónomas también pueden establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de coherarse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada», reiterando en este punto lo dicho en la Sentencia 61/1997.

En la experiencia de la reforma agraria andaluza y extremeña, la expropiación forzosa del dominio o del uso cierra un catálogo de potentes instrumentos dirigidos a hacer efectiva la función social de la propiedad de la tierra, los cuales, por otra parte, ya estaban previstos en la legislación estatal dictada en materia de reforma y desarrollo agrario. Entre ellos se cuentan la determinación de la capacidad productiva de las fincas, la imposición de planes de mejora cuando no alcancen un determinado nivel de producción en relación con esa capacidad y el gravamen con impuestos directos de la deficiente explotación. Elenco suficientemente expresivo de la compresión del derecho de propiedad privada que la Constitución permite.

EL REGIMEN DE LOS TRATOS PRELIMINARES EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

Agustín Luna Serrano

Sumario: I. Introducción. II. La primordial exigencia de la lealtad en los tratos preliminares al contrato y su trasunto doctrinal en la idea básica del deber de corrección: su acogimiento en el texto del anteproyecto. III. El deber específico de información, su creciente expansión en la disciplina positiva y su acogimiento en el anteproyecto. IV. El deber específico de reserva respecto de los datos conocidos en los tratos preliminares y su incorporación a la disciplina prevista en el anteproyecto. V. La obligación de reparar por responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* y su tratamiento en el anteproyecto. VI. Normas particulares en relación a los tratos preliminares en el comercio internacional o intercontinental.

I. Introducción

En el ordenamiento jurídico positivo podemos encontrar numerosos preceptos que constituyen la base de la configuración del criterio normativo general de exigencia de un comportamiento leal de los contratantes en relación a la formación y al cumplimiento del contrato. En esta dirección se hallan en efecto, las múltiples referencias del ordenamiento jurídico a la moral (arts. 1255, 1275, 1116.1 y 1271.3 Cc.) y a la buena fe, tanto objetiva (arts. 7.1 y 1258 Cc.) como subjetiva (arts. 1164, 1529.1, 1530, 1705.2, 1778, 1897 y 1899, entre otros, Cc.), que también alcanzan a la actitud incorrecta de un contratante que de modo determinante engaña o induce insidiosamente y fuerza o amenaza gravemente al otro (art. 1265, 1267, 1269 y 1270 Cc.), en cuanto a la conclusión del contrato.

Por otra parte, es observable en la actualidad una apremiante preocupación social por la moralización y la transparencia de las relaciones económicas en general y de las relaciones contractuales en particular, preocupación que llega incluso, en no pocas ocasiones, a la superación de una heteroexigencia externa conformada por las normas legales —ahora cada vez más sensible en cuanto a la contratación con

los consumidores— por la autoexigencia interna de algunos operadores económicos mediante la adopción, respecto de su actuación en el mercado, de los llamados «códigos de conducta».

Los postulados a que se hace referencia han encontrado, lógicamente, acogimiento en el anteproyecto de «Código Europeo de los Contratos» (en adelante CEC), formulado por la Academia de Jusprivatistas Europeos, que instituyó en su seno, con este propósito, un grupo de trabajo al que se conoce ya —entre las diversas agrupaciones que propugnan, con diversos criterios metodológicos, la formulación de una disciplina unitaria europea de la contratación— como «Grupo de Pavía», por encontrarse en esta ciudad lombarda la sede de dicha Academia y por desarrollarse en ella, acogido por su Universidad, los trabajos del mencionado grupo. Los criterios apuntados informan efectivamente las normas propuestas en el anteproyecto de CEC lo mismo en tema de tratos preliminares (arts. 6 a 11) —que son aquí objeto de consideración—, como en tema de contenido del contrato (art. 30), en tema de interpretación del contrato (art. 39.4), en tema de condiciones apuestas al contrato (arts. 52.2 y 53.1 y 3), en tema de ejecución o de inejecución del contrato (arts. 75.1, 108 y 109) o en tema de vicios del consentimiento contractual (arts. 151. 1 y 152.1).

Por lo que se refiere a los que denomina «tratos precontractuales», la disciplina que el anteproyecto propone se contiene en la sección primera del Título II («formación del contrato») del libro 1.º del CEC, único hasta ahora concluido y terminado, formando el texto de los arts. 6 («deber de corrección»), 7 («deber de información»), 8 («deber de reserva»), 9 («tratos con los consumidores fuera de establecimiento mercantil») y 10 («tratos en el comercio internacional-intercontinental»).

II. La primordial exigencia de la lealtad en los tratos preliminares al contrato y su trasunto doctrinal en la idea básica del deber de corrección: su acogimiento en el texto del anteproyecto

La reflexión sobre el alcance, el sentido y la virtualidad de los criterios rectores de la disciplina de la contratación de que se viene hablando han ido conformando una rica y bien trabada construcción doctrinal del deber de recíproca corrección de los contratantes, que ha subrayado su correspondencia con el comportamiento de las partes contratantes desenvuelto de acuerdo con las exigencias de la buena fe entendida en sentido objetivo.

Como es natural, en dicha construcción doctrinal —la explicación pormenorizada de cuyos desenvolvimientos no es posible abordar en

esta sede— no han dejado de plantearse las proyecciones concretas del deber de corrección que conviene a los contratantes en las conversaciones preparatorias de la conclusión del contrato; y, por su parte, toda esta destacada aportación de la moderna doctrina civilista se ha visto, desde luego, reflejada en las modalidades específicas a través de las que se ha acogido el deber de corrección en el anteproyecto de CEC, en las reglas que el mismo propone respecto de los que denomina, como se ha dicho, «tratos precontractuales».

En este sentido, tras afirmar, como primer aspecto del contenido práctico potencial de la llamada autonomía privada, la natural discrecionalidad de la contratación, el anteproyecto de CEC señala entre las excepciones o, mejor, entre los límites intrínsecos de la misma, la llamada responsabilidad precontractual en caso de comportamiento desleal, incorrecto o contrario a la buena fe imputable a uno cualquiera de los contratantes. Tal es, en efecto, el sentido del párrafo 1.º del art. 6 («deber de corrección») del anteproyecto, a tenor del cual «cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe».

El propio anteproyecto se ocupa luego, aprovechando y resumiendo, según se ha indicado, la rigurosa elaboración doctrinal que en el conjunto de los países europeos se ha llevado a cabo en estas materias, de concretar los supuestos básicos de deslealtad o incorrección precontractual en cuanto contradictorios con la exigencia del comportamiento de buena fe. A este respecto, el anteproyecto considera como supuestos fundamentales de deslealtad o incorrección de las partes contratantes en la fase precontractual, de una parte, el emprendimiento o mantenimiento de los tratos preliminares sin intención de contratar y, de otra, la interrupción sorpresiva de dichos tratos para la otra parte, que ha visto así frustradas las expectativas que razonablemente había puesto en la contratación, en cuanto que ya se habían llevado a cabo unas conversaciones avanzadas que versaban sobre los elementos esenciales del contrato a concluir.

En cuanto a los tratos preliminares faltos de una verdadera dirección hacia la contratación, propone el párrafo 2.º del art. 6 del anteproyecto de CEC la regla siguiente: «obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato»; y en lo que se refiere a la interrupción sorpresiva para la otra parte de los tratos preliminares, el párrafo 3.º del mismo art. 6 del anteproyecto formula una norma que rezaría así: «si en el curso de los tratos, las partes han examinado ya los elementos esenciales del con-

trato, de manera que de ellos se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado». De este modo, delimitando los supuestos concretos en que disciplinarmente puede apreciarse la buena fe en las conversaciones previas a la contratación, se facilitarí, sin duda, la aplicación de la disciplina positiva, afectada hasta ahora, en no pocos ordenamientos, de una cierta o de una total imprecisión.

III. El deber específico de información, su creciente expansión en la disciplina positiva y su acogimiento en el anteproyecto

El deber genérico de los contratantes de actuación conforme a las exigencias de la buena fe en la fase precontractual se concreta, según la doctrina más autorizada, en los deberes específicos de información y de reserva que las partes deben observar en relación a los llamados tratos preliminares o conversaciones preparatorias de la contratación. Ambos deberes se reflejan, como vamos a ver enseguida, en las reglas que propone el anteproyecto de CEC.

En relación al deber de información, es oportuno subrayar la creciente expansión que el mismo ha experimentado en la disciplina positiva, tanto por lo que se refiere al ámbito del derecho civil como en el ámbito del derecho mercantil, en el cual tuvo, sin duda, las primeras manifestaciones de gran trascendencia disciplinar.

Por lo que se refiere al deber de información en el ámbito del derecho civil, se deben recordar, en primer lugar, las referencias puntuales que a dicho deber se contienen en las normas tradicionales sobre los preliminares de la contratación en tema de compraventa (arts. 1483, 1486.2 y 1487 Cc.), de comodato (art. 1752 Cc.) y de depósito (art. 1779 Cc.), además de la regla contenida en el art. 1270.2 Cc. en relación, en general, a la conducta dolosa de una de las partes por falta de la debida información de la otra en orden a la conclusión del contrato. Debe subrayarse también el hecho, tan significativo normativamente, de la generalización del deber de información en los supuestos de contratación con los consumidores, que se manifiesta en normas tan importantes como los arts. 10.1, a) y —en particular— 13 de la ley 20/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, como el art. 5 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y como el art. 3 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Es de señalar asimismo que, según es bien sabido, el deber de información ha sido objeto de extensión a las rela-

ciones patrimoniales entre cónyuges sometidos al régimen económico de comunidad o de sociedad de gananciales (art. 1383 y 1393.4.º Cc.). Finalmente, y sin ánimo de exhaustividad, debe recordarse también la reciente ampliación del deber de información al ámbito del llamado «estatuto del asociado», mediante el art. 21.b), de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

En el ámbito del derecho mercantil también existen sobresalientes manifestaciones del deber de información, destacando de manera particular el relieve que dicho deber ha alcanzado desde antiguo en el derecho societario, dentro de lo que podría denominarse «estatuto del socio», comprensivo de sus variados derechos: supuestos ejemplares de esta realidad normativa se encuentran, sobre todo, en los arts. 48.d) y 112 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas. Especial relieve cobra, por lo demás, la información proporcionada por el futuro tomador del seguro en la fase preparatoria de la conclusión de su contratación, según un criterio tradicional que ahora se recoge en el art. 10 de la ya antes señalada Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

Al deber de información que obliga a los contratantes se refiere el anteproyecto de CEC en el doble aspecto de su imposición a las partes que mantienen unos tratos precontractuales y del establecimiento de las consecuencias del defecto o falsedad de la información y de la reticencia imputables a una de las partes implicadas en dichas conversaciones previas a la conclusión de la convención.

La norma que en el anteproyecto de CEC se refiere al primero de los aspectos ahora señalados es su art. 7.1, a cuyo tenor, «en el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo». De la norma cabe destacar el intento que la misma supone en orden a precisar el alcance del deber de información por referencia a la consideración de su ámbito en relación a la valoración de las circunstancias de hecho o de derecho que puedan afectar a la eficacia del contrato y a las ventajas de concluirlo.

Por su parte, en cuanto al otro aspecto del deber de información antes señalado, las consecuencias del defecto o falsedad de la información y de la reticencia se regulan en el art. 7.2 del anteproyecto de CEC. Según el redactado que sus autores proponen para esta regla, «en caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe responde ante la otra en la medida

prevista en el párrafo cuarto del artículo 6», que se refiere, según veremos luego, al montante eventual de la reparación por haber incurrido una parte en perjuicio de la otra en alguno de los supuestos, ya examinados, de deslealtad o incorrección precontractual, a que se refieren los párrafos 2.º y 3.º del propio art. 6 del anteproyecto de CEC. En cambio, sigue disponiendo el art. 7.2 del anteproyecto que, «si el contrato ha sido concluido, (la parte que ha obrado contra la buena fe) queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de impugnar el contrato por error».

El anteproyecto de CEC, haciéndose eco de las modernas tendencias del ordenamiento positivo que, en un aspecto que podríamos denominar promocional, atiende a las particulares circunstancias de la contratación en que se ven implicados los consumidores, dedica unas normas especiales respecto del deber de información en este especial ámbito de la contratación, acogiendo sintéticamente, en relación a la misma, la definición de consumidor que ha venido ha hacerse habitual en la doctrina y en la legislación que se propone su defensa y protección. Según el art. 9.2 del anteproyecto, en efecto, «en el presente código, se entiende por consumidor a la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales».

En relación a los consumidores y, en concreto, a propósito de los tratos preliminares a la contratación realizados con ellos fuera de establecimiento mercantil, dispone la norma propuesta como art. 9.1 del anteproyecto de CEC que «el comerciante que propone la conclusión de un contrato a un consumidor fuera de su establecimiento mercantil está obligado a informar a este último por escrito de su derecho a desistir del contrato en la manera y en el curso de los plazos definidos en el artículo 159», precepto que, bajo la rúbrica de «desistimiento efectuado por un consumidor», se refiere, en sus párrafos 1.º y 2.º, a la declaración escrita a proporcionar en los plazos previstos por las disposiciones comunitarias. En el caso de que el comerciante no observe tal conducta, dispone el art. 9.3 del anteproyecto de CEC que «la ausencia de la comunicación prevista en el párrafo primero del presente artículo entraña a cargo del comerciante y a favor del consumidor las consecuencias previstas en el artículo 159». En tal supuesto, según previene este art. 159.3 y 4 del propio anteproyecto de CEC, las partes contratantes deben restituirse lo percibido, sin perjuicio del derecho a indemnización que corresponda al consumidor por virtud de lo dispuesto en el art. 162 (que se refiere al alcance o «condiciones de la responsabilidad contractual») o de los demás efectos que puedan prever, respecto de esta infracción del comerciante, las disposiciones comunitarias.

IV. El deber específico de reserva respecto de los datos conocidos en los tratos preliminares y su incorporación a la disciplina prevista en el anteproyecto

Este deber específico de reserva, comprendido en el genérico de actuación de los contratantes observando las exigencias de la buena fe en su comportamiento durante la fase preliminar o preparatoria de la celebración del contrato, es objeto de tratamiento por parte del anteproyecto de CEC en una doble dimensión: de una parte, en orden a la definición del alcance propio del deber de reserva, que se delimita a través de su referencia a la obtención confidencial de datos o informaciones y, de otra, en orden a la determinación de las consecuencias jurídicas de la falta de respeto, por parte de uno de los eventuales contratantes, de su deber de reserva sobre la información obtenida de la otra y cubierta por la confidencialidad.

Al primero de los aspectos ahora indicados se dedica el art. 8.1 del anteproyecto, mediante el cual se establece que «las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones». Como se ve, la delimitación del alcance del deber de reserva se cifra en la obtención confidencial de datos o informaciones a lo largo de los tratos preliminares mantenidos, confidencialidad que, por ser un concepto jurídico de carácter indeterminado, requerirá que se concrete en cada caso particular teniendo en cuenta las específicas circunstancias que en él concurren, pudiendo servir de adecuado criterio la consideración de la entidad que las informaciones obtenidas tengan respecto de los intereses, fundamentalmente pero no exclusivamente económicos o patrimoniales, de la otra parte que los ha proporcionado.

Las consecuencias de la contravención del deber de reserva están previstas, por otro lado, en el párrafo 2.º del propio art. 8 del anteproyecto. En la previsión normativa propuesta en el mismo, «aquella de las partes que no respete este deber (de reserva) queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si, además, ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento». Como es fácil de observar se prevé aquí eventualmente una doble imposición acumulativa de reparaciones a favor de la parte burlada en cuanto al uso por la otra de las informaciones confidenciales proporcionadas y a cargo de esta segunda, que hace un uso indebido de ellas: por un lado, la reparación del daño efectivamente sufrido por la parte defraudada en cuanto a la confidencialidad de las informaciones facilitadas y, por otro, una compensación a favor suyo en la proporción del enriquecimiento injus-

tificado conseguido por la otra parte faltando al deber de reserva al que se encuentra obligada. Es de destacar por su novedad, al menos en relación a nuestro derecho positivo, este segundo factor del montante de la reparación, si bien el mismo siempre se podría exigir y obtener argumentando sobre la base de desarrollar en proyecciones concretas el principio general de derecho, reiteradamente extraído de nuestro ordenamiento por la jurisprudencia, de la improcedencia del enriquecimiento injusto o torticero.

V. La obligación de reparar por responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo y su tratamiento en el anteproyecto

La calificación que merece la obligación de reparar por responsabilidad precontractual, esto es, por los daños causados a través de la conducta perjudicial contradictoria con la buena fe que debe observarse en los tratos preliminares, es, como se sabe, muy controvertida en la doctrina y sobre ella mantiene una postura insegura y oscilante la jurisprudencia: unas veces, en efecto, se orienta ésta, siguiendo una opinión doctrinal, por una caracterización extracontractual de la responsabilidad *in contraendo*, basada en la normativa general cifrada en el art. 1902 Cc. (línea acogida, por ejemplo, en la Sentencia de 16 de mayo de 1988); en otras ocasiones propende la jurisprudencia a dar, en la línea de otra corriente doctrinal, una caracterización contractualista a dicha responsabilidad, basada ahora, en los preceptos relativos al incumplimiento del contrato contenidos en los arts. 1101 y ss. Cc. (orientación seguida en la Sentencia de 26 de octubre de 1981); y otras veces, en fin, se inclina el Tribunal Supremo por configurar, también de acuerdo con otra corriente doctrinal, una responsabilidad precontractual de caracterización específica, cifrada analógicamente en la regla del art. 1258 Cc., en cuanto referida a las consecuencias de la contratación requeridas por la buena fe trasladadas, por vía de asimilación, a la fase precontractual (línea evolutiva sugerida por la Sentencia de 29 de enero de 1965).

Por lo que se refiere a este punto, el anteproyecto de CEC parece acoger una suerte de responsabilidad precontractual adornada de una caracterización específica superadora de las referencias exclusivamente extracontractuales o fundamentalmente contractuales de la misma. En este sentido debe valorarse, sin duda, la regla contenida en el art. 6.4 del anteproyecto, que se refiere al nacimiento de dicha responsabilidad en cabeza de la parte que obra contra la buena fe y, más en concreto, emprende o mantiene los tratos preliminares sin intención de contratar

o interrumpe de manera sorpresiva para la otra parte unas conversaciones avanzadas que han versado sobre los elementos esenciales del contrato, de manera que esta última había podido esperar razonablemente la celebración de la convención (art. 6.4, en relación al art. 6.2 y 3, del anteproyecto de CEC). Se podrá, ciertamente objetar que el conjunto de esta normación no se sitúa propiamente al margen de la llamada responsabilidad extracontractual, pero debe señalarse al respecto que la normativa propuesta en el anteproyecto de CEC no se reporta genéricamente a la actividad negligente o culposa dañosa que da lugar a la llamada responsabilidad extracontractual, sino que la redefine específicamente y da unos contornos precisos al acto culposo que la genera, al margen de los cuales no se da el tipo de responsabilidad a que la normativa del anteproyecto se refiere, sin perjuicio de que pueda siempre recurrirse a la aplicación de las reglas generales —en nuestro caso, el art. 1902 Cc.— en tema de responsabilidad civil extracontractual. La especificidad de la responsabilidad contractual prevista en el anteproyecto de CEC se refleja también, como vamos a ver a continuación, en las consecuencias indemnizatorias que puede tener el haber obrado contra la buena fe la parte contratante a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar.

En el aspecto ahora indicado, es de señalar el ponderado alcance de la obligación de resarcir prevista en el anteproyecto de CEC, cifrada en el llamado interés contractual negativo. En efecto, según el propio art. 6.4 del anteproyecto, «la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que esta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos preliminares». Como precisa la norma propuesta transcrita, el alcance de la obligación de resarcir se limita a la indemnización de los gastos realizados por la parte defraudada en orden a la conclusión del contrato y a la compensación de posibles ventajas frustradas en relación a la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos preliminares inútiles o interrumpidos y llevados a cabo, por haberse obrado de mala fe, sin resultado. En el supuesto de que la parte perjudicada pudiera pretender el resarcimiento de otros daños —piénsese, por ejemplo, en los consistentes o derivados de una eventual pérdida del prestigio comercial, en posibles daños morales, etc.— tendría que dirigirse a la parte causante de los mismos, no mediante la alegación de los preceptos previstos en el anteproyecto de CEC, sino de los que regulan la responsabilidad extracontractual en general.

VI. Normas particulares en relación a los tratos preliminares en el comercio internacional o intercontinental

La última de las normas que el anteproyecto de CEC dedica a los tratos precontractuales se refiere a los mismos en el ámbito del comercio internacional o intercontinental.

En realidad, y a los fines fundamentalmente informativos que persigue esta nota, será suficiente una mera referencia a la normativa en cuestión, sobre todo si se tiene en cuenta que la regla prevista en el anteproyecto a los efectos indicados contiene, en realidad, unos meros reenvíos —ya sea, en particular, a los usos generalmente practicados o a la propia normativa propuesta en el anteproyecto— que no precisan de mayor comentario, y ello a pesar de que las reglas establecidas en los dos párrafos del art. 10 del anteproyecto pueden tener una indudable importancia práctica potencial.

A tenor del primero de dichos preceptos, «salvo estipulación contraria, en el curso de las negociaciones para la estipulación de contratos internacionales-intercontinentales, las partes tienen obligación de conformarse a los usos generalmente en vigor para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial y de los que ellas tienen o deben tener conocimiento». «Aquella de las partes que no cumpla con los deberes mencionados en el párrafo anterior —sigue diciendo el párrafo 2.º del mismo art. 10 del anteproyecto—, es responsable frente a la otra tal y como queda previsto en los artículos precedentes, en la medida en que son aplicables»¹.

¹ El texto del anteproyecto de «Código Europeo de los Contratos (Libro I)», cuya versión original es en lengua francesa, ha sido publicado, con la adición de una memoria redactada por el coordinador de los trabajos prof. G. Gandolfi, por la casa editorial Giuffrè, de Milán, en 2001, con una 2.ª ed., de 2002, en la que se contienen también las versiones alemana, inglesa, española e italiana del anteproyecto. La traducción española ha aparecido también en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2001, fasc. 4 (oct.-dic.), pp. 713 ss.

DON MIGUEL DE UNAMUNO, UN DISIDENTE ANTE LAS CORTES CONSTITUYENTES DE LA SEGUNDA REPUBLICA

Alfonso Carlos Saiz Valdivielso
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

... José Ortega y Gasset y Gregorio Marañón se sientan junto a Unamuno en la Cámara Constituyente. Buscan, aún, con agonía y con garbo juvenil el contacto con el espíritu huidizo y versátil de la Asamblea. Don Miguel ya no busca nada de eso. Está solo y esperando...

Profecía para 1932: Don Miguel de Unamuno, hartado de soledad, abrirá el trueno y soltará el rayo...

Víctor DE LA SERNA
Crónicas Parlamentarias
Diciembre de 1931

... No hay disciplina de partido que pueda someter la conciencia de un ciudadano. Esto es verdaderamente indigno. La disciplina de partido termina, siempre, donde empieza la conciencia de las propias convicciones...

Miguel DE UNAMUNO
Discurso en las Cortes Constituyentes
23 de junio de 1932

Sumario: I. Plano de situación personal y preludio periodístico. II. Diálogo y confrontación de las Lenguas. III. Constitución y Autonomías. IV. Enseñanza, idioma y libertad de expresión. V. Addenda. Constitución y República. VI. Conclusión.

I. Plano de situación personal y preludio periodístico

Concejal electo el 12 de abril de 1931, don Miguel de Unamuno es nombrado alcalde honorario del Ayuntamiento de Salamanca el día 16. Dos días después, el Claustro universitario salmanticense le nombrará Rector.

El día 27 de aquel abril de 1931 es nombrado Presidente del Consejo de Instrucción Pública.

Le quedan a don Miguel tres años para su jubilación académica. Está, pues, en la última vuelta de su camino.

Fernando Vela, que dirige *El Sol*, requiere su colaboración periodística para el rotativo madrileño, en el que no hace mucho José Ortega y Gasset dejó estampada su «delenda est monarchia¹».

Unamuno comienza su colaboración periodística en *El Sol* el 13 de mayo con un artículo titulado «Pleito de historia y no de sociología», que se agavilla con otros dos más, todos ellos bajo el epígrafe *La promesa de España*².

Este preludeo periodístico de don Miguel viene a plantear algunos de los problemas más acuciantes que van a nacerle a la incipiente República. Recuerda su actitud antimonárquica desde el destierro decretado por la dictadura del General Primo de Rivera. Sostiene que las formas de Gobierno son accidentales, mientras que las personas que las encarnan son sustanciales. De ahí su argumento de que el pleito de Monarquía o República sea más cosa de Historia que de Sociología, para proclamar, seguidamente: «Y si hemos traído a la mayoría de los españoles el republicanismo, ha sido por antialfonismo, por reacción contra la política imperialista y patrimonialista del último Habsburgo de España...»

Advierte sobre la no conveniencia de una separación tajante de la Iglesia y el Estado, manifestándose proclive a la libertad de cultos, y a que se subvencione a la Iglesia católica, sin que ello signifique una situación privilegiada, configurándose una Iglesia española sometida al Estado, pero no separada de éste³.

La problemática agraria llama, igualmente, su atención, por su anómala estructura: amplios latifundios en la parte más despoblada y proliferación minifundista allí donde se produce una mayor concentración humana.

Pero la gran cuestión de estos primeros artículos periodísticos, que será «leit-motiv» recurrente durante todo el periodo 1931-1933, desde la pluma, la tribuna pública y la sede parlamentaria, es la unidad nacional. La vertebración española empieza a percibirse por la opinión pública como una dialéctica entre lo federal y lo unitario. Rechaza Unamuno que unitario equivalga a centralista, y en cuanto al concepto federal: «Hay que saber que lo que en España se llama, por lo común, fe-

¹ Fue el 15 de noviembre de 1930, en el artículo titulado «El error Berenguer», determinante de su salida del periódico fundado por Nicolás Urgoiti.

² El tríptico se publicó los días 13, 14 y 15 de mayo de 1931.

³ En el artículo «Comunismo, Fascismo, reacción clerical y problema agrícola», *El Sol*, 14 de mayo de 1931.

deralismo, tiene muy poco del federalismo de *The Federalist o New Constitution* de Hamilton, Jay y Madison... Lo que aquí se llama federar es desfederar, y no unir lo que está separado».

La opción federalista, invocada por determinados sectores políticos, como posible solución a las tensiones entre el poder central del Estado y los nacionalismos peninsulares, es rechazada tajantemente por el Rector de Salamanca al negar los postulados irredentistas en que aquéllos se apoyan: «... Eso de que Cataluña, Vasconia y Galicia hayan sido oprimidos por el Estado español no es más que un desatino...»⁴

Poco antes de que el proceso electoral otorgue carta de naturaleza al nuevo Régimen, nacido de unas elecciones municipales, Unamuno desde la atalaya periodística de *El Sol*, reflexiona sobre el divorcio⁵, que acabaría constitucionalizándose en el artículo 43 de la carta magna republicana.

Desde el punto de vista jurídico, no le interesa «porque no siendo yo ni siquiera Licenciado en Derecho, carezco de clientela de bufete de abogado en que se me podría presentar el caso», y en cuanto a su necesidad se muestra así de radical: «Me parece que obedece más que a ansias de los malmaridados, a una especie de sentimiento anticatónico o, si se quiere, anticlerical respecto al matrimonio⁶. Estas son cosas de lo que llamamos burguesía, y de la aristocracia. El que se llama, por antonomasia, pueblo, no se preocupa apenas del divorcio. Es problema que al verdadero proletario, al que tiene que cuidar de su prole, no se le suele presentar. Y es que en el proletario, en el obrero, la igualdad de los sexos es mayor que en otras clases. Téngase en cuenta las familias obreras, en que la mujer es más sostén de ellas que el marido».

Tras las elecciones generales del 28 de junio, don Miguel obtiene una de las siete actas de diputado a Cortes por Salamanca⁷.

Más que presentarse a la elección, le han presentado los sectores republicanos de la ciudad con el respaldo de los socialistas⁸.

⁴ En «Los comuneros de hoy se han alzado contra el descendiente de los Austrias y Borbones», *El Sol*, 15 de mayo de 1931.

⁵ *El Sol*, 13 de junio de 1931.

⁶ En esta actitud, cuenta mucho el sentido familiar de Unamuno, hondamente vivido.

⁷ Las otras seis correspondieron a Filiberto Villalobos, médico; Tomás Marcos Escribano, presidente de la Diputación; Primitivo Santa Cecilia, tipógrafo y alcalde de Salamanca; José M.^a Gil Robles, abogado; Cándido Casanueva, propietario, y José M.^a Lamamié de Clairac, terrateniente. (En Emilio SALCEDO, *Vida de don Miguel*. Anthema Ediciones, Salamanca 1998, pp. 387-388).

⁸ Pedro CEREZO GALÁN, *Las máscaras de lo trágico (Filosofía y tragedia en Miguel de Unamuno)*. Edit. Trotta, Madrid 1996, p. 762.

Nueva reflexión periodística, de hondo calado político. Cuatro ideas esenciales que habrán de desatar honda polémica en los meses venideros. Se contienen en el título *Nación, Estado, Iglesia, Religión*⁹. Cuatro pilares para estructurar la convivencia, o cuatro proyectiles para destruirla. Según se mire.

Escribe Unamuno en el citado artículo:

«... No puede confundirse la nación con el Estado o reducirse a éste. Si hay palabra ambigua es esta del Estado, con la que juegan federales, comunistas, anarquistas, sindicalistas, y sus adversarios y contradictores...»

«... El Estado es la corporación de los que ejercen el poder público, la burocracia a que viven sujetos los llamados Gobiernos. El Estado viene a ser a la nación lo que la clerecía a la Iglesia...»

«... Eso de que la religión es un asunto puramente individual o privado resulta, históricamente, un error. La religión, sea la que fuere, es un lazo entre individuos, un lazo que religa...»

A una semana de la apertura de las Cortes, Unamuno encara la situación autonomista que llegará, en su momento, a la Cámara como una asignatura pendiente, impulsada por los nacionalistas. Formula la cuestión como una teoría del resentimiento. *El Estatuto o los desterrados de sus propios lares*¹⁰, es el primer toque de atención sobre un asunto que hará correr ríos de tinta en la prensa, y desatará huracanes verbales en el Parlamento:

«... Yo que había tratado a algunos irlandeses *sinn feinens* (“nosotros mismos”), esos sedicentes celtas, quejumbros del arpa y la verdura, cuando alcanzaron su independencia de Inglaterra, me dije: Y ahora que no les queda ya resentirse de Inglaterra, ¿qué van a hacer?...»

Buen punto de partida para discurrir acerca de las pretensiones de quienes apadrinan el Estatuto vasco-navarro de Estella¹¹, para fustigar, en toda regla, la intención que encierra su contenido, de cuya inviabilidad está plenamente convencido:

⁹ Artículo publicado en *El Sol*, el 2 de julio de 1931.

¹⁰ *El Sol*, 7 de julio de 1931.

¹¹ Integrantes de una coalición o conjunción liderada por José Antonio de Aguirre, en la que se alinean, católicos neutros, católicos fueristas, jaimistas e integristas, cuyos nombres más significativos son José M.^a de Urquijo, Marcelino Oreja Elósegui, José Luis de Oriol y el canónigo Pildain. (Alfonso Carlos SAIZ VALDIVIELSO, *Triunfo y Tragedia del periodismo vasco*. Ed. Nacional, Madrid 1977, pp. 241-246 y «Religión y política en el Estatuto Vasconavarro de Estella», en *Historia Internacional*, n.º 12, marzo de 1976).

«... El Estatuto, por lo que de él conozco, es algo, en gran parte, deliciosamente infantil, y no habrá daño para mis paisanos liberales en que fuera aprobado por España, pues las más absurdas de sus prescripciones¹² no podrán nunca llevarse a la práctica. Se resistirán a ellas los mismos a los que se les quiere aplicar, y si se intentara forzarles a seguir las, acabarían por sentirse advenedizos todos los indígenas... Y es que hay nacionalismos chicos con los que sólo se consigue hacer que uno se sienta desterrado de su propia tierra, forasteros en su propio hogar y cuna, ahogado en aldeanerías sin patria civil...»

La repercusión de este artículo en los sectores de la conjunción republicano-socialista acaudillada en Bilbao por Indalecio Prieto, se hizo notar de inmediato¹³.

El 16 de julio, el diputado por Salamanca Miguel de Unamuno y Jugo, vasco por los cuatro costados y español medular, formula una distinción entre *República española* y *España republicana*¹⁴, juego de palabras que sirven de pretexto para insistir en su valoración sobre las formas políticas y sobre la consideración de la ciudadanía:

«... Ni la Monarquía, ni la República son sustancias, sino formas y ni siquiera formas sustanciales, como los escolásticos le llamaban al alma, de la que decían que era la forma sustancial del cuerpo...» «... Y no achiquemos nación a un sentido lugareño, de lugar más o menos rico en vecindario, pues ni vecino es, sin más, ciudadano...»

En vísperas del primer otoño republicano, y de sus primeras intervenciones parlamentarias, Unamuno redacta y publica uno de sus artículos más contundentes de esta época. Su título, *Sobre el cavernicolismo*¹⁵, es un ejercicio de metáfora en el que cabe una múltiple reflexión jurídico-política e histórica sobre la Constitución y otros elementos adyacentes, en la que el oficio de lingüista se pone de manifiesto:

«... La Historia es la base de toda la Constitución del Estado —con mayúsculas— que es cosa minúscula al lado de la constitución de la na-

¹² La fijación de plazos discriminatorios para acceder a la ciudadanía vasca dependiendo del lugar de nacimiento, o la reserva competencial para concordar con el Vaticano, entre otras. (Artículo 3.ºa, y Apartado Cuarto del artículo 15).

¹³ *El Liberal*, de Bilbao, 16, 17 y 18 de julio de 1931.

¹⁴ *El Sol*, 16 de julio de 1931. Llamamos la atención sobre este título por haber servido a Vicente González Martín para dar nombre a su edición y comentarios sobre los artículos de Unamuno publicados entre 1931 y 1936 (Ediciones Almar, Salamanca, 1979), no recogidos en las obras completas de don Miguel.

¹⁵ *El Sol*, 12 de septiembre de 1931.

ción —con minúscula de nombres comunes—. Lo uno no es más que jurídico; lo otro es político...»

«... Estado y Estatuto, vienen de *status*, acto de ponerse y de estarse en pie; es la situación de lo que está en pie, y *statuere*, estatuir, es poner en pie algo...»

«... Nación deriva de nacer, y popularmente “ciego de nación” quiere decir ciego de nacimiento...»

«... La constitución nacional, la historia, es la acción de componerse y constarse juntos, en pie y en un haz, los nacidos en común, en comunidad de destino¹⁶... Y ésta es la historia de España desde que es España y sobre todo desde los Reyes Católicos, desde que con la toma de Granada y el descubrimiento de América se anuda, por voluntad divina, por la gracia de Dios, la unidad nacional española...»

«... Esa íntima constitución nacional se ha intentado prostituir, ponerla a subasta y regateo cantonales por instintos prehistóricos, troglodíticos y cavernícolas...»

«... Los *legendarios*, primeros fundadores de la sociedad civil, los soñados contratantes y pactantes¹⁷, no son más que un mal sueño, una pesadilla, y están fuera de la Historia...»

«... El troglodita de la cueva de Altamira, el que trazó aquel mágico bisonte, al que se ha tragado el león de España, no vivía en la historia, no vivía la historia, y no podía pactar, ni contratar nada...»

«... ¿Derechos individuales? Para que los haya, el individuo tiene que ser persona y el pobre troglodita no lo era...»

II. Diálogo y confrontación de las lenguas

El 11 de septiembre de 1931, Unamuno encabeza con su firma una enmienda al artículo 4.º del proyecto constitucional redactado por la Comisión, en el siguiente tenor:

«El castellano es el idioma oficial de la República, sin perjuicio de los derechos que las leyes del Estado reconocen a las diferentes provincias o regiones».

La enmienda unamuniana, suscrita también por José Ortega y Gasset, Pedro Suárez Uriarte, Alfonso García Valdecasas, Justino Azcárate, José

¹⁶ Esta idea de «comunidad de destino» de Unamuno y la de «proyecto sugestivo de vida en común» de ORTEGA, en *España invertebrada*, nutren los conceptos de José Antonio Primo de Rivera al definir España como «unidad de destino en lo universal».

¹⁷ Alusión a Juan Jacobo ROUSSEAU y su *Contrato Social*. El desdén hacia el ginebrino será compartido, años más tarde, por José Antonio en sus primeras palabras del acto fundacional de Falange Española en el madrileño Teatro de la Comedia (29 de octubre de 1933).

Fernando González Uña, Juan Díaz del Moral y Bernardo Giner de los Ríos propone:

«El español es el idioma oficial de la República. Todo ciudadano español tiene el deber de saberlo y el derecho de hablarlo. En cada región se podrá declarar cooficial la lengua de la mayoría de sus habitantes. A nadie se podrá imponer, sin embargo, el uso de ninguna lengua regional»¹⁸.

Se avecina una polémica lingüística. Buen tema para filólogos, y Unamuno lo es.

Con tal motivo va a formalizarse la primera intervención parlamentaria en las Constituyentes republicanas, que tendrá lugar en la sesión del 18 de septiembre de 1931¹⁹.

Le precede en el uso de la palabra Alfonso Rodríguez Castelao que, también ese día, hace su presentación en sede parlamentaria, con un discurso emotivo y cordial en defensa de la lengua gallega. Desea Castelao que el gallego sea tan español como el castellano, subrayando una declaración política de intenciones:

«... No somos separatistas, porque si separatista viene de separar, separatista será el que no quiera que el gallego sea, también, un idioma español...»

Llegado su turno, Unamuno estructura un alegato pasional a favor de la lengua española, en un apabullante alarde de conocimiento de las demás lenguas de España, invocadas desde su expresión literaria. Buena ocasión para evocar aquel celeberrimo y controvertido discurso que, como mantenedor de unos Juegos Florales, pronunció en el Teatro Arriaga de su Bilbao²⁰:

«... Hace cosa de treinta años, allí en mi tierra nativa pronuncié un discurso que produjo una gran conmoción, un discurso en el que les dije a mis paisanos que el vascuence estaba agonizante, que no nos quedaba más que recogerlo y enterrarlo con piedad filial, embalsamado en ciencia.

¹⁸ Apéndice 4.º al n.º 37 del Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes —en adelante DSCC— de 11 de septiembre de 1931.

¹⁹ Jean BECARUD, en *Miguel de Unamuno y la Segunda República*, Taurus, Madrid 1965, pp. 15-17, da, erróneamente, como fecha del primer discurso parlamentario de Unamuno la del 25 de septiembre de 1931. La referencia parlamentaria del primer discurso se consigna en el DSCC núm. 41 del día 18 de septiembre de 1931, pp. 1.015-1.020.

²⁰ Fue el 26 de agosto de 1901.

Provocó aquello una gran conmoción, y una mala alegría fuera de mi tierra, porque no es lo mismo hablar en una mesa a los hermanos, que hablar a los otros. Creyeron que puse en aquello una intención que no puse. Hoy continúa esa agonía; es cosa triste, pero el hecho es un hecho, y así como me parecería una verdadera impiedad el que se pretendiera despear a alguien que se está muriendo, a la madre moribunda, me parece tan impío inocularle drogas para alargarle una vida ficticia, porque drogas son los trabajos que hoy se realizan para hacer una lengua culta, y una lengua que, en el sentido que se da ordinariamente a esta palabra, no puede llegar a serlo...»

En su negación de la unidad euskérica, aporta como argumento el caso de sus abuelos que, como sus padres, eran vasco parlantes, resultando que dos de ellos apenas podían entenderse entre sí porque uno era vizcaíno y el otro guipuzcoano.

Invoca a Iñigo de Loyola «el hombre más grande que ha tenido nuestra raza» que no escribió en lengua vasca sus *Ejercicios*, incidiendo en que «no hay un alto espíritu vasco, ni en España, ni en Francia, que no se haya expresado en castellano o en francés...»

Rebate la manida acusación nacionalista de que Castilla no conoce la periferia:

«... Y yo os digo que la periferia conoce mucho peor a Castilla, que hay pocos espíritus más comprensivos que el castellano...»

Cuando habla de Galicia cita a Curros Enríquez y los *Aires da miña terra*, reprochándole afectivamente su victimismo, su tono de quejumbrosidad, afirmando que Rosalía de Castro «cuando quiso encontrar la mujer universal, que era una alta mujer, no la encontró en aquellas coplas gallegas, la encontró en sus poesías castellanas de *La orilla del Sar...*»

Cuando llega el turno a Cataluña, evoca su amistad con Joan Maragall y los versos del gran poeta:

*Escolta Espanya la veu d'un fill
que't parla en llengua no castellana,
parlo en la llengua que m'ha donat
la terra aspra
en questa llengua, pocs t'han parlat;
en l'altra..., massa...*

Y le atribuye un español lleno de enjundia y vigor, superior incluso al de Jaime Balmes, o al de Francisco Pi y Margall.

Recuerda que el catalán, que tuvo una espléndida florecencia literaria hasta el siglo xv, enmudeció entonces como lengua de cultura, y

mudo permaneció durante los siglos del Renacimiento, de la Reforma y la Revolución, «volviendo a renacer hará cosa de un siglo»:

«... Hoy se encarga de su renovación un hombre de gran competencia y sobre todo de una exquisita probidad intelectual y de una gran honradez científica como es Pompeyo Fabra...»

Vuelve al eje central de su enmienda, ese «no se podrá imponer a nadie», aunque renuncia a matizarla hasta el momento en que se discuta la cuestión de la Enseñanza:

«... Trataremos de cómo el Estado español tendrá que tener en las regiones autónomas quien obligue a saber castellano, y sé que si mañana hay una Universidad castellana, mejor española, con superioridad, siempre prevalecerá sobre la otra; es más, ellos mismos la buscarán. Os digo más, y es que cuando no se persiga su lengua, ellos empezarán a hablar y a querer conocer la otra...»

Unamuno hace un punto y aparte para referirse a la conquista lingüística de Valencia, «la patria del más grande poeta catalán Ausiàs March, donde Ramón Muntaner escribió su maravillosa *Crónica*, de donde salió *Tirant lo Blanc*».

Se lamenta de que el gran poeta valenciano Vicente Wenceslao Querol quisiera escribir en *lemosin* «que era una cosa artificial y artificiosa, y no su lengua natal, sino una lengua de Juegos Florales»:

«... Claro que cuando tenía que sacar el alma de Valencia, no lo hacía en la Lengua de Jaime de Aragón, sino en la del Cid de Castilla, y para convencerse no hay más que leer el poema *Ausente*, que ningún buen valenciano debe leer sin que se le empañen los ojos de lágrimas...»

Acto seguido, metaforiza el comienzo del libro de los *Hechos de los Apóstoles* «como unas Cortes Constituyentes de la primitiva Iglesia cristiana, el Pentecostés»:

«... Cuando sopló como un eco el Espíritu vivo, vinieron lenguas de fuego sobre los apóstoles, se fundió todo el pueblo, hablaron en cristiano, y cada uno oyó en su Lengua y en su dialecto: sulamitas, persas, medos, frigios, árabes, egipcios... Y esto es lo que he querido hacer al traer aquí un eco de todas esas lenguas; porque yo que subí a las montañas costeras de mi tierra vasca a secar mis huesos —los del cuerpo y los del alma—, y en tierra castellana fui a enseñar castellano a los hijos de Castilla, he dedicado largas vigiliias, durante largos años al estudio de las Lenguas todas de la patria, y a enseñarlas, que todos mis discípulos han salido iniciados en el conocimiento del castellano, del

galaico-portugués y del catalán²¹... Y yo a mi vez me recreaba en esas Lenguas para hacerme la mía propia, para rehacer el castellano, haciéndolo español, recreándome en él. Y esto es lo que importa...»

Toma la palabra a Gabriel Alomar que le ha precedido en la sesión y aborda su idea de nación:

«... Yo también, amigo Alomar, en estos días de renacimiento, he pensado en eso y me ha venido la palabra precisa: España no es nación, es *renación*: renación de renacimiento, de renacer allí donde se funden todas las diferencias, donde desaparece esta triste y pobre personalidad diferencial...»

Tales palabras hicieron mella entre los catalanistas, galleguistas y minoría vasco-navarra en la que se integraban los nacionalistas vascos.

Así, Jaime Carner defiende la cooficialidad del catalán en mérito de un hecho consumado: haberse incorporado ya al texto estatutario.

Ramón Otero Pedrayo, por su parte, insiste a favor de un galleguismo integrador.

Finalmente, Jesús María de Leizaola, diputado del PNV, integrado en la coalición estatutista vasco-navarra, hará valer la vitalidad y progreso de la lengua vasca frente a las tesis regresivas de Unamuno.

Conviene no dejar de lado, en la crónica de esta primera comparecencia parlamentaria de Unamuno, su punto de vista sobre los continuamente invocados «hechos diferenciales» en función del idioma:

«... Se está hablando siempre de nuestras diferencias interiores. Esto es cosa de gente que, o no viaja, o no se entera de lo que ve. En el aspecto lingüístico, hay naciones de Europa como Italia y Francia que tienen más diferencias que España. En Italia no sólo hay una multitud de dialectos de origen románico, sino que se habla alemán en el Alto Adigio, esloveno en el Friul, albanés en ciertos pueblos del Adriático, y griego en algunas islas. En Francia pasa lo mismo. Además de los dialectos de las lenguas latinas, tienen el bretón y el vasco...»

Ni tampoco el cierre esteticista, justificador de su presencia en la Cámara:

«... La Lengua, después de todo, es precisa, y si un Código pueden hacerlo sólo juristas que suelen ser, por lo común, doctores de la letra muerta, creo que para hacer una Constitución, que es algo más que un Código, hace falta el concurso de los líricos, que somos los de la palabra viva...»

²¹ Obsérvese que excluye el euskera que conocía, pero que nunca enseñó.

III. Constitución y Autonomías

La sesión del 25 de septiembre, centra o quizá descentra la discusión parlamentaria en torno al contenido del artículo 12 del proyecto constitucional que trata de las competencias del poder del Estado en relación con las de las Regiones autónomas.

Sesión tumultuosa en la que, una vez más, salen a relucir los «hechos diferenciales» junto a presuntas promesas hechas por los republicanos a los catalanistas en el célebre y críptico Pacto de San Sebastián, sobre el cual, y en su momento, el eminente jurista Felipe Sánchez Román, liberal y desvinculado de opciones concretas de partido, se expresó rigurosamente²².

El problema autonómico se balancea entre debates y enmiendas, en una tensión que a veces apunta hacia la soberanía compartida por las regiones y el Estado. Se apostaba, también, por un federalismo pimar-galliano que no se había revisado desde hacía sesenta años. Se ignoraba que el federalismo no supone el Estado, sino la aspiración de crearlo a partir de otros Estados preexistentes, y que lo específico de su idea se reduce exclusivamente al problema de la soberanía.

José Ortega y Gasset, que barrunta lúcidamente el disparate a que puede conducir la improvisación y la indefinición conceptual, ha proclamado que «la soberanía no es una competencia cualquiera, no es propiamente un poder, no es ni siquiera el Estado, sino que es el origen de todo poder, de todo Estado, y, en él, de toda ley...»²³

En aquella sesión del 25 de septiembre se han mostrado partidarios del federalismo, los federalistas propiamente dichos, los nacionalistas vascos, los de la Federación Republicana Gallega y los catalanistas de Esquerra²⁴.

Unamuno hace tronar su voz. Se indigna ante la desorientación e imprecisiones del Gobierno al que para salir del atolladero autonómico

²² Sánchez Román en la Sesión del 4 de septiembre de 1931 dejó bien sentado que: «En aquel pacto de San Sebastián, hubo lo único que podía haber: la designación de un procedimiento para traer con el mayor prestigio y con la mayor garantía el problema catalán al Parlamento. Y por eso el pacto de San Sebastián acordó, como síntoma demostrativo de su esencialidad, estas dos estipulaciones: Primera, que Cataluña, antes de la decisión del Parlamento, practicaría justamente lo que ha practicado en cuanto a la formación de su Estatuto, y no algo que ha practicado y que no estaba previsto en el pacto, ni autorizado por el pacto mismo; Segunda que el Parlamento resolvería soberanamente y que la resolución que tomase el Parlamento español sería acatada rigurosamente por los elementos políticos de Cataluña representados en el pacto...»

²³ DSCC núm. 40 de 17 de septiembre de 1931.

²⁴ Las voces más significadas fueron las de Luis Companys (Esquerra), Franchy Roca (Minoría federal), Jesús M.^a de Leizaola (PNV), Alfonso R. Castelao (FRG).

no se le ha ocurrido nada mejor que señalar que la cuestión estatutista no es otra cosa que un mero trámite, que no se prejuzga nada, que se trata tan sólo de evitar que se obstruyan ciertos problemas, que ha de tomarse en consideración el plebiscito que ha respaldado el Estatuto de Cataluña:

«... Por lo que veo, de lo que aquí se trata es de ver si sale el Estatuto a remolque de la Constitución, o sale la Constitución a remolque del Estatuto...»

«... El plebiscito se ha hecho muchas veces. Un pueblo, por una especie de plebiscito condenó a muerte a Sócrates sin razón, y quince días después, aquel mismo pueblo, sin más razón, había querido resucitarle. La voluntad de un pueblo no es tan fácil de conocer, sobre todo cuando no se le puede ilustrar, suficientemente, respecto de aquello sobre lo que tiene que decidir...»

En alusión al dichoso pacto de San Sebastián, «de dicho, no de dicha», fustiga el mercadeo de los intervinientes y sus alardes de patrocinadores de la República:

«... Yo no sé lo que en el pacto se convino; parece que los que tomaron parte en él lo saben demasiado bien. De todos modos en aquel pacto no entró para nada el país. Entraron unos hombres que nos dicen que han traído la República, pero ha de saberse que la República no la trajeron los del pacto, sin pacto habría venido lo mismo, acaso mejor. Quien propiamente trajo la República fue don Alfonso de Borbón y Habsburgo...»

Hace mella, en buena parte del hemicycle y en el banco azul, la diatriba unamuniana a la que aún le queda recorrido. Desdeña la férrea disciplina de partido:

«... Aquí al servicio de la República me encuentro libre de algo que se llama disciplina de los partidos. Oigo a mucha gente decir: “Sí, mi convicción es ésta, pero en la reunión del partido se ha acordado una cosa contraria”. ¡Como si la opinión de partido pudiera estar sobre la convicción individual, cuando se trata de servir el interés de España...»

Repudia la forma parlamentaria en que se está elaborando el texto constitucional, a la que no es ajena la responsabilidad de los partidos políticos, consumidos por un prurito de precipitación y de prisa, enemigo de la reflexión y la cordura. No le falta razón a don Miguel al denunciar el ejercicio de confusión parlamentaria en el que los dictámenes

de la Comisión se hacen en el Pleno, sometiendo a las Constituyentes a una fatiga atormentante:

«... No se puede sacar una Constitución con fórceps, que resultan muy peligrosos no ya para la vida de la criatura, sino para la vida de la madre. Por eso, cuando aquí se habla de la República recién nacida, y de los cuidados que necesita, yo digo que más cuidados necesita la madre que es España, que si al fin muere la República, España puede parir otra nueva, pero si muere España, no hay República posible...»

Bien puede asegurarse que con estas palabras Unamuno ha marcado su actitud disidente, que habrá de despertar serios recelos en buena parte de quienes apoyaron su elección hasta que don Miguel abandone sus tareas parlamentarias.

No comprende que en estos debates se contraponga Cataluña y España, o Vasconia y España, o Galicia y España:

«... No me explico este distingo. Es como decir “la cabeza y todo el cuerpo”, “el corazón y todo el cuerpo”, o “el estómago y todo el cuerpo”... Ojalá en esta lucha quisieran los catalanes catalanizar toda España, como mis paisanos, los vascos, vasquizar toda España...»²⁵

En la recta final de su discurso, un párrafo de insistencia sobre su no militancia política:

«... Nosotros no trajimos la República; la República nos ha traído. Pero hay más: a mí se me requirió para traerme a este escaño, a mí se me requirió para venir aquí, cuando yo, en ninguna forma lo solicitaba, no por ningún partido, porque nunca he figurado en ningún partido...»²⁶

²⁵ Estas palabras tienen reminiscencias de las pronunciadas en los bilbaínos Juegos Florales de 1901, cuando exhortó a sus paisanos: «¡Si no queréis ser invadidos, invadid!»

Posteriormente en el artículo «Sobre el imperialismo» publicado en la revista *Hispania*, de Buenos Aires, el 16 de julio, de 1911, Unamuno escribía: «... Yo quiero, y lo quiero con toda mi alma de español, que mis paisanos los vascos traten de vasconizar España, y que traten de catalanizarla los catalanes... Pero, unos y otros, tendrán que hacerlo en castellano...»

²⁶ No era verdad, por lo que a un pasado lejano se refiere, pues Unamuno ingresó, como afiliado, en la Agrupación Socialista de Bilbao en 1894, en la que permaneció hasta 1896. Durante esta etapa colaboró, frecuentemente, en el semanario *La Lucha de Clases* (Rafael PÉREZ DE LA DEHESA, *Política y Sociedad en el primer Unamuno: 1894-1904*. Ed. Ciencia Nueva, Madrid 1966, p. 57).

A esto podría añadirse el comentario de Luis ARAQUISTAIN en *El pensamiento español contemporáneo*. Ed. Losada, Buenos Aires 1962, p. 68: «... Nadie en ese tiempo, hacia finales del siglo XIX, ni el propio Pablo Iglesias, el gran organizador del socialismo en España, ataca al sistema capitalista con más bello y vigoroso estilo...»

Y otro, legitimador de la teoría del mandato representativo:

«... No me ha traído aquí Castilla, ni Salamanca. Yo no soy un diputado de Castilla; ni siquiera, en rigor, creo que me ha traído aquí la República, aunque sea hoy un diputado republicano. Aquí me ha traído España. Yo me considero un diputado de España»²⁷.

El escándalo que Unamuno ha metido en el cuerpo del «republicanismo oficial y partidista», desde su escaño, va a incrementarse el primero de octubre, con motivo de la apertura del curso académico, en Salamanca.

A los cuarenta años de su llegada a la ciudad del Tormes, y a los treinta de un acto de la misma naturaleza como Rector, don Miguel dice a las autoridades políticas, académicas y a los estudiantes, que ni las Ciencias, ni las Artes, ni las Letras son monárquicas o republicanas; que la cultura está por encima y por debajo de las pequeñas diferencias contingentes, accidentales y temporales de las formas de Gobierno.

Exhorta a luchar por la libertad de la cultura, por su unidad y universalidad, por la pluralidad ideológica.

Las palabras rituales que ponen colofón al acto académico, siembran el desconcierto:

«En nombre de Su Majestad España, una, soberana y universal, declaro abierto el Curso de 1931-1932 en esta Universidad universal y española de Salamanca, y que Dios Nuestro Señor nos ilumine a todos para que, con su gracia, podamos en la República servirle, sirviendo a nuestra madre patria»²⁸.

IV. Enseñanza, idioma y libertad de expresión

El 22 de octubre se discute en las Cortes el artículo 48 del proyecto constitucional sobre la enseñanza del castellano en las distintas instancias docentes. El idioma, o mejor los idiomas, de nuevo, como objeto de controversia, de confrontación²⁹.

²⁷ DSCC núm. 45 del día 25 de septiembre de 1931, pp. 1.166-1.170.

²⁸ Quienes malinterpretaron estas palabras en un republicano, tendrían que esperar al 14 de abril de 1932, para entender su significado. En la misma sede académica Unamuno explicó: «Saben los que tienen algún conocimiento de Humanidades que majestad es *maiestas*, *mayestad*, o sea mayoría, es decir lo que está por encima de todo y corresponde a la soberanía. Y al decir “Su Majestad España” quería decir que no hay más soberanía que la de España, que la del pueblo español. Es lo que se llama soberanía popular, por la cual todos, en cuanto tengamos conciencia de ciudadanía y españolidad, todos seremos soberanos» (Emilio SALCEDO, *op. cit.*, p. 405).

²⁹ DSCC núm. 61 del día 22 de octubre de 1931, pp. 1.887-1.889.

Don Miguel, bajo de salud y sobre todo de ánimo, sostiene que no es la lengua lo más grave de la cuestión. Más que lo propio de la cultura le preocupa la civilización, sobre todo a partir de tanta invocación, por parte de los nacionalistas de todas clases, de las «minorías étnicas». A tal efecto recuerda lo que en cierta ocasión aconteció cuando un alcalde de Barcelona se dirigió a Alfonso XIII en nombre de los naturales de Barcelona:

«... Yo me creí obligado a protestar. Un alcalde no puede dirigirse en nombre de los naturales, sino de los vecinos, sean naturales o no; ni se puede establecer una diferencia entre vecinos y naturales. No hay, no puede haber dos ciudadanías. Ese es el punto de la civilización... Yo no sé cuántos constituyen esa minoría étnica, por ejemplo, en Barcelona. No sé si son el diez, el veinte, el treinta o el cuarenta por ciento. Lo que me parece bochornoso es que se les vaya a proteger como a una minoría. ¡A proteger! El Estado no debe pasar por eso; a que le protejan otros y a que se les dé como una asignatura el castellano; como instrumento, no; como asignatura, no...»

Pone especial ardor en la defensa de la universidad estatal de Barcelona a la que no quiere ver bajo ningún otro poder que no sea el del Estado. No tiene reparos en denunciar un propósito solapado de apoderarse de la institución por el catalanismo, ni tampoco de recelar de la pretendida autonomía universitaria:

«... Llevo cuarenta años de profesor, y sé lo que sería de la mayor parte de nuestras Universidades si se dejara una plena autonomía, y cómo se convertirían en cotos cerrados para cerrar el paso a los forasteros. Además, yo que no entiendo mucho, ni quiero entender, de ciertas distinciones jurídicas, veo que hay una cosa que nunca comprendo bien, cuando se habla de catalanes y no catalanes. Para mí todo ciudadano español radicado en Cataluña, donde trabaja, donde vive, donde cría su familia, es no sólo ciudadano catalán, tan catalán como los otros. No puede haber dos ciudadanías».

Alude, en los tramos finales de su discurso, a la Constitución como estructura vital, no meramente formal, deslizando una idea constante en su pensamiento: la de «guerra civil»³⁰:

³⁰ La exaltación de la «guerra civil» es una constante en la obra de Unamuno, como verificación de las diferentes tensiones que subyacen en la vida individual y en la de los pueblos. Viene a decirnos que cada uno de nosotros, los hombres, es un yo colectivo, una sociedad, en que constantemente luchan entre sí diversos *yos*, y luchan por compenetrarse e integrarse bajo uno u otro de ellos, tanto en los pueblos como en las naciones (Una re-

«... Por encima de esta Constitución de papel, está la realidad tajante y sangrante del país. Se quiere evitar cierta guerra civil (no una guerra civil cruenta, a tiros y a palos, naturalmente); me parece que va a ser muy difícil, y además no lo deploro. Hay ciertas fuerzas civiles que son las que hacen la verdadera unidad de los pueblos... Cualquier cosa que hagamos estará siempre en revisión, que es una cosa continua... Los periodos constituyentes no acaban nunca, y es una locura creer que porque pongamos una cosa en el papel, va a quedar ya hecha...»

Dos días después, vuelve su sarcasmo sobre la recién aprobada Ley de Defensa de la República³¹, en el artículo titulado *En un perpetuo sábado, al señor B.C.D*³²:

«... Con que ya lo sabe usted, señor mío, es acto de agresión a la República, la apología del régimen monárquico. No se dice, precisamente, de la Monarquía, lo cual podrá a usted parecerle no más que una tontería; pero guárdese de emplear expresiones así, de menosprecio...»

«... Individualmente, me duelen menos los hechos que las explicaciones que de ellos dan sus apologistas. Lo peor de la República me parecen los republicanistas, que no son precisamente los republicanos...»³³.

Concluye con una frase soberbia y lapidaria: «El Señor no me puso en esta España para dar facilidades a los cobardes».

Unamuno se aleja a pasos agigantados de la deriva sectaria de una República, cuyo sumo pontífice gobernante, Manuel Azaña, intelectual de Ateneo, inspirado por la beatería roussoniana, le repugna sobremedida. Y no se muere la lengua ni aligera la pluma cuando protesta airadamente del artículo 3.º de la Constitución que declara que el Estado español no tiene Religión oficial:

«... Declarad en el papel que no hay Religión del Estado; pero la hay nacional, y es la del pueblo, que vive de misteriosidades...»

ferencia importante sobre esta temática en Elías DÍAZ, *Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político*. Ed. Tecnos, Madrid 1968, pp. 120-130. Otra, de mayor amplitud monográfica, en José Miguel DE AZAOLA, *Unamuno y sus guerras civiles*. Ed. Laga, Bilbao 1996).

³¹ Concretamente sobre el apartado 6 del artículo 10 de dicha Ley aprobada el 20 de octubre de 1931, que consideraba acto de agresión a la República «la apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación, y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno u otras».

³² *El Sol*, 24 de octubre de 1931 (El destinatario consignado en iniciales es imaginario).

³³ En alusión a la conjunción republicano-socialista que le respaldó con sus votos en las elecciones municipales del 12 de abril, y muy especialmente a los nacionalistas catalanes.

En su alejamiento, el encuentro con otro desencantado, José Ortega y Gasset, que el 6 de diciembre pronuncia la célebre conferencia *Rectificación de la República*, donde se escucha del gran filósofo madrileño el famoso «No es eso»³⁴.

* * *

No parece mejorar el pulso democrático en los comienzos de 1932. Por de pronto en la sesión parlamentaria del 6 de enero, cuando se discute la cuestión de los bienes de la Compañía de Jesús, el diputado Lamamié de Clairac intenta intervenir en defensa de los jesuitas, y no se le permite. Ante este atropello, Unamuno firma junto a Ossorio y Gallardo y Miguel Maura una enérgica protesta por el veto³⁵.

No aflorará el verbo parlamentario de don Miguel hasta el mes de junio. Se discute el día 23 el dictamen sobre el artículo 2 del Estatuto de Cataluña.

La intervención de Unamuno está precedida de un agrio incidente parlamentario por no admitirse una enmienda presentada el día 16³⁶.

Aún sin aceptarla, Barnés, Vicepresidente de la Cámara, da la palabra a Unamuno quien comienza su discurso dando lectura a la enmienda fallida, para explicar acto seguido que el motivo de la misma era oponerse a una parte del dictamen de la Ponencia según el cual «dentro del territorio catalán, los ciudadanos, cualquiera que sea su lengua materna tendrán derecho a elegir el idioma oficial que prefieran en sus relaciones con las autoridades y funcionarios de toda clase, tanto de la Generalidad como de la República».

³⁴ Conferencia pronunciada en el Cine Opera, de Madrid, que reproduce íntegra *El Sol*, el día 8, a la que asisten Ramón Pérez de Ayala, el Dr. Gregorio Marañón y Miguel Maura, entre otras personalidades.

³⁵ DSCC del día 6 de enero de 1932.

³⁶ La enmienda, que no fue admitida porque ya se había empezado a discutir el artículo en cuestión, llevaba incorporadas, además de la de Unamuno, las firmas de Miguel Maura, Justino de Azcárate, José M.^a Santa Cruz, Felipe Sánchez Román, Alfonso García Valdecasas, Bernardo Giner de los Ríos y Antonio Sacristán. He aquí su texto:

«Artículo 2.º El idioma catalán es, como el castellano, lengua oficial de Cataluña. Para las relaciones oficiales de Cataluña con el resto de España así como para la comunicación de las autoridades del Estado con Cataluña, la lengua oficial será el castellano. Toda disposición o resolución oficial dictada por los órganos regionales, en Cataluña, deberá ser publicada y, en su caso, notificada en ambos idiomas. Dentro del territorio catalán los ciudadanos tendrán derecho a elegir el idioma oficial que prefieran en sus relaciones con las autoridades y funcionarios de la Generalidad. De los documentos públicos autorizados en Cataluña se expedirá copia en catalán, a instancia de parte».

Para Unamuno, aceptar este texto implicaba que si todos los ciudadanos pueden elegir el idioma oficial que prefieran en sus relaciones con las autoridades de la República, éstas, por deducción lógica, tendrían la obligación de conocer el catalán. Admite que ello sea conveniente, pero se opone a que sea obligatorio:

«..Si en un tiempo hubo aquello que, indudablemente, era algo más que grosero de “hable usted en cristiano”, ahora puede suceder a la inversa: ¿No sabe usted catalán? Pues apréndalo, y si no, no intente gobernarnos aquí».

Unamuno es consciente de los votos que los catalanistas van a recibir de las izquierdas no catalanas, en función, básicamente, de la sintonía ideológica, no por convicción:

«... No hay disciplina de partido que pueda someter la conciencia de un ciudadano. Esto es verdaderamente indigno. La disciplina de partido termina, siempre, donde empieza la conciencia de las propias convicciones, y yo digo que tan desastroso es para los que rinden así su conciencia contra su convicción, como para los que acepten estos votos...»³⁷.

Intervendrá también en la sesión del día siguiente, anunciando que le resultará difícil asistir a los próximos debates porque habrá sesiones nocturnas «y pasando las diez de la noche, yo no soy dueño de mí, y creo que la mayor parte de los diputados, pasando las once o las doce, no se enterarán de lo que se discute».

A lo intempestivo de los horarios alude, intencionadamente, para criticar el modo en que se discutió la Constitución y las circunstancias en que se aprobó, «apelando, incluso, a sesiones permanentes».

Sus últimas palabras inciden una vez más, en su animadversión a la partitocracia:

«... Se dice que qué manía tengo contra los partidos. En efecto. Si creo tener alguna autoridad es por representar una gran parte de opinión española, de la España entera y no partida, y me temo que si los partidos

³⁷ DSCC núm. 188 de 23 de junio de 1932, pp. 6.414-6.416. Ese mismo día, Unamuno, Miguel Maura, Alfonso García Valdecasas, Felipe Sánchez Román, José M.^a Santa Cruz, Manuel Rico Avello, José F. González Uña y Bernardo Giner de los Ríos, presentan una enmienda de adición proponiendo un artículo 3.º con esta redacción: «El castellano será el idioma único para las relaciones internas de los organismos que, dentro de Cataluña, ejerzan funciones de la competencia exclusiva del Estado» (Apéndice 5.º al número 188 del DSCC de 23 de junio de 1932).

se empeñan —que creo que no— en hacer cosas de ideología y de disciplina de problemas en que eso no puede hacerse, corren el riesgo de cambiar de sexo, es decir de convertirse de partidos en partidas, lo cual sería muy peligroso...»³⁸

No volverá a las Cortes hasta el 2 de agosto. Su intervención en esta sesión, el último acto parlamentario de Unamuno, deriva de la enmienda presentada el 13 de julio por él, junto a Felipe Sánchez Román, Justino de Azcárate, Antonio Sacristán, Publio Suárez, Alfonso García Valdecasas y Luis García Lozano, al artículo 10 del dictamen de la Comisión del Estatuto de Cataluña³⁹.

El centro neurálgico de su discurso constituye una crítica feroz al caótico estado de confusión al que ha llegado la Cámara sacudida por la presión de dictámenes, enmiendas y votos; una Cámara ajena a lo que ocurre fuera de ella.

Recuerda y reprocha las palabras de Azaña a Maura en la sesión de 22 de octubre de 1931 en torno al debate constitucional y al deber de transigir con las demandas catalanistas sobre el Estatuto⁴⁰.

Se opone Unamuno a que se hagan concesiones mientras no se aquieten ciertas pasiones y no se ponga freno a quienes se manifiestan con temeraria imprudencia:

«... Yo declaro que hay quien grita en Cataluña —lo hacen también en mi tierra nativa— “¡Viva Cataluña libre!” Está muy bien, pero yo me preguntaría, ¿libre de qué? Porque eso, como el hablar de nacionalidades oprimidas —perdonadme la fuerza y la dureza de la expresión— es sencillamente una mentecata. No ha habido nunca semejante opresión y lo demás es envenenar la Historia y falsearla...»

Advierte del peligro que puede entrañar otorgar facultades al Gobierno para que negocie con Cataluña. En este trance alguien replica:

³⁸ DSCC del 24 de junio de 1932, pp. 6.450-6.452.

³⁹ Cuyo texto proponía: «Es obligatorio el estudio de la lengua castellana que deberá emplearse como instrumento de enseñanza en todos los Centros de España. La Generalidad de Cataluña podrá, sin embargo, organizar enseñanzas en su lengua regional. Pero el Estado mantendrá, también, en Cataluña las instituciones de enseñanza de todos los grados en el idioma oficial de la República» (Apéndice 9.º al núm. 200 del DSCC de 13 de julio de 1932).

⁴⁰ Dijo Azaña en aquella sesión: «... ¿Cómo es posible que nosotros, al discutirse la Constitución, vayamos a adoptar un texto constitucional que haga imposible, el día de mañana, la votación libre del Estatuto de Cataluña, o el de cualquiera otra región, prejuzgando una cuestión que debe resolverse, en su esencia, al votarse esos Estatutos, y no la Constitución? Y teniendo nosotros, hombres de partido, la convicción de que no se roza para nada el porvenir de las atribuciones del Estado, estamos en el deber de transigir».

«¡Ah, es que hay un compromiso!» Ha sido la gota que colma el vaso de la paciencia de don Miguel:

«... Cuando llegue el caso pida, quien quiera que sea. Hará muy bien. Deberá hacerlo la Generalidad, pero sean las Cortes, éstas u otras las que respondan, pero no un Gobierno, tenga los compromisos que quisiere, que podrá tenerlos; pero el país no tiene compromisos al respecto...»

No deben pasarse por alto, en este discurso, las palabras finales que tienen significación de ruptura:

«... Estoy harto de que cuando se adopta una posición que está en contra de la directiva del Gobierno, o de la mayoría, se diga que se va contra la República...»

Ha defendido don Miguel su libertad de expresión que *El Sol* no habrá de respetar al devolverle un artículo en el que entre otras cosas decía:

«... No daré un viva a la República, aún deseando que viva, mientras no se pueda dar un viva al Rey, a un Rey cualquiera»⁴¹.

V. Addenda. Constitución y República

Don Miguel de Unamuno, Académico de la Lengua desde el 15 de diciembre de 1932, no volverá nunca más a las Cortes.

Su opinión se queda para la cátedra y para sus colaboraciones periódicas a lo largo de 1933, año que excede del límite del presente trabajo.

El 12 de septiembre de aquel año Unamuno publica uno de sus artículos periodísticos más demoledores contra los gobernantes republicanos. Bajo el título de *Constitución y República*⁴² acumula agravios diversos contra el régimen, partiendo del por qué votó, en su condición de concejal, la candidatura agraria, contra la ministerial, para el Tribunal de Garantías Constitucionales. Explica cómo se pronunciaba con su voto, no contra la República, naturalmente, ni contra la Constitución «actualmente yacente, que no vigente», sino a favor de su revisión, al entender que sí el Tribunal de Garantías Constitucionales⁴³ cumple con

⁴¹ Su ruptura con *El Sol* el 30 de noviembre de 1932, por presión gubernamental, determina su colaboración con *Ahora*, que publica el artículo censurado «Y va otra vez de monodílogo». Dos días antes ha pronunciado una conferencia, *El pensamiento político de la España de hoy*, en el Ateneo madrileño, feudo azañista, en la que acusa al jefe del Gobierno de utilizar procedimientos inquisitoriales propios de un dictador (*El pensamiento político de la España de hoy*).

⁴² Publicado en *El Norte de Castilla*, de Valladolid; *La Voz de Cantabria*, de Santander y *El Adelanto*, de Salamanca, entre otros periódicos de provincia.

⁴³ Previsto en el artículo 121 de la Constitución.

su deber de justicia, no tendrá más remedio que someter a control de constitucionalidad la Constitución y «unas leyes adyacentes en las que se vulneran los preceptos mismos que ella establece».

Atribuye al Gobierno, al que no duda en calificar de «sedicente revolucionario», un lógico temor al Tribunal, sabedor de que éste no puede consentir que prevalezcan no sólo acuerdos ministeriales anticonstitucionales, despóticos y arbitrarios, ni tampoco acuerdos parlamentarios, y leyes votadas en Cortes, igualmente arbitrarias, despóticas e injustas. Y se pregunta:

«... ¿O es que no hay argucia de despotismo que cuando la Constitución veda las confiscaciones, pueda cohonestar las de los bienes de la Compañía de Jesús o las de las fincas de la llamada grandeza? Se hace en nombre de una pretendida revolución y ahí reside el problema de la República que ha querido hacer, a un tiempo, una revolución y una Constitución que la encauce y la entrene. El error ha estado en haber querido hacer una revolución constitucional o una Constitución revolucionaria, como si revolver sea construir...»

Unamuno está convencido de que el pueblo español que votó la República o, mejor, que votó contra la Monarquía y la Dictadura, no pedía semejante revolución, aunque la pidiese una parte de él. El artículo concluye así:

«... Y que no se venga con mandangas de fascismo, de dictadura o de lo que sea. España está entregada a la más lamentable anarquía, a luchas de supuestas clases, a luchas de comarcas, a luchas de confesiones. Y si ha de constituirse algo, ha de ser sobre el sentimiento de justicia, que no es venganza ni represalia, y si ha de garantizarse lo constituido, ha de ser sin hurtar nada al examen de la constitucionalidad...»

VI. Conclusión

A partir de su elección como diputado a Cortes por Salamanca, don Miguel de Unamuno asume que está metido hasta el cuello en las aguas de sus íntimas guerras civiles.

Le esperan dos años de reflexión y de profecías; de algunas esperanzas y grandes desencantos.

Va a servirse de la pluma y la palabra para decir sus verdades. Se recorta el perfil de un hombre que, al no ser de partido, se encuentra, a conciencia, políticamente desubicado.

Es nada menos que todo un hombre, que no hace mucho regresó del destierro decretado por la dictadura de Primo de Rivera. Es el referente intelectual más alto de la cultura española. Un hombre próximo a la ju-

bilación, miembro de una generación que había sentido como ninguna otra el dolor de España. Un ensoñador idealista y romántico, que recela, en general, de los políticos.

Durante el periodo constituyente republicano va a erigirse una vez más en «excitator Hispaniae». No está dispuesto a expedir recetas, ni siquiera a proponer soluciones. Lo suyo es un obsesivo e incesante apremio a reflexionar. Estará en las Cortes, pero sobre todo estará en la vida. Por eso, cuando su voz y su palabra no resuenen en el hemisiclo o en la tribuna pública, su pluma se comprometerá con la sociedad española, a través del artículo periodístico.

La lengua española, la unidad nacional y la cuestión religiosa, constituirán una sagrada trinidad para la sensibilidad de Unamuno. Cualquier ataque o restricción a ella, lo considerará como una agresión a la sustancia intrahistórica de España.

Unamuno, siguiendo las teorías idealistas sobre el lenguaje, considera la lengua como la sangre del espíritu, y el español como el mejor instrumento de unión y universalización de España.

Su defensa de la unidad de España —bien aleccionadora para los tiempos que hoy corren— es tan apasionada y concluyente como la de la Lengua española como vehículo universal de cultura y proyección de vascos, catalanes y gallegos. Y no cederá, aunque no le hagan caso, en sus enmiendas parlamentarias para que el castellano sea el eje nuclear de comunicación y de enseñanza.

Recela ampliamente de los planteamientos autonomistas, no por sí mismos, sino porque no responden ni a una descentralización racional, ni a la realidad histórica, sino a intereses egoístas de los nacionalismos que se le antojan desintegradores y excluyentes.

Ante la Constitución republicana adopta una actitud que, cuando no es irónica, resulta abiertamente hostil. Frente a la Constitución formal —«Constitución de papel»— opone la Constitución sustancial, que es la histórica e intrahistórica.

Hace profesión de fe liberal y, por lo mismo, rechaza el sectarismo de aquella República, la prepotencia despótica de Azaña, quien en la Sesión del 13 de octubre de 1931, proclamó que España había dejado de ser católica, y a quienes son responsables de la Ley de Defensa de la República y de la disolución de la Compañía de Jesús, y confiscación de sus bienes, al amparo del artículo 26 de la Constitución republicana.

Este desdén hacia la República, que él contribuyó a traer, alcanzará clímax de descalificación en 1933, cuando solicita, el 12 de septiembre, a través de la prensa, la intervención del Tribunal de Garantías Constitucionales para que revise la Constitución.

PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO SOCIAL COLECTIVO¹

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Sumario: 1. Adecuación de las relaciones de trabajo al Estado social y democrático de Derecho. 2. Elevación de los derechos sociales al rango de derechos fundamentales. 3. Dimensiones constitucionales de la justicia social. 4. Protagonismo y relieve constitucional del sindicato. 5. Repercusiones del pluralismo político en el Derecho Social. 6. Ambientación constitucional de las libertades sindicales. 7. Adelanto y estímulo de las libertades sindicales. 8. Interacciones del ordenamiento sindical y el ordenamiento jurídico del Estado. 9. Perpetuación de la cláusula transformadora y social. 10. Dinamismo de la transformación. 11. Reflejo constitucional de la autotutela colectiva. 12. Conclusión. Abreviaturas y siglas

1. Adecuación de las relaciones de trabajo al Estado social y democrático de Derecho

El Estado social y democrático de Derecho —en que, sin la constancia de un *poder constituyente* visible, España se ha erigido— responde tardíamente, ante las demoras históricas que impidieron su tempestiva implantación, al llamamiento moralizador que, a mediados del siglo xx, reclama la atención de los países industrializados con economía de mercado. El nuevo modelo de Estado socializa los derechos individuales de corte clásico —corrigiendo los defectos que acusaba el Estado demoliberal— y refuerza, como *derechos subjetivos* y *situaciones jurídicas* accesibles a la jurisdicción, los que hasta entonces eran *intereses sociales desnudos* y carentes de acción procesal. Intereses,

¹ Estas reflexiones, relacionadas con la formación y los valores que el Prof. Dr. D. Pablo Lucas Verdú ha inculcado a muchas generaciones de estudiosos, evocan nostálgicamente las actividades del *Aula Juan XXIII* —que, durante la lejana década de los años 60, auspiciaron, en la Universidad de Deusto, el homenajeado y el Prof. Dr. D. Antonio Beristain e Ipiña— y la amistad mantenida, andando el tiempo, con quien ahora recibe el reconocimiento que tan justamente merecen su sabiduría, su condición de persona de bien y su entrega a la causa de la Universidad.

primero ignorados por el Estado de Derecho liberal burgués y deformados, más tarde, por los regímenes autoritarios de Occidente (arts. 1.1 y 9.1 CE).

La idea de que el *Estado social* sea también *Estado de Derecho* traza la línea de separación con la actitud indiferente que caracterizó al Estado demoliberal. El ordenamiento jurídico que disciplinaba las experiencias de una sociedad formada por la suma numérica de los individuos que poblaban en el territorio de la soberanía del Estado, se consideraba *liberal*, porque hacía caso omiso del tratamiento de la *lucha de clases* y prescindía de juridificar —sometiéndolos al imperio de la ley y el Derecho— las cuestiones más álgidas del conflicto industrial. El Derecho del Estado demoliberal no aspiraba a racionalizar los aspectos colectivos que surgían de los contactos de la *clase dominante establecida* con la *nueva clase desprotegida y emergente*, cuyos problemas quedaban fuera del proyecto de organización de la sociedad en el Estado. Las consecuencias y expresiones de la lucha de clases se trasladaron a los escenarios represivos del Derecho penal o de la legislación de orden público. Si el Estado social se dice hoy *de Derecho*, no es porque las fuerzas sociales —responsables de su edificación— compartan la idílica teoría de la *irresistibilidad de las acciones* de su ordenamiento jurídico, sino porque —conscientes de los enrarecimientos que engendra la supervivencia del conflicto industrial— entienden que, so pena del desvanecimiento de su imperio, el Derecho debe tomar las medidas de *regulación mínima, control y apoyo* que, mitigando la causticidad de ese conflicto, aseguran el *equilibrio inestable* que su naturaleza requiere. Situación que se significa por una relación civilizada de las organizaciones sindicales y los empleadores en la sociedad pluralista, y por la efectiva posibilidad de que, sin merma de sus identidades respectivas, acrediten la capacidad de mantener su predisposición cooperativa. De esta contribución se benefician la subsistencia de los procesos productivos, el crecimiento gradual de la riqueza, la protección de los intereses de la economía general, la garantía del funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad y la cooperación de los poderes públicos a una Política Social que, sin alcanzar el pleno empleo, contrae la obligación —de medios y no de resultado— de orientar en esa dirección su movilidad y su estrategia (art. 40 CE).

La rotulación de *Estado social y democrático* de Derecho responde, no obstante su apariencia tautológica, a la finalidad de subrayar que la nueva forma política del Estado español —a saber, la Monarquía Parlamentaria— nada tiene que ver con la figura del *Estado social y autocrático de Derecho* del previgente sistema autoritario. Aunque *lo social* implica un concepto sintético y omnicomprensivo de los valores demo-

cráticos, la precisión es necesaria ante lo irrepetible del fenómeno del tránsito del *paternalismo autoritario* al sistema civil de libertades. La técnica y la tónica de tal aventura eludieron —por inmisericordes y poco inteligentes— las soluciones basadas en la ruptura y, para justificar su *preferencia reformista*, recurrieron a un *uso alternativo del Derecho*. La democraticidad del Estado social le separaba de las falsificaciones que antes habían adulterado su concepto, degradándole a un instrumento de expansión económica, al servicio de un sentimiento nacional desmedido y olvidadizo del valor de la dignidad de la persona humana (arts. 1.1 y 3, y 10.1 CE).

2. Elevación de los derechos sociales al rango de derechos fundamentales

La invocación de la *igualdad material* —que acomoda el sentido de la cláusula transformadora y social a las dimensiones de una libertad que reconoce y elogia— permite mejorar la suerte de algunas situaciones de Derecho Social que se aprovechan —porque su tratamiento equitativo así lo exige— de una protección más enérgica que la debida a su posición originaria. Ello salva el demérito de derechos sociales cuya tutela —no máxima y sí de proporciones módicas— era escasa en vista del énfasis con que el encabezamiento de la legalidad fundamental proclama la emergencia del *Estado social y democrático de Derecho* (arts. 1.1, 9.2, 14, 35.1 y 41 CE).

Otro tanto cabe decir del *derecho fundamental a una efectiva tutela judicial*, cuya respuesta —consistente en un razonamiento motivado y persuasivo frente a las cuestiones planteadas ante el orden social de la jurisdicción— purga muchos de los reparos que se han hecho valer (art. 24.1 CE).

Ambas posibilidades emanan de un sugestivo *concurso de normas*, por el que —ante la eventualidad de que la misma situación encaje en la regla jurídica de origen o en otra más flexible— se opta por la segunda, cuya naturaleza omnicomprensiva consigue efectos protectores más directos que los de la ordenación propia del caso. La solución se pliega a la naturaleza de las cosas y a los imperativos del valor superior del ordenamiento jurídico en que la justicia —resumen de la igualdad que estimula y de la libertad que compromete— se hace consistir. Este manejo alternativo del Derecho —que trae causa de la cláusula de transformación— ha mejorado la suerte de ciertos derechos y principios sociales que extravagaban formalmente del marco de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (arts. 1.1, 9.2 y 24.1 CE).

Amén de las razones —más recientes— que avalan el carácter fundamental de la libertad de empresa, la técnica aludida —a saber, el concurso ideal de normas constitucionales— permite asignarle ese carácter con base en el reconocimiento y garantía de las *libertades públicas de producción y creación técnica*. El signo de los tiempos ha superado el caduco simplismo de la competencia industrial y mercantil, y ha convertido la iniciativa empresarial en la conjura y superación de una masa de riesgos que, a su carácter extraordinario, añaden las funciones sociales inherentes a las renovadas exigencias de las relaciones de trabajo (arts. 9.2, 20.1 *b*, 33.2 y 38 CE).

El *orden público* —afectado por las tensiones del conflicto industrial— prosigue limitando la actuación de los derechos ejercitables con motivo de las actividades productivas. La mención que, a propósito de un concreto derecho fundamental, le dedica el constituyente, se predica de todos los derechos y libertades de esa naturaleza y coincide con la noción de *paz social* a que también se apela. Las vicisitudes del conflicto industrial conmueven dicha paz con más intensidad que las de otros conflictos habidos en el seno del pluralismo social (arts. 10.1 y 16 CE).

La *seguridad* —a que toda persona tiene derecho— admite diferentes versiones, sin exceptuarse la que, como compromiso del Estado de Bienestar, lleva el nombre de Seguridad Social. Su puesta a cargo de los poderes públicos esboza, por hipótesis, uno de los derechos fundamentales que asisten a todas las personas físicas agrupadas en las comunidades naturales. El carácter fundamental del derecho a la Seguridad Social —variante del derecho general a la seguridad— no casa con la *consigna reductora* que ha inspirado la enumeración de los *principios rectores de la política social y económica* (arts. 18 y 41 CE).

Cabe alegar, además de los argumentos indicados, otros —más novedosos y actuales— en pro del carácter fundamental de los derechos sociales. La obligación —que incumbe a la UE y a los Estados miembros— de conseguir una *protección social adecuada*, supone —no de manera tácita y sí a tenor de una concluyente manifestación— que, al reaccionarse así, se tengan presentes los *derechos sociales fundamentales* enunciados en la CSE y los que después ha sancionado la CCDSFT, texto comunitario que alude intencionadamente a los *derechos fundamentales de los trabajadores*. El Derecho objetivo de cualquiera de los Estados miembros no puede, so pena de vulnerar el *principio de primacía del Derecho Comunitario*, rebajar el rango de una institución a la que las normas europeas adjudican superior condición o dispensan una tutela más enérgica que la que, en paralelo, le ha otorgado la legalidad

constitucional u ordinaria del Estado. El reconocimiento de esta naturaleza exige, como máximo, proceder a una reforma constitucional que vuelque los derechos sociales en el depósito de los derechos fundamentales, y, como mínimo, una reacción de los poderes públicos que, acatando lo exacto de la calificación, inapliquen las normas que la contradigan (arts. 9.3 CE y 136 I VCTR).

La técnica del *concurso de normas* es útil para adjudicar la cualidad de derechos fundamentales a ciertas expresiones de la *participación en el gobierno de la empresa*. No en vano, se reconoce y acepta, desde esa perspectiva, el derecho a *comunicar o recibir información veraz* por medios de difusión que incluyen las variantes de comunicación relativas a ese particular (arts. 20.1 b, 38 y 129.2 CE).

Las formas de *representación unitaria* en los lugares de empleo o centros de trabajo, provienen de un sindicalismo dispuesto a combatir los abusos del poder de organización que violan los derechos constitucionales de los trabajadores y la conmutatividad de sus relaciones contractuales. Sus orígenes —típicos de la espontaneidad de la democracia directa— y el tránsito a modelos, más perfectos, de democracia delegada, no destituye a estas acciones de su pertenencia al elenco de libertades sindicales, ni las priva de la protección cualificada que les corresponde (arts. 53.2, 129.2 CE).

La conversión en derecho fundamental del *derecho al trabajo de los condenados a penas de privación de libertad*, representa —más que una norma tendente al tratamiento de las relaciones de trabajo— una pauta metodológica del proceso de su readaptación social. Una vez reinsertados en la comunidad de origen o en otra a la que transfieren, soportarán, en condiciones iguales a las del común de los demandantes de empleo, los riesgos de un mercado acosado por la escasez de ocupación y las dificultades de la demanda de trabajo. La *resocialización penitenciaria* es el *plus* que compensa la marginación social a que se exponen durante el cumplimiento de la pena, si se piensa en los inconvenientes del futuro que, una vez liberados, van a compartir (arts. 25.2, 35.1 y 40 CE).

El derecho a la libertad de empresa también adquiere el trato de derecho fundamental, porque —si, de nuevo, se atiende al principio de primacía del Derecho Comunitario— cuesta admitir conceptualmente que el óptimo de protección de la *libre circulación de capitales* y la *libertad de establecimiento* —derechos intangibles de las comunidades— resulte agrietada por la consideración constitucional —menos generosa— que un Estado miembro dedique a la libertad de iniciativa económica en el mercado de libre concurrencia (arts. 38 CE y 136 I VCTR).

3. Dimensiones constitucionales de la justicia social

La justicia social —síntesis de la igualdad que libera a la persona individual y de la libertad que engrandece sus intereses legítimos— constituye un valor superior que no acampa fuera del ordenamiento jurídico, ni se limita a inspirar su contenido y su factura. Pertenece a la interioridad del Derecho objetivo y prepondera sobre los principios y preceptos constitucionales subordinados a las directrices —bien reconocidas, bien atisbadas en el horizonte histórico de la razón práctica— que forman un bloque de *yusnaturalismo latente*. Este acervo de *moralidad legalizada* —trasunto del Derecho de Gentes de las relaciones de trabajo— se localiza en el vértice de la figura piramidal del ordenamiento que le representa (art. 1.1 CE).

El *Estado social* —cuya adjetivación embebe la nota de democracia— es *Estado de Derecho*, porque el *Estado demoliberal* se satisfizo con racionalizar jurídicamente las condiciones inorgánicas de la sociedad de su tiempo, mientras que el Estado moderno quiso eliminar esos defectos y cumplió la obligación eticopolítica de responder a los retos del conflicto social. Al ser éste el más álgido de cuantos confluyen en los movimientos de la sociedad orgánica, la acción de los poderes públicos propende a asegurar la paz social, sin atentar contra el valor de la justicia ni minorar el contenido esencial de las libertades sindicales. Compensa, con *acciones de apoyo*, las *exigencias de control* que imponen los intereses generales de la soberanía estatal y del resto de los derechos constitucionales —inherentes a la condición de la persona, anteriores a las leyes humanas y obligatorios para el legislador— que son objeto de reconocimiento positivo (arts. 1.1, 9.2 y 10.1 CE).

La *justicia social* nunca es una *justicia felizmente lograda y poseída*, porque permanece a la espera de alcanzar su deseable y lejana plenitud. Así resulta del compromiso consistente en *propugnarla*, que no es un infinitivo triunfalista, sino la confesión sincera de las dificultades que acarrea la busca de la tierra prometida y de los obstáculos que aquejan a esta aventura de progreso. Su axiología concurre con las Políticas Sociales que —figurando, por derecho propio, en cualquier programa ideológicamente definido— pueden diferir y de hecho difieren. Así lo autorizan e incluso lo quieren las divergencias o matices que la elasticidad del pluralismo político permite adoptar (arts. 1.1, 40.1 y 149.1 num. 7.º y 17.º CE).

El Derecho Social acampa en una de las parcelas del ordenamiento jurídico del Estado. Sector que no deja de someterse a los valores superiores que se han enunciado y, en especial, a la justicia que los acapara y agrupa. Esta porción del ordenamiento jurídico vincula, de una parte,

a los ciudadanos que han de acatar sus mandatos y prohibiciones, y, de otra, a los poderes públicos, cuya estructura y extensión actuales desbordan el *tradicional achicamiento* de los poderes clásicos —legislativo, ejecutivo y judicial— relacionados en régimen de separación e independencia (arts. 1.1, 9.1, 66.2, 117.1 y 4, 161.1 *a* y 163 CE).

La mención del *valor superior del pluralismo político* trasluce la evidencia histórica de que —al precio de las transacciones que el texto constitucional ha hecho suyas— interviene la voluntad conciliadora y confiada en que la hospitalidad de la ley fundamental acoja cuantas orientaciones ideológicas comparten unos *mínimos indulgentes y accesibles*. Mínimos que, aún en los temas de Política Social, la acción pacificadora del constituyente cuida de coordinar para evitar disgregaciones inconstitucionales o tentativas rupturistas (art. 1.1 CE).

4. Protagonismo y relieve constitucional del sindicato

El constituyente concibe el *sindicato* como un concepto jurídico indeterminado que se concreta en las formas históricas de cada trance de acción y de progreso. El sindicato ha sido y sigue siendo una *comunidad organizada* que preordena sus medios y fines a la protección de los intereses colectivos que comparten sus fundadores y cuantos se adhieren al proyecto iniciado. El sindicato tradicional surge a consecuencia de la violación de los intereses sociales de la *nueva clase*, de una reacción estimulada por las enseñanzas de la historia, de la conciencia de solidaridad que repugna esas agresiones, del propósito de agotar la protección a que se aspira y de la eficiencia de los recursos de que se dispone. Recursos que, ante la expansión del pluralismo social, hacen del sindicato el principal de sus *poderes de hecho* y facilitan la gestión, en el seno del conflicto industrial, de las reivindicaciones que proceden de las demandas sociales o se incorporan, por determinación del sindicato, al acervo de sus libertades de origen (art. 7 CE).

El sindicato clásico operaba en los vastos espacios de las comunidades y Estados democráticos de Derecho que, a cambio de su renuncia a la revolución, le aceptaban y favorecían en los ámbitos de su soberanía. Ahí se escenificaban los antagonismos —de amplio espectro— que enfrentaban al capital y al trabajo, divididos antes por el radicalismo de la lucha de clases y separados luego por el conflicto industrial que, pese a constituir su versión civilizada, seguía ocupando la comunidad más convulsa de la sociedad pluralista (arts. 9.2, 10.1, 28.2 y 37.2 CE).

El sindicato clásico se encuentra desarmado cuando las agresiones causadas por la promoción de las *técnicas de productividad* —atractivo

y fruto perverso de la racionalización de los procesos industriales— mudan la sede del conflicto industrial. La elusión de las connotaciones de orden público requiere abandonar los grandes espacios sociales y trasladar el conflicto a las unidades productivas, donde las nuevas formaciones sindicales —más avisadas y ágiles que el sindicato clásico— se van asentando. Las unidades o centros de empleo —coordinados por la racionalización productiva— eran poco accesibles a los controles sindicales, lastrados por un pasado de conflictividad escasa, de interlocución fácil con los agentes sociales y de afortunadas actividades de gestión. El concepto jurídico indeterminado de *sindicato* se reconstruye en consonancia con las realidades industriales recién diagnosticadas. Se desencadena un cambio imprevisto y aparecen problemas propios de una crisis en que los útiles tradicionales se tornan inservibles y el futuro diseña interrogantes de difícil adivinación y despeje (arts. 7, 9.2, 10.2 y 129.2 CE).

Los intereses colectivos —que comprometen las reacciones de la nueva morfología sindical— postulan la *defensa de los derechos constitucionales* de los trabajadores —*ciudadanos de segunda zona* que devienen cautivos de las demasías de la organización— y la *comutatividad contractual* que, a punto de engendrar *obligaciones de resultado* donde hay sólo *deuda de actividad*, soporta el alza despiadada de los ritmos de actividad que dicta la racionalización del rendimiento. Así se explica la energía con que las bases sindicales —que se van erigiendo— denuncian los abusos del poder de organización que, bajo el *santo y seña de la productividad*, persigue una plusvalía tan abominable como imperceptible. El *nuevo sindicato* aglutina, de modo espontáneo y consciente, a las personas físicas que, en régimen de *democracia directa*, defienden los intereses colectivos atacados por el poder empresarial. Nadie ignora las deficiencias de estructura del *experimento asambleario*, afectado por la lentitud que sus inexpertos agentes transmiten a los procesos de formación de la voluntad colectiva y a la toma de sus decisiones. Resulta, aconsejable que el *sindicato asambleario* —expresión de un estado de conciencia inherente a esos intereses colectivos— ceda su puesto a la organización reflexiva de las *representaciones unitarias* que operan en régimen de *democracia delegada*. No es acertado denegar a estas representaciones la calificación de sindicatos y el carácter de sujetos activos de las libertades que, como tales, les corresponde ejercitar (arts. 7 y 129.2 CE).

También son *sindicatos* los grupos de trabajadores cuyos objetivos carecen, no obstante la importancia de sus requerimientos, de perspectiva duradera, porque su acción se circunscribe al tiempo necesario para amparar unos intereses colectivos que no exigen compromisos in-

definidos de futuro. Como el valor superior del pluralismo político deja al legislador positivo en libertad de establecer, llegado el caso, el modelo de *sindicato preferible*, sorprende que los sindicatos temporales sólo tengan la oportunidad procesal de intervenir, como *uniones de hecho sin personalidad*, en las contiendas planteadas ante el orden social de la jurisdicción. El reconocimiento del interés colectivo litigioso se ciñe al tiempo indispensable para su protección y determina una tutela judicial garantizada con el acceso al juez ordinario predeterminado en la ley. Se echa de menos la regulación —material y exhaustiva— de esta variante sindical, huérfana de un Derecho sustantivo que estime la frecuencia y habitualidad con que las relaciones industriales se sirven de su auxilio (arts. 7 CE y 12 LPL).

5. Repercusiones del pluralismo político en el Derecho Social

La mención del valor superior del *pluralismo político* significa, en la latitud del *deber ser*, que las inspiraciones ideológicas de corte sindical que acompañan a cualquier Política Social —aún distinta de las que, compartiendo líneas de fuerza comunes, ofrecen rasgos diferenciales y competitivos— facilitan su traslación a los respectivos programas. Pese a lo lógico de sus *disidencias horizontales*, cada una de dichas políticas conserva, a la hora de verificar sus ofertas, la *constitucionalidad vertical* que se sigue del acierto con que aquel valor se ha manejado y de la utilidad que del mismo se espera (art. 1.1 CE).

El dato de que los partidos políticos *expresen* el pluralismo político, no ciega otros cauces circulatorios de sus versiones y mensajes. Semejante *expresión* —entendida a la luz de un sentimiento mínimamente liberal— no entraña afán alguno de acaparamiento y constituye la manifestación natural de una *concurrentia pluralista* que no desautoriza otras propuestas. La tarea de *contribuir* —que delimita el contenido y ejercicio de la libertad sindical colectiva— *sindicaliza* la sustitución o suplencia de unas iniciativas que, ante lo creciente y complejo de las realidades sociales, los partidos políticos no pueden afrontar. Lo mismo cabe decir de ciertos fines que, debido a las dificultades advertidas, recaban la cooperación del sindicato que, por naturaleza y sin espíritu de protagonismo, se convierte en un agente social cuya contribución es indispensable para conseguirlos (arts. 1.1, 6, 7, 9.2 y 28.1 CE).

Los intereses que, en régimen de *contribución*, promueven y defienden las organizaciones sindicales, son *intereses de naturaleza económica*. No sólo afectan a la causa del mundo del trabajo, de cuyo beneficio se trata, sino que también pueblan el campo de las exigencias

de la *economía general*, servida por las funciones sociales anejas al ejercicio de la libertad sindical. Igualmente incluyen los *intereses sociales*, porque —ante el desafío que el constituyente ha dirigido a un sindicato ávido de oportunidades participativas— sus organizaciones se ocupan de cuanto signifique conexión o tangencia con los intereses de los trabajadores. No importa que éstos compartan sus inquietudes y su suerte con otros protagonistas —individuales y/o colectivos— de la escena social. La tesis que propugna la *suplencia* de los partidos políticos por la mediación de las libertades sindicales —en su acepción más comprensiva— da idea de la fuerza expansiva que el pluralismo político recibe del constituyente. Aunque nada más se diga al respecto, la naturaleza de las cosas hace el resto y ratifica estas reflexiones (arts. 7, 28.1 y cap. 3.º, tit. I CE).

6. Ambientación constitucional de las libertades sindicales

Las organizaciones sindicales —cuyas libertades individuales y colectivas se ejercitan en el territorio de los Estados soberanos— no están *sujetas* a su ordenamiento jurídico, ni tienen que adecuar sus conductas a su Derecho positivo. La *sujeción* querría decir, llegado el caso, que la voluntad del sindicato ha de ceder ante las normas que, al emanar del Estado, la sustituyen de un hipotético deber de acatamiento. Tal es el signo de los mandatos y/o prohibiciones que convergen en ese ordenamiento. El *deber de respeto* al texto constitucional y al resto del ordenamiento jurídico difiere conceptualmente de la *sujeción*, porque —tan pronto como la soberanía sindical se consolida y demuestra su aptitud creadora de un ordenamiento jurídico extraestatal— hay que evitar las ingerencias de éste —dotado de una base institucional— en la órbita del Derecho estatal —de base territorial— con el que, previa interacción de las medidas de control y de apoyo, está destinado a convivir (arts. 6, 7 y 9.1 CE).

La opinión disidente sostiene —contra los rudimentos de la teoría general del Derecho— la existencia de relaciones de subordinación o dependencia entre normas estatales y extraestatales, siendo así que su génesis, a partir de los respectivos ordenamientos jurídicos, lo desautoriza. Las fricciones o contactos anómalos —que pueden darse entre el Derecho estatal y el nacido de la autonomía colectiva— no encajan en el régimen del principio de jerarquía normativa. Principio que sólo interviene cuando se discute la subordinación o prioridad de normas pertenecientes al mismo ordenamiento jurídico y no a ordenamientos jurídicos distintos. Ello exige que, dentro del círculo común de generación,

se dejen de aplicar las reglas que, siendo de rango inferior, contradigan o se aparten de lo dispuesto en otras de jerarquía superior. Ejemplo típico del error denunciado es afirmar que la *ley del Estado* prevalece sobre el contenido normativo de la *negociación colectiva*, gracias a un principio de jerarquía normativa que, según lo arguido, carece de aplicación al caso (arts. 7, 9.3 y 37.1 CE).

La libertad sindical colectiva —que, a primera vista, conviene sólo a los sindicatos de trabajadores— se extiende a las *relaciones de empleo del sector público*. La fuerza expansiva del Derecho Sindical o, si se quiere, el ímpetu histórico de su soberanía, le llevan a ocupar parcelas que el constituyente no ha convertido en reductos herméticos. Una de las *reformas informales* del texto constitucional ha consistido en ensanchar el ámbito de las libertades sindicales —aumentando las variantes de su autonomía y multiplicando el esfuerzo de colmar el ordenamiento jurídico extraestatal con las adquisiciones de la negociación colectiva— y en vulnerar la fortaleza, inmune hasta entonces, que los conceptos clásicos de *indisponibilidad* y *jerarquía* mantenían en las tradicionales relaciones de servicio de las Administraciones Públicas (arts. 37.1 y 103.1 CE).

Los acuerdos interprofesionales del sector público, representan —conforme a la nomenclatura sindical que cuida de la propaganda de sus éxitos— ejemplos de *leyes pactadas*. Cuidase así de destacar el triunfo del *poder sindical* sobre un Estado formalmente soberano que, ante lo perentorio de las circunstancias, accede a formas materiales de negociación que pugnan con su naturaleza, aunque se compromete a traducir, no sin utilidad, su resultado en normas jurídicas que formalmente emanan de la acción parlamentaria. Quiérase o no, estas transacciones erosionan los poderes de la soberanía parlamentaria, que legisla, o de la autonomía gubernamental competente para el desarrollo reglamentario de las leyes (arts. 7, 37.1, 66.2, 97 y 103.1 CE).

7. Adelanto y estímulo de las libertades sindicales

La definición de la libertad sindical colectiva como *acción de contribuir*, denota —ante la utilización intencional del modo del verbo— que, lejos de conducirse en solitario, la movilidad sindical aconseja posturas de cooperación. La principal de ellas —completada con el auxilio de otros agentes sociales que la perfeccionan— equivale a la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores, cuyos compartimentos son varios. Hay intereses que, afectando de antiguo a la protección profesional, acusan las mudanzas de las *nociones de alieni-*

dad y dependencia en el marco de las relaciones individuales de trabajo. Otros intereses atañen a proyectos que los trabajadores —investidos del *estado civil de ciudadanos*— comparten con el resto de los agentes sociales. Este diseño ratifica, una vez más y por vía del esfuerzo de transformación, la conocida máxima que subrayaba el ascenso de la *condición deprimida de súbdito* a la *calidad superior de ciudadano*. Se computan, en fin, los intereses costosamente aprehensibles, diseminados o difusos, cuya tutela, no obstante los entorpecimientos de alguna magnitud, invita a desplegar la máxima inventiva que los establezca (arts. 7 y 9.2 CE).

La variante de contribución más reciente, que parece accesoria o novedosa, consiste en el acceso del sindicato a los aspectos de la vida social que —siéndole ajenos hasta entonces— recaban su cooperación y le gravan con obligaciones que derivan de esa circunstancia. Trátase de deberes inherentes al *decisionismo expansivo* de las organizaciones sindicales, al apoyo de los poderes públicos al ejercicio de sus libertades, y a las acciones de *cooperación innominada* que, para completar sus compromisos, el sindicato emprende en el marco de las realidades sociales que le salen al paso art. 7 y cap. 3.º, tit. I CE).

La gestión de los intereses de los sindicatos en el periodo histórico de la prosperidad y plena ocupación, mostraba el entusiasmo despertado por el éxito del *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales*, plasmado en la lúcida máxima que, para resaltar la irrevocabilidad de sus conquistas, rezaba «... *siempre más, nunca bastante...*». De ahí, la intangibilidad que, como derechos adquiridos, lograron los avances de los sindicatos en las peripecias —controvertidas y escabrosas— del conflicto industrial. La gestión sindical de los intereses afectados por la *incoación de la crisis económica*, desencadena —ante el abuso de los mecanismos de la *flexibilidad* y la *desregulación*, y la tendencia a disfrazar la *recivilización del Derecho Social*— las soluciones defensivas que, ante la dureza de los sacrificios impuestos, el sindicato tuvo que aceptar sin alternativas honorables. Se desistió del —hasta entonces incólume— principio de irreversibilidad de las conquistas sociales ya consolidadas, y se afrontaron, con entereza, los desgastes que el fenómeno mundializador causaba en los frentes residuales de la actividad del sindicato (arts. 7, 28.1, 37.1 y 129.2 CE).

La defensa de los *intereses económicos* de los sindicatos garantiza los recursos vitales de los trabajadores, el crecimiento de su poder de hecho, y las tentativas de controlar el ejercicio de la libertad de empresa y la Política Económica del Estado. He ahí la comprensión de lo que su *acción de contribuir* es y significa, y la clave de su vocación de *ocupar con legitimidad* —nunca de *invadir*— los espacios que la natu-

raleza de las cosas sitúa en las inmediateces de una reacción sindical ilustrada y activa. Reacción que se da en esos pagos cumplir las funciones sociales que espera de ella el reto constitucional y agrandar el campo de su autorregulación. La libertad sindical es, por excelencia, el modelo de *derecho inquieto* que, a impulso de su voluntad salvífica, no recata el afán de extenderse a horizontes muy varios. Desalienta advertir el abismo que se abre entre la simplicidad de las reacciones sindicales y la complejidad de las que, sin demérito de su intervención eficaz, puede y debe asumir el sindicato —aunque no siempre lo haga— con la fuerza moral que le imprimen su autonomía y su relieve constitucional (arts. 33.3, 38 y 128.1 CE).

Los llamados *intereses propios* de los trabajadores, son tales a la luz de criterios interpretativos, que ponen de relieve los aspectos mecanicista y finalista del concepto. Merecen ese nombre, en la primera de ambas acepciones, los que —a lo largo de la historia y el éxito de las acciones sindicales— se han ido acumulando para hacer balance de las conquistas sociales obtenidas. Conforme al segundo de dichos pareceres, el adjetivo *propios* desborda un entendimiento literal —basado en la enumeración de los derechos adquiridos— y pasa a reflejar la intensidad con que la voluntad sindical se aplica a nuevos y originales objetivos. A saber, los de hacer suyas —dotándoles del remedio adecuado— cuantas situaciones sociales conectan con el compromiso protector de las iniciativas sindicales. Los intereses propios no sólo son los avalados por el proceso histórico de acaparamiento y exclusividad, sino también los apropiables mediante el diagnóstico que el sindicato hace de su fisonomía. Diagnóstico obediente, si es del caso, al llamamiento de sectores sociales que, al reclamar la protección de intereses desatendidos u olvidados, atraen la curiosidad del sindicato que ensaya una terapia de sus vicisitudes. Diagnóstico que, otras veces, realiza el mismo sindicato para suplir el desconocimiento, la indiferencia, la apatía o la dificultad de movimientos del grupo social afectado. Así se exhuman las situaciones necesitadas de tutela, se informa verazmente a las personas y grupos inmersos en su conjunto de problemas, y se planifica una estrategia consecuente con la determinación sindical de resolverlos (arts. 1.1, 7 y 9.2 CE).

La libertad colectiva del sindicato clásico —cuya inquietud obliga a definiciones ambiciosas— se completa con la ordenación sistemática de las especies de la libertad sindical individual en los sectores público y privado, con las acciones de control y de apoyo a la negociación colectiva, que edifica el ordenamiento jurídico extraestatal, y con las vías que —en los procesos comunes de organización de las unidades productivas— han abierto las representaciones unitarias de los trabajado-

res. No huelga censurar la *hostilidad larvada* que, denegando a estas últimas la condición de titulares de sujetos de aquellas libertades, les retira la legitimación activa necesaria para entablar el recurso de amparo constitucional. Algo contradictorio con la recepción de un *sindicalismo dual* que, tiempo atrás, se consideró equitativo y saludable (arts. 7, 28.1, 37.1, 53.2, 129.2 y cap. 3.º, tit. I CE).

8. Interacciones del ordenamiento sindical y el ordenamiento jurídico del Estado

El *deber de respeto* de los sindicatos al ordenamiento jurídico del Estado difiere del *deber de sujeción* que, ante la duplicidad de ordenamientos jurídicos, carece de razón de ser. Revela el provecho de las reglas de juego que exigen estar a las *medidas de control y de apoyo* que el Estado adopta en presencia de las libertades sindicales. Lo primero, porque la entrada del sindicato en su circunscripción territorial —aunque obedezca a la emergencia de una libertad irresistiblemente protegida por el Derecho de Gentes que la engendra— no justifica la irrupción, sin condiciones, en el espacio que es objeto de una *toma de posesión cualificada*. Lo contrario sancionaría la victoria de la soberanía institucional sobre una soberanía territorial desarmada y vencida. El sindicato se pliega, puesto que le son útiles, a las *acciones de control* que —inspiradas en la flexibilidad o en el recelo— no vulneran su libertad más allá de lo razonable. Lo cual exige instrumentar las *acciones de apoyo* que, de una parte, disponen las circunstancias favorables a una libertad sindical efectiva, y, de otra, suprimen los entorpecimientos que frenan su efectividad. Los sindicatos no ignoran que —además de lo eficaz de sus medios y lo contundente de sus tácticas— hay aspectos de sus actividades que deben completarse. Prescindir del apoyo estatal —que compensa la carga de las intervenciones de control— no es una opción libérrima de la soberanía sindical, sino una prueba de ligereza desautorizada por los signos de los tiempos. Constituye un error sustancial sobre la *base del negocio* o *presuposición* de la movilidad del sindicato frente al Estado que ha cumplido la obligación éticopolítica de acogerle. Aceptar las medidas de apoyo es adoptar una postura positiva y fructífera, porque siempre perduran la duda y el reproche de no haber agotado el *descenso al fondo de las cosas* para esclarecer esas situaciones y graduar la dosis de libertad que necesitan (arts. 7, 9.2 y 28.1 CE).

La *democraticidad* del sindicato explica que, a imitación del Estado social y democrático de Derecho en que tiene cabida, su estructura no se concibe si la existencia de un poder normativo o estatutario, que

marca las directrices de un régimen de democracia delegada, un poder de administración de los acontecimientos cotidianos y un sistema interno de solución de conflictos (arts. 1.1, 6 y 7 CE).

La *autonomía sindical* se entiende sin perjuicio del carácter institucional del sindicato y de un asentamiento territorial que condiciona las funciones de control y de apoyo a que el poder estatal se compromete (arts. 7 y 9.2 CE).

El *funcionamiento democrático* del sindicato requiere observar las *reglas de juego* que, más o menos explícitamente, se adoptaron cuando, urgido por lo imprevisible de los cambios políticosociales, el sindicato prefirió desistir de sus —cada vez más discutibles y caducas— ambiciones revolucionarias. El Estado social y democrático de Derecho rechazó el regreso a los antagonismos —demoledores y estériles— de la lucha de clases y optó por la ventaja de las fórmulas que, normalizando el conflicto industrial, eliminaban sus tensiones desarregladas o excesivas. Se comprende que —ante la oferta de tan sugestivo futuro— el sindicato adquiriese la cualidad de *interlocutor válido* frente a los poderes públicos del Estado soberano —con los que había mantenido fricciones muy álgidas— y los poderes de hecho empresariales, predisuestos a los contactos sociales y económicos que eran propios de ese nuevo escenario (arts. 7, 9.2, 10.1, 28.1 y 38 CE).

Hay una separación evidente entre el *ordenamiento del Estado* —debido a la *concepción piramidal* de un sistema de normas jerárquicamente dispuesto— y el *ordenamiento extraestatal* que, con el ejercicio de la autonomía colectiva, consolida la imagen del *poder sindical*. De esa duplicidad son consecuencia las alusiones al primero de ambos como continente del valor superior del ordenamiento jurídico, título de sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos, y absorbente de la legislación estatutaria autonómica. De ello dan testimonio los mecanismos de control y de apoyo a la negociación colectiva, modelo de ejercicio de la libertad sindical y fuente del Derecho objetivo que sus principios y preceptos incluyen (arts. 1.1, 7, 9.1 y 2, 28.1, 37.1 y 147.1 CE).

9. Perpetuación de la cláusula transformadora y social

Los ecos de la cláusula transformadora y social —que, en vez de encabezar el texto constitucional, debió haber completado la proclamación de la igualdad material y las interdicciones de discriminación— resuenan en los pasajes de la ley fundamental que acusan su influencia. Para evitar las debilidades y tibiezas de un *compromiso de alta intensidad*, ha sido necesario rehacer figuras ajustadas a los *radicalismos éti-*

cos que, en principio, parecían inseparables del entendimiento de esa cláusula (arts. 3 II CI, 9.2, 14 y cap. 3.º, tit. I CE).

Se propuso, en principio, eliminar la situación depresiva de cualesquiera ciudadanos frente a los poderes de dominación que les degradaban en una sociedad cuya clave de prosperidad era la *plena ocupación*. El objetivo posterior —inherente a las servidumbres del Derecho Social de la crisis económica— consistió en evitar la retirada o absentismo de la libertad de empresa en una economía de mercado, y en arbitrar instituciones de promoción y de fomento. El bloque de funciones sociales se impuso a fin de asegurar el crecimiento de la riqueza, de mantener los servicios esenciales de la comunidad y de evitar la degradación del empleo. Un objetivo que —vigente hoy día y justificado por la lucha contra los efectos perversos de la mundialización— habría permitido combatir la *falsa recivilización del Derecho Social* y apartar los obstáculos a la recuperación de las ventajas sociales sacrificadas —acaso estérilmente— en las fases de aparición de la crisis económica, de contemporización con sus episodios y de inmersión final en sus dificultades (arts. 9.2, 38, 40 y 129.1 CE).

La preferencia por la *paz social* —coincidente con el concepto tradicional de *orden público*— da a entender que la contribución esperada de los sindicatos lleva consigo su *renuncia a la revolución* y su disponibilidad cooperativa al estado de cosas que se les implica. Las libertades sindicales no pueden ejercitarse en solitario, porque la acción transformadora del Estado —consciente de las dificultades con que su despliegue tropieza— tiene que dispensarle su apoyo. Las libertades sindicales comparecen también en otros ámbitos que, siéndoles hasta el momento ajenos, ocupan por derecho propio y que están habitados —si no del todo, sí que mayoritariamente— por contingentes de trabajadores a los que el sindicato no escatima su solicitud. Las consecuencias de su actividad amparan, por irradiación, a personas y grupos sociales situados fuera del mundo del trabajo (arts. 7, 9.2 y 10.1 CE).

Las eventuales rupturas de la paz social —que el sindicato acuerda en situaciones límite— no expresan el ejercicio de una soberanía sin fronteras. No es prudente alargarlas más allá de lo indispensable y aplazar la restauración de la paz social deteriorada, que abarca los *requerimientos de la coexistencia, la colaboración y la coparticipación*. De lo contrario, la dignidad de la persona humana se expone a enormes riesgos, incluida la pérdida de las adquisiciones habidas al precio de considerables sacrificios. La dignidad de la persona es un *crédito asignado al individuo en pro del íntegro desarrollo de su personalidad*, tutelado por el ordenamiento jurídico y dependiente de unos derechos subjetivos cuya colimitación prohíbe que los unos invadan la esfera de

los otros. Cuando los sindicatos —siquiera sea temporalmente— transforman la sociedad organizada en una comunidad cuyo pluralismo se esfuma, el crédito de la dignidad se ve frustrado ante el fracaso de los servicios esenciales de la comunidad. El adjetivo *esenciales* no designa la utilidad del sustantivo, sino que se refiere al *ser o no ser* de las comunidades en que los valores de la dignidad del individuo han corrido esa suerte (arts. 1.1, 10.1, 28.2 y 37.2 CE).

El razonable entendimiento de recientes normas del Derecho Social comunitario justifica la elevación de los derechos sociales a la categoría de derechos fundamentales. Su contenido esencial o núcleo invulnerable ha de ser *integrado*, si se aprecian defectos o lagunas, o *interpretado*, si su entendimiento parece difícil o confuso. El acervo de proclamaciones que, sobre el Derecho de Gentes de las relaciones de trabajo, generan los organismos e instituciones internacionales, da idea de la abundancia de las normas que facilitan esas operaciones (arts. 136 I, 137.3, 140 y 143.1 VCTR, 9.2 y 10.2 CE).

La simultánea invocación de los conceptos —defendibles y coexistentes— que representan el *orden político* y la *paz social*, muestra la predilección por las formulas encaminadas a lograr la *distensión normalizada del conflicto industrial*. Las contradicciones de los factores económicos y humanos de la producción son inevitables y, como sustitutivo racional de la esterilidad de la *lucha de clases*, están en la naturaleza de las cosas. Sus divergencias no pueden alcanzar cotas de exacerbación que —yendo más lejos del equilibrio inestable que les caracteriza— hagan peligrar el orden público y la coherencia de una sociedad cuya disolución es mas que probable si se abandonan esas reglas de juego (arts. 9.2, 10.2, 28.2 y 37.2 CE).

10. Dinamismo de la transformación

La promesa de erigir una *sociedad democrática avanzada* pugnaba con la elasticidad y el pluralismo constitucionales, porque los autores de la ley fundamental no redactaron el *preámbulo* que la precedía. El cambio rotundo que esa *introducción* insinúa, se sustituye por la cláusula transformadora y social que viene de un mensaje pensado para emancipar al mundo del trabajo en el área de la industrialización con economía de mercado. Las relaciones individuales y colectivas de trabajo se han beneficiado de un compromiso que promueve la igualdad y libertad de sus protagonistas, y suprime los obstáculos que puedan impedirlo. El legislador ordinario no está directamente vinculado por el deber de promulgar normas de apoyo en materia de Política Social,

pero su margen de decisionismo político le permite apelar —si así se lo propone— de la cláusula de transformación. Su resonancia consta en numerosos pasajes del texto constitucional, pues pertenece a un *pacto germinal* que el constituyente respeta y no ha olvidado, aunque, en algunas ocasiones, decaiga su memoria (dec. 5 Pr. CE y 9.2 CE).

Si se pretende llegar a los niveles óptimos que la cláusula transformadora y social autoriza, la Política Social gana en la calidad que, para bien de todos, se desliga de la *neutralidad funesta* y elige la beligerancia de la *revolución desde lo alto* (arts. 1.1 y 9.2 CE).

Esta cláusula se habría vigorizado plenamente, si, en vez de incorporarse al preclaro pasaje que le ha dado acogida, fuese parte del *material de artillería* que contienen la interdicción de discriminación y el reconocimiento del derecho material a la igualdad. Su posición intencionada permite opciones de intensidad variable, pero no impone —ineludiblemente y por sistema— las orientaciones radicales que se esperaban de sus antecedentes históricos y en las que había depositadas no pocas esperanzas. El alcance transformador de su proclamación se concibió en clave de una prosperidad apta para primar los intereses marginados de la clase trabajadora. Más adelante, las incidencias de la crisis económica y la notabilidad de las funciones sociales de la libertad de empresa, justifican que el propósito transformador esté al servicio de unos y otros (arts. 9.2, 28.2 y 38 CE).

La ingerencia del Estado en la vida económica determina que sus potestades normativas establezcan limitaciones de orden público y armonicen los adelantos de la Política Social con las necesidades de la economía general. Esta, que no prima incondicionalmente sobre aquélla, tampoco ha de quedar expuesta a riesgos excesivos o menoscabos desproporcionados. Incluso se suscita el problema de si —además de establecer y dirigir las políticas orientadas al pleno empleo— los poderes públicos son titulares del derecho fundamental en que, pese a la modestia de su enclave constitucional originario, se ha convertido en la libertad de empresa. Su ascenso es consecuencia de la primacía del Derecho Comunitario europeo y del apoyo que le prestan el reconocimiento y protección del derecho a la producción y creación científica y técnica (arts. 9.2, 20.1 b, 38 y 128.2 CE).

11. Reflejo constitucional de la autotutela colectiva

El derecho de huelga de los trabajadores, para la defensa de sus intereses, refleja la *elevación de la libertad sindical a la segunda potencia* y la conversión de la *autonomía sindical* en *autotutela* o potestad

de defenderse a sí mismo. La *huelga general* —que, augurando la *solución final* que los sindicatos anunciaban conminaban al Estado demoliberal, ponía en escena su trauma revolucionario— evidencia un *poder sindical* que, siquiera por tiempo limitado, exhibe hoy, ante el Estado social y democrático de Derecho, su aptitud para retrotraer la sociedad al estado de cosas anterior a la conclusión del pacto social (arts. 9.2 y 28.2 CE).

A diferencia de otros casos en que el desarrollo legislativo del derecho constitucional es obligatorio y expreso, el constituyente ha admitido —sin que los trabajos preparatorios informen sobre la alteración del modo del verbo— dos opciones igualmente admisibles, a saber, la *regulación legislativa* del derecho de huelga o la sustitución de este arbitrio por la *autorregulación* de la huelga a cargo del poder sindical (art. 28.2 CE).

Sin detrimento del contenido esencial del derecho de huelga, parece aconsejable instituir una *acción declarativa* de la legalidad o ilegalidad de esta forma de presión institucionalizada. Así quedan resueltas las cuestiones previas que, acabada la huelga, se debaten en numerosos procesos individuales y que, a falta de esa solución preventiva, engendran inconvenientes múltiples. Determinan calificaciones contradictorias del hecho colectivo y vulneran el principio ontológico de no contradicción, admitiendo que una cosa pueda ser y dejar de ser al mismo tiempo. Contradicen, no menos, la seguridad jurídica y los objetivos del derecho fundamental a la efectiva tutela judicial, incompatible con la dispersión y el incierto destino de los intereses relacionados con los efectos de la huelga (arts. 9.3, 24.1 y 28.2 CE).

El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga, no significa la conservación de unos mínimos elementales o muy rudimentarios. Tiende a reemplazar la actividad de los huelguistas por los medios con que el poder público ha de reducir a su medida justa las consecuencias de la huelga. Sólo así es evitable la producción de daños extralimitados y ajenos a los fines de la autotutela sindical. Queda en pie la regla de oro —incumplida en la generalidad de los casos— de que el ejercicio regular y tempestivo del derecho de huelga no ha de causar más daños que los derivados de la falta de contribución de la fuerza de trabajo que entonces se deniega. Los componentes emocionales e incontrolables de la huelga hacen, de todo punto, impracticable la prudencia teórica con que se ha formulado ese criterio (arts. 10.1 y 28.2 CE).

El reconocimiento de la libertad de empresa como derecho fundamental, puede modificar la clásica estrategia del cierre patronal. Superada su naturaleza de medida de autotutela utilizable en último lugar, se

convertiría en un instrumento de ataque que, conforme a la doctrina de la *paridad de los instrumentos de lucha*, aumentaría los desequilibrios de un conflicto industrial que las corrientes mundializadoras amenazan de disolución (arts. 9.2, 37.2 CE y 43 I y 56.1 VCTR).

12. Conclusión

Las repercusiones constitucionales del Derecho Social colectivo se deben a su *continuidad procesológica*, más densa que en otros sectores del ordenamiento jurídico, y al frecuente acceso de sus temas al recurso de amparo. Su atractivo invita a explotar un *yacimiento inagotable* de conjeturas y problemas, cuyo análisis interdisciplinar exige la asistencia de saberes ajenos al Derecho y la sensibilidad de sus operaciones de síntesis. Por ahí discurren las expectativas de un Derecho Social que no desiste de rehacer sus ritmos de crecimiento y de progreso, aunque las circunstancias socioeconómicas de hoy le sean hostiles y las consignas mundializadoras propicien las operaciones de su *voladura controlada*.

Abreviaturas y siglas

art.	artículo.
cap.	capítulo.
CCDSFT	Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9.12.(9)89.
CE	Constitución española de 27.12.(9)78.
CI	Constitución italiana de 27.12.(9)47.
CSE	Carta Social Europea de 18.10.(9)61.
LPE	Ley de Procedimiento Laboral (RD.Leg. 7.4.(9)95)
Pr.	Preámbulo.
tít.	título.
UE	Unión Europea.
VCTR	Versión Consolidada del Tratado de Roma modificado por el Tratado de Amsterdam de 2.10.(9)97.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

