

## PROCESO CONSTITUYENTE Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

José Antonio MONTILLA MARTOS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La transición política y el proceso constituyente español*. III. *Características generales de la Constitución española*. IV. *Defectos de la Constitución e interrogantes abiertas*.

### I. INTRODUCCIÓN

Quiero iniciar mi intervención agradeciendo la invitación cursada para participar en este Seminario a la Comisión de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, especialmente al doctor Diego Valadés, persona apreciada y personalidad intelectual ampliamente reconocida también en España.

La conmemoración del ochenta y tres aniversario de una Constitución produce cierta envidia a un español. Las Constituciones en España han sido desde los orígenes del constitucionalismo moderno apenas una placa en la plaza de un pueblo, al poco tiempo sustituida por otra sin que quedara huella alguna de la anterior, como dejó escrito un costumbrista francés. La Constitución que compartimos siquiera formalmente, la de 1812, exponente del primer constitucionalismo liberal-revolucionario aun con reminiscencias absolutistas en el tratamiento de la monarquía, puede considerarse paradigma de las vicisitudes del constitucionalismo en España. En 1814, a la vuelta de Fernando VII, es declarada nula. Posteriormente, en 1820, tras un pronunciamiento militar es restablecida y mantiene su vigencia durante el “trienio liberal”. Sin embargo, ya había triunfado en Europa la “contrarrevolución” y la Santa Alianza propició la invasión de un ejército francés, los “cien mil hijos de San Luis” que ponen fin a la experiencia constitucional liberal, retornando al absolutismo.

\* Profesor titular de derecho constitucional en la Universidad de Granada, España.

Esa inestabilidad ha sido el rasgo definidor del constitucionalismo histórico español. Desde esa Constitución y hasta la actual han estado vigentes seis distintas (1834, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931). Incluso entre estos periodos, ya de por sí breves, debemos intercalar el Estatuto de Bayona de 1808, una Constitución aprobada que no entró en vigor, la nonnata de 1856, y una gran cantidad de proyectos constitucionales que denotan la crisis de la Constitución vigente en ese momento (la Isabelina o de Isturiz de 1836, el Proyecto de Leyes Fundamentales de Bravo Murillo de 1852, el Proyecto de Constitución Federal de 1873 en la primera República o el proyecto constitucional de Primo de Rivera en 1929). Incluso, la única Constitución que perduró en el tiempo, la de 1876, refleja palmariamente la superficialidad, el otro rasgo que caracteriza, junto a la inestabilidad, el constitucionalismo histórico español, pues no regía el funcionamiento del sistema político, basado en la práctica en el “turno político” entre los dos grandes partidos, sustentado en un extendido fraude electoral.<sup>1</sup>

Con la Constitución de 1978 parecen superadas estas poco halagüeñas experiencias históricas. No sólo porque estamos ante una “Constitución normativa jurisdiccionalmente garantizada”, como corresponde al modelo en el que se inserta, sino, fundamentalmente, porque ha sido aceptada por actores políticos y grupos sociales y, tras veinte años de vigencia, ha quedado consolidada como marco de organización política de la sociedad que garantiza las libertades de los ciudadanos, sin que se vislumbre su crisis en el horizonte.<sup>2</sup> En una bella película, *La lengua de las mariposas*, un maestro republicano, uno de esos hombres cultos y buenos que tuvieron que salir de España tras la guerra civil en 1939 y a los que este país acogió con generosidad, declama: “el día en que una generación

1 Sobre el constitucionalismo histórico español pueden consultarse, a efectos divulgativos, más allá de los trabajos sobre cada una de las Constituciones, Solé Tura. J. y Aja, E., *Constituciones y periodos constituyentes en España*, Madrid, 1977; Clavero, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984; Fernández Segado, F., *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, 1986; Sánchez, Agesta, L., *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1984; Tomas Villarroya, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1981; Tomas y Valiente, F., *Códigos y Constituciones 1808-1978*, Madrid, 1989.

2 La consolidación no fue inmediata, incluso en sus primeros años los tribunales ordinarios la consideraban un texto programático y no directamente aplicable, precisado de desarrollo legislativo para su aplicación. Podía considerarse, por tanto una Constitución semántica, en la conocida clasificación de Loewenstein. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mantuvo desde sus primeras sentencias la fuerza vinculante de la Constitución y sobre todo a partir de la STC 80/1982, de la que fue ponente el magistrado Francisco Tomás y Valiente, en la que expresa con nitidez que contiene normas jurídicas y no una declaración programática o principal, dispuso cualquier duda sobre su carácter normativo y fue asumida por los tribunales ordinarios.

de españoles pueda crecer en libertad, nadie nos quitará la libertad”. Ese momento ha llegado. Los jóvenes universitarios de hoy nacieron cuando estaba vigente la Constitución y es el único régimen político que han conocido. Es ese proceso de nacimiento y consolidación constitucional el que será expuesto, de forma necesariamente somera, en estas páginas. En primer lugar, relatamos el origen de la Constitución de 1978, lo que exige una referencia no solo al proceso constituyente propiamente dicho, sino también a la transición política de la dictadura a la democracia que establece las bases, también jurídicas, para que fuera posible la elaboración de la Constitución. A continuación, esquematizamos algunas características generales de la Constitución para finalmente detenernos en sus defectos y los problemas que acucian en este momento al sistema constitucional, pues la valoración globalmente positiva de su diseño original y su desarrollo político y jurisprudencial, que la ha convertido en punto de referencia para Constituciones promulgadas posteriormente tanto en América Latina como en el este de Europa, no impiden una visión crítica de determinados contenidos que han provocado interrogantes actualmente abiertas.

## II. LA TRANSICIÓN POLÍTICA Y EL PROCESO CONSTITUYENTE ESPAÑOL

El proceso constituyente español fue atípico en su inicio y en su desarrollo pues partió de la peculiar transición política de una dictadura a una democracia desarrollada tras la muerte del general Franco. En 1975 muere el dictador que había ejercido el poder omnimodo desde la victoria militar en la Guerra Civil de 1936-1939, en torno al principio de personalización del poder político (soberanía del jefe de Estado, unidad de poder y coordinación de funciones), sustentado en las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 que le atribuían la potestad de dictar normas de carácter general y plenos poderes de forma vitalicia. Aunque los cambios políticos eran inevitables tras el óbito del general Franco, a la altura de 1975 el sistema estaba institucionalizado. No había Constitución; al contrario, la victoria militar de Franco supuso el abandono de cualquier forma de legalidad constitucional y el establecimiento en España de un sistema autoritario, a imitación de los que triunfaban por esa época en Europa, particularmente en Italia, Alemania o Portugal. Sin embargo, de forma paulatina, se promulgaron las Leyes Fundamentales que pretendían

ser un remedo de Constitución en cuanto diseñaban la estructura orgánica del sistema político. Así, en 1938 se dicta el Fuero del Trabajo, fuertemente vinculado a las concepciones teóricas fascistas, que crea la figura de los sindicatos únicos verticales a fin de controlar las fuerzas productivas al servicio del Estado totalitario; en 1942, la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas crea una cámara parlamentaria única de carácter corporativo, no representativa; en 1945, el fuero de los españoles adopta una tabla de derechos en ningún caso efectivos pues su aplicación quedaba diferida a las leyes de desarrollo y no se introducían garantías para su ejercicio y la Ley de Referéndum pretende demostrar el carácter pseudo-democrático del régimen a través del reconocimiento de la institución del referéndum, que sólo podía convocar el jefe del Estado; en 1947, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado señala los mecanismos para la restauración de la monarquía tanto por decisión personal de Franco como en el supuesto de su muerte o, en 1958, la Ley de Principios del Movimiento Nacional expone los principios básicos del régimen, definidos como “permanentes e inalterables”. No obstante, el hito más importante en este proceso de institucionalización jurídico-política es la Ley Orgánica del Estado de 1967 pues realiza una actualización de algunos aspectos de las leyes anteriores, sobre todo de las nacidas bajo la influencia del fascismo antes del final de la Segunda Guerra Mundial, y pretende dar una apariencia institucional e incluso “democrática” al régimen. En ella se regulan las funciones y poderes del jefe del Estado y del presidente del gobierno, figuras que por primera vez se separan, se establece el procedimiento para aprobar o modificar las Leyes Fundamentales e incluso se crea una especie de control de constitucionalidad de las leyes, el “recurso de contrafuero”, que no tuvo ninguna aplicación. En cualquier caso, el carácter dictatorial del régimen permanece incólume pues la LOE reconoce expresamente la vigencia de las leyes de plenos poderes de 1938 y 1939.

Cuando el rey asume la jefatura del Estado a finales de 1975, siguiendo las previsiones sucesorias, posee las funciones propias del máximo dignatario de un régimen autoritario y su primera actuación pública relevante, el nombramiento de presidente del gobierno, no anuncia un cambio radical, pues es reelegido el mismo que había sido en la última época del franquismo, Arias Navarro. Los cambios políticos que ofrece el nuevo gobierno a la sociedad española carecen de hondura. Solo refuerza los ya anunciados en los últimos meses de vida del dictador, la denominada “vía reformista-legalista” para construir una “democracia a la española” basa-

da en una interpretación aperturista de las Leyes Fundamentales, e introduce en el gobierno a algunas personalidades con aureola de reformistas como Fraga Iribarne o Areilza.

Sin embargo, la sociedad española reclamaba cambios de más calado. La oposición al franquismo, cruelmente perseguida, sobre todo la más activa, la comunista, se hacía notar en la sociedad española; la Iglesia católica, uno de los pilares del régimen desde su origen, junto al ejército, se decantaba públicamente por la apertura democrática, y la presión internacional se intensificaba. En estas circunstancias, el rey pronuncia un discurso en el Congreso de Estados Unidos durante una visita oficial a ese país en el verano de 1976 que es la antítesis del reformismo legalista de Arias Navarro pues aboga por una democracia de tipo occidental para España. Sintiendo desautorizado, el presidente del gobierno presenta su dimisión al rey y éste, entre la terna que le presenta el Consejo del Reino y tras complejas negociaciones, designa presidente a Adolfo Suárez González. Suárez era también un hombre del franquismo, en concreto había sido secretario general del movimiento nacional, el partido único del régimen; no obstante tenía un perfil distinto a los políticos del régimen: joven, dinámico y abierto a nuevas ideas. A partir de esta sustitución en la Presidencia del gobierno se inicia una evolución jurídico-política radical, impulsada por estas dos personalidades, el rey Juan Carlos y el presidente del gobierno, a los que habría que añadir, como muñidor de la estrategia para modificar las bases jurídicas del sistema político, al presidente de las Cortes, Torcuato Fernández-Miranda.

En verdad, la superación del régimen autoritario era inevitable. La alternativa era la ruptura democrática promovida por la oposición o la ruptura controlada desde el gobierno y patrocinada por el monarca. En esta situación, los poderes políticos constituidos optan por la ruptura controlada que pasa por la reforma del sistema de leyes fundamentales y la aprobación, finalmente de una Constitución. La clave de bóveda de este tránsito fue la Ley para la Reforma Política. Esta Ley es presentada por el gobierno ante las Cortes como la octava Ley Fundamental, por lo que siguiendo las previsiones de la LOE requería la aprobación de las Cortes con mayoría de dos tercios y ser sometida a referéndum. Sin embargo, su contenido, muy breve pues contaba solo con cinco artículos, quebraba de raíz el sistema autoritario. En el artículo 1o. se establecían unos principios de raigambre democrática: soberanía popular, supremacía de la ley, inviolabilidad de los derechos o pluralismo político y en el artículo 2o. se

prevé la formación de algunas Cortes Generales formadas por dos cámaras, Congreso de los Diputados y Senado, que serían elegidas por sufragio universal, directo y secreto. Pero quizá el artículo más significativo a nuestro objeto es el 3o. en el que se indicaba el procedimiento de reforma constitucional. Difícilmente podía hacerse una reforma cuando no existía Constitución, la pretensión era evidentemente, aunque no se dijera de forma expresa, utilizar ese procedimiento para elaborar una Constitución, una vez que hubieran sido elegidas las Cortes por un procedimiento democrático que serían, de facto, Cortes Constituyentes.

Con esta Ley se alteraban los fundamentos del sistema político y se afirmaba un nuevo principio de legitimidad; de alguna forma devolvía al pueblo la soberanía y lo convertía en poder constituyente. No obstante todo ello, sin dar sensación de ruptura, yendo, como dijo uno de sus protagonistas, de la ley a la ley. Puede alegarse, acaso con razón, que el proceso no fue técnicamente impecable pues se modificaron principios que según las Leyes Fundamentales eran inalterables, pero, en general, no se produjo una ruptura del sistema jurídico sino una modificación radical que fue aceptada por las Cortes franquistas, en una especie de harakiri político, como se ha dicho a menudo, y fue respaldada mayoritariamente por el pueblo en el referéndum de diciembre de 1976.

Alcanzado el primer objetivo, el establecimiento del cauce para la expresión del poder constituyente, debía garantizar su legitimidad antes de iniciar la elaboración de la Constitución. Por ello, en los meses previos a las primeras elecciones democráticas, de enero a junio de 1977, se adoptaron numerosas medidas, en un periodo de “motorización legislativa”, para que estas elecciones fueran lo más libres posibles aun reconociendo que el pluralismo efectivo era difícil tras tantos años de dictadura. Se despenalizó el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, la libertad sindical o el derecho de huelga, se legalizaron partidos políticos y sindicatos, se elaboró por el gobierno una normativa electoral, se amnistiaron presos políticos, se ratificaron los Pactos Internacionales de Derecho Civil, políticos, económicos, se suprimió la Secretaría General del Movimiento e, incluso, don Juan de Borbón cedió los derechos dinásticos a su hijo Juan Carlos I. El punto culminante fue la legalización del Partido Comunista de España, punto de referencia de la oposición política al régimen en el exilio.

Las Cortes elegidas el 15 de junio de 1977, en las primeras elecciones libres desde febrero de 1936, facilitaron la continuación de la transición

política y el buen desarrollo del proceso constituyente. Aun cuando la libertad de asociación provocó la aparición de cientos de partidos políticos sólo unos pocos, representativos de todos los sectores del arco político, obtuvieron representación. Así, el electorado se repartió por mitad entre los partidos que procedían del régimen franquista (Unión de Centro Democrático y Alianza Popular) y los que venían del exilio (Partido Socialista Obrero Español y Partido Comunista de España). Además dentro de cada uno de estos polos obtuvieron mayor representación los partidos más moderados (UCD, el ganador, y el PSOE) frente a los más radicales (PCE y AP). Incluso, para mostrar una radiografía completa de la realidad política española, también obtuvieron representación significativa los partidos nacionalistas moderados de Cataluña y del País Vasco y el Partido Socialista Popular, grupo liderado por prestigiosos intelectuales que pronto se adhirió al PSOE.

Constituidas las Cortes, éstas se autoatribuyeron condición de constituyentes de facto y, tras algunos intentos por parte del gobierno de presentar un proyecto de Constitución, se eligió en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados una Ponencia encargada de elaborar un borrador de Constitución. Esta Ponencia quedó constituida por siete diputados y en ella estuvieron representados UCD (3), PSOE, PCE, AP y los nacionalistas catalanes. Quedaron fuera, entre los partidos con grupo parlamentario, el PSP, aunque sus diputados tuvieron una labor destacada durante la discusión del texto en Pleno y Comisión y el PNV, exclusión que, analizada en una perspectiva histórica, puede considerarse un error, teniendo en cuenta su abstención en la votación final de la Constitución e incluso su actitud actual. Dado lo *sui generis* de una asamblea constituyente formada por dos cámaras, Congreso de los Diputados y Senado, en cada una de las cuales se presentaron más de mil enmiendas al texto, y con una Comisión Mixta, prevista en la Ley de Reforma Política para armonizar los distintos contenidos constitucionales aprobados en una y otra cámara, puede comprenderse que el proceso constituyente se alargara en el tiempo. Finalmente, el 6 de diciembre de 1978, la Constitución aprobada en las Cortes Generales se sometió a referéndum y fue aprobada por el cuerpo electoral, acaso con más abstención de la prevista (33%). Los factores que explican la abstención son diversos. Por un lado, cierto desencanto político provocado por la excesiva duración del debate político en época de crisis económica; por el otro, la postura abstencionista del Partido Nacionalista Vasco que provocó una menor participación en el

País Vasco y Navarra, pero, más allá de esto, no podemos olvidar la desmovilización ciudadana que produjo la indiscutida previsión de un resultado favorable. En fin, por primera vez en la historia, España tenía una Constitución de consenso, con la que, pese a los disensos en aspectos concretos, todos los grupos políticos y sociales se identificaban. Sin duda, la experiencia histórica ayudó a conseguir este acuerdo generalizado entre sectores que procedían de la dictadura y otros que venían del exilio y habían estado prohibidos y perseguidos hasta pocos meses antes.<sup>3</sup>

### III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La primera característica de la Constitución española de 1978 es su carácter derivado. El Constituyente español no aportó rasgos originales al constitucionalismo sino que se mostró atento e informado sobre la evolución de éste en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y adoptó las instituciones, mecanismos o procedimientos que durante ese periodo de crecimiento y estabilidad habían funcionado en los distintos países de Europa occidental. El riesgo de este método es la aparición de incoherencias y contradicciones entre unos y otros elementos, de forma que impidan configurar un sistema armónico, particularmente cuando se combina la influencia de Constituciones diversas. Sin embargo, este peligro quedó conjurado pues la mayoría de los textos de referencia atendían al mismo modelo constitucional: la “Constitución normativa jurisdiccionalmente garantizada”, y parten de similares principios, que la Constitución española sintetiza en su artículo 1o. al definir teóricamente al Estado como social y democrático de derecho.

Únicamente algunas influencias del constitucionalismo histórico español y de la Constitución francesa de 1958, que ya sirvió de modelo a la Ley Orgánica del Estado de 1967, han resultado disfuncionales. En el pri-

3 La bibliografía sobre la transición política española y el proceso constituyente es, como puede suponerse, ingente. Las memorias de los participantes son un buen punto de referencia, pese a su inevitable connotación subjetiva. No obstante, con un carácter más global y haciendo una selección también inevitablemente subjetiva pueden citarse los siguientes títulos: Cotarelo, R., *Transición política y consolidación democrática*, Madrid, 1992; Jiménez Campo, J., *Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1981; Morodo Leoncio, R., *La transición política*, Madrid, 1984; Rodríguez, A., *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Madrid, 1989; Peces-Barba Martínez, G., *La elaboración de la Constitución*, Madrid, 1988. En concreto, sobre la Ley para la Reforma Política, *cfr.*, en un sentido crítico, Lucas Verdu, P., *La octava Ley Fundamental: crítica jurídico-política de la reforma de Suárez*, Madrid, 1975.

mer sentido, puede citarse el tratamiento de la sucesión en la jefatura del Estado (artículo 57) que, por un lado, utiliza una terminología anacrónica, procedente de las Constituciones del siglo XIX y difícilmente comprensible en la actualidad, y, por otro, enuncia una preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión que choca frontalmente con la no discriminación por razón de sexo (artículo 14). En el segundo sentido, han sido varios los rasgos del sistema constitucional francés que han encajado defectuosamente en el ordenamiento constitucional español. Así, la reserva reglamentaria, la restricción de un ámbito material de actuación al Poder Legislativo y su atribución al Ejecutivo, característica de la Constitución francesa, estaba prevista en el primer borrador de Constitución, pero tras las críticas doctrinales por subvertir principios estructurales del ordenamiento fue descartada en la redacción final.<sup>4</sup> Otros rasgos de influencia francesa que finalmente se incorporaron al ordenamiento constitucional por expresa previsión constitucional, desarrollo legislativo o interpretación jurisprudencial ha generado también dificultades interpretativas o aplicativas. Así, la Ley Orgánica, recogida en el artículo 81 de la Constitución española, plantea el problema de su relación con las restantes leyes pues su jerarquía en relación con leyes ordinarias, según el modelo francés, quiebra el régimen unitario de la ley como fuente del derecho. El Tribunal Constitucional evitó con prontitud este riesgo al señalar en una de sus primeras sentencias, la STC 5/1981, el criterio de delimitación material y por ello la relación competencial, no jerárquica, entre las leyes: reserva material a la ley orgánica, pero también, en sentido negativo, reserva a la ley ordinaria de todo lo no reservado expresamente por la Constitución a la ley orgánica.<sup>5</sup> Lo mismo puede decirse del bloque de constitucionalidad,

4 Los argumentos en contra de esta figura fueron numerosos. Contradice, se decía, el principio de legalidad, la forma de gobierno parlamentaria, el control judicial de legalidad, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica y supone un reducto de poder ilimitado del Ejecutivo. *Cfr.*, esta cuestión, en Aragón Reyes, M., "La reserva reglamentaria en la [el] proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-gobierno"; Ramírez, M., *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978; Garrido Falla, F., "Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución", *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

5 Superadas las polémicas de los primeros años, existe numerosa bibliografía en torno a la posición de la ley orgánica en el sistema de fuentes y su relación con la ley ordinaria, *cfr.* Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid, 1992; Chofre Sirvent, J. F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Madrid, 1994; I. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987; Pemán Gavin, J., "Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, vol. I, 1991.

otra construcción francesa, introducida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pero sin que se hayan delimitado con claridad sus contornos,<sup>6</sup> o del control preventivo de las leyes por el Tribunal Constitucional, tal como es propio del Consejo Constitucional francés, posibilidad incorporada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y eliminada pocos años después al comprobarse los efectos perniciosos de su utilización política para paralizar las iniciativas legislativas de la mayoría.<sup>7</sup>

No obstante, al margen de estas cuestiones puntuales, la opción por una Constitución derivada debe valorarse positivamente, pues ha producido una Constitución actualizada, a la que se han trasladado mecanismos e instituciones que ya habían sido experimentados con éxito en otros lugares. Así, coexisten en armonía rasgos procedentes de la Constitución alemana de 1949, seguramente el texto más influyente, la italiana de 1947, la portuguesa de 1976, la sueca, la belga, la holandesa, etcétera.

La voluntad recepticia no ha impedido, introducir algunas innovaciones cuando eran necesarias al “espíritu del tiempo”. Puede mencionarse en este sentido al artículo 93 que señala la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias constitucionales a una organización supranacional. El Constituyente español tenía presente la voluntad de adherirse al proceso de integración europea en marcha desde los años cincuenta y por tal motivo previó el cauce para ello. Así, mientras en otros países europeos como Alemania o Francia la firma del Tratado de la Unión Europea en 1992 y la cesión de ámbitos de actividad estatal que conllevaba provocó un debate sobre la contradicción de este Tratado con la Constitución, conducida a los respectivos tribunales constitucionales y concluida con reformas constitucionales, en España, la presencia de este precepto evitó la polémica, circunscrita a una cuestión puntual: el derecho al sufragio pasivo de los residentes comunitarios en las elecciones municipales, causante de la única, y limitada, reforma constitucional.<sup>8</sup>

6 Sobre las diferencias entre la concepción francesa del bloque y la española, *cfr.* Favoreu, L., y Rubio Llorente, L., *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, 1990.

7 *Cfr.* Cruz Villalon, P., “El control previo de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, núm. 82; Gómez Montoro, A. J., “El recurso previo de inconstitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22; Pérez Royo, J., “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17.

8 Sobre el proceso de integración europea y la Constitución, *cfr.* Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, García Herrera, M. A., *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997; López Martín, A., *Constitución e integración*, Madrid, 1996; Truyol, A., y Serra, *La integración europea*, Madrid, vol. I, 1999.

Otra característica positiva de la Constitución española es la buena sistemática del articulado, rasgo que tiene también origen en la especial atención que brindó el Constituyente español a la teoría y a la realidad constitucional antes de abordar su tarea. Así, se distingue con claridad una parte dogmática, en la que se incluyen los principios fundamentales y los derechos y libertades junto a una parte orgánica, en la que se relata la organización y funcionamiento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como la relaciones entre ellos. Luego tras una desvaída referencia a “economía y hacienda” que pretende incluir, aunque lo hace de forma deficiente, la “Constitución económica”, se define la organización territorial del Estado y se señalan, para concluir el articulado, las instituciones de defensa de la Constitución: la garantía ordinaria, representada por el Tribunal Constitucional, y la garantía extraordinaria que supone la rigidez constitucional, el establecimiento de un procedimiento específico de reforma constitucional.

Tras un preámbulo que carece de valor normativo,<sup>9</sup> el articulado constitucional se inicia con un título preliminar en el que se enumeran algunas de las decisiones políticas fundamentales del constituyente, por decirlo en términos schmittianos. La definición del Estado como social y democrático de derecho (artículo 1.1), los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), la soberanía nacional que reside en el pueblo (artículo 1.2), la monarquía parlamentaria como forma política del Estado (artículo 1.3), el principio de unidad de España, autonomía de las regiones y nacionalidades que la integran y la solidaridad entre ellas (artículo 2o.), el principio de supremacía de la Constitución en cuanto vincula a ciudadanos y poderes públicos (artículo 9.1) o los principios que rigen el ordenamiento jurídico (9.3) son los pronunciamientos más tras-

El Tratado de la Unión Europea de 1992 recogía el derecho los ciudadanos de la Unión al derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del país de la Unión Europea en que residan aunque no sean nacionales. La Constitución de 1978 recogía la posibilidad de derecho al sufragio activo de los extranjeros en las elecciones municipales si lo señalaba una ley o un tratado internacional, pero nada decía del derecho a ser elegido (sufragio pasivo). Antes de la firma del Tratado, el gobierno español acude al Tribunal Constitucional para que éste señale si existe una contradicción entre el Tratado y la Constitución referente a ese punto. El Tribunal, en su Declaración de 1o. de julio de 1992, indica que efectivamente hay tal contradicción y no podría ratificarse el Tratado si previamente no se reforma la Constitución. Así se hizo. Por primera y única vez, hasta el momento, se reformó el artículo 13.2 de la Constitución para adicionar el adjetivo “pasivo” donde la Constitución sólo hablaba inicialmente de sufragio activo.

<sup>9</sup> En torno al preámbulo constitucional, haciendo hincapié en su eficacia interpretativa, *cfr.* Tajadura Tejada, J., *El preámbulo constitucional*, Granada, 1997.

cedentes que hallamos en estos preceptos liminares. Junto a estas decisiones fundamentales, otras también necesarias sobre la lengua (artículo 3o.), la bandera (artículo 4o.), la capitalidad del Estado (artículo 5o.) o el papel de partidos políticos (artículo 6o.), sindicatos (artículo 7o.) y fuerzas armadas (artículo 8o.).

A continuación, el título primero contiene la tabla de derechos. Es una larga lista en la que se adicionan derechos de tipo liberal, esto es, que precisan para su ejercicio una abstención por parte del Estado, junto a derechos de tipo social, que llevan aparejada la exigencia de una prestación estatal e incluso derechos de tercera generación, en los que se advierte la influencia de la Constitución portuguesa de 1976. No obstante lo reseñable en este punto, más allá de la amplitud del sistema de derechos y libertades, es que se disciernen con nitidez las garantías para el ejercicio de cada uno de ellos, garantías que son diferentes según la ubicación sistemática del derecho y permiten una graduación desde los derechos más protegidos, los que se incluyen en los artículos 14 a 29, que acumulan todas las garantías que brinda el ordenamiento, a los que tienen una protección más lábil, los denominados principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero del título I, en el que se contienen algunos de los denominados derechos de tercera generación, que, al margen de su eficacia hermenéutica, sólo podrán ser alegados ante los tribunales ordinarios en los términos que establezca la legislación de desarrollo.<sup>10</sup>

Las garantías que el ordenamiento ofrece a los distintos derechos y libertades son de diversos tipos: normativas, jurisdiccionales e institucionales. Garantías normativas son la eficacia directa y la reserva constitucional de ley, de las que gozan los derechos del capítulo segundo del título I (artículos 14 a 38). La garantía institucional la ofrece a todos los derechos del título 1o. (artículos 10 a 55) el defensor del pueblo, definido en la Constitución como “alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la administración,

10 Para conocer más a fondo las características de la tabla de derechos que recoge la Constitución española pueden consultarse, entre otros, los siguientes títulos: Cruz Villalon, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25; Vega García, P. de, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Derechos y economía en el Estado social*, Madrid, 1988; Freixes Sanjuan, T., *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992; Peces Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, 1991; Prieto Sanchis, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990; Sánchez Ferriz, R., *Estudios sobre las libertades*, Valencia, 1989; Soriano, R., *Las libertades públicas*, Madrid, 1990.

dando cuenta a las Cortes Generales” (artículo 54). Finalmente, las garantías jurisdiccionales se ofrecen en un doble plano, ante los tribunales ordinarios, el denominado amparo ordinario, por un procedimiento preferente y sumario que sigue regulado por una ley provisional y necesitada de mejora, la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos de la persona, y ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo constitucional, subsidiario del anterior pues solo se puede plantear, salvo en un caso excepcional, una vez agotada la vía judicial previa. Además, la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha permitido una ulterior garantía jurisdiccional internacional ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>11</sup>

En la parte orgánica se relatan la composición y funciones de los distintos poderes del Estado, según la triada clásica de Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El Ejecutivo es bicéfalo pues aparece diferenciado el jefe del Estado, el rey, del presidente del gobierno. El Rey arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones (artículo 56), pero carece de funciones efectivas pues todos sus actos son refrendados por el presidente del gobierno, en la mayoría de las ocasiones, o por el presidente del Congreso en situaciones puntuales indicadas en la Constitución (64.1). El que refrenda será responsable de los actos del rey (artículo 64.2).<sup>12</sup> El presidente del gobierno es investido por el Congreso de los Diputados (artículo 99) y nombra y cesa libremente a los restantes miembros del gobierno

11 La bibliografía sobre las distintas garantías constitucionales de los derechos es muy extensa. En general sobre las garantías, *cfr.* Jimenez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999. Sobre el defensor del pueblo, *cfr.* Astarloa Villena, F., *El defensor del pueblo en España*, Palma de Mallorca, 1994; Pérez Ugena, M., *Defensor del pueblo y Cortes Generales*, Madrid, 1996. Sobre el amparo ordinario, *cfr.* Carrillo, M., *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, 1995; García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, 1994. En torno al amparo constitucional, *cfr.* Cascajo Castro, J. L. y Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1985; AAVV, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996; Rubio Llorente, F., “El recurso de amparo”, en Rubio Llorente, F., y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1999; Díez-Picazo Gimenez, L. M., “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40; Cruz Villalon, P., “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41.

12 Sobre la monarquía en la Constitución española, *cfr.* Cabo, C. de., “Supuestos teóricos y funcionalidad histórica de la monarquía: su vigencia en el Estado constitucional”, en Lucas Verdu, P., *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1983; Aragón Reyes, M., *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución*, Madrid, 1990; García Canales, M., *La monarquía parlamentaria española*, Madrid, 1989; Porras Ramírez, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid, 1995.

(artículo 100).<sup>13</sup> La Constitución reconoce al gobierno la potestad normativa reglamentaria (artículo 97) pero también la potestad legislativa, aunque en este caso con límites materiales y circunstanciales expresamente indicados y con la intervención previa o posterior del órgano parlamentario, previa en el caso del decreto legislativo, que precisa una ley de delegación de las Cortes Generales (artículos 82 a 85)<sup>14</sup> y posterior en el caso de los decretos leyes que, al margen de necesitar como presupuesto habilitante, una “extraordinaria y urgente necesidad”, interpretada de forma laxa por el Tribunal Constitucional, es una actuación normativa de carácter provisional pues deberá ser convalidada por el Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días (artículo 86).<sup>15</sup>

El Legislativo está formado por dos cámaras, como preveía la Ley para la Reforma Política, pero se trata de un bicameralismo descompensado. Solo en aspectos puntuales prevalece la posición del Senado. En la actividad política ordinaria la mayor relevancia del Congreso es palmaria pues solo esta cámara participa en actos tan trascendentes como la investidura del presidente del gobierno, su sustitución a través de una moción de censura o el debate de una cuestión de confianza. En el procedimiento legislativo se refleja también esta preeminencia pues aunque los proyectos y proposiciones de ley se debaten en ambas cámaras, la introducción de enmiendas en el Senado conlleva el retorno del proyecto o proposición al Congreso donde se aprueba de forma definitiva. Además, el derecho a interponer veto reconocido al Senado en la tramitación legislativa no es, en ningún caso, absoluto ya que puede ser levantado en su vuelta al Congreso por mayoría absoluta o incluso por mayoría simple dejando transcurrir dos meses desde su interposición (artículo 90.2).<sup>16</sup>

13 Cfr. López Calvo, J., *Organización y funcionamiento del gobierno*, Madrid, 1996; Pérez Francesch, J. L., *El gobierno*, Madrid, 1996; Revenga Sánchez, M., *La formación del gobierno en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1988.

14 Cfr. Gutiérrez Gutiérrez, I., *Los controles de la legislación delegada*, Madrid, 1995; Jiménez Campo, J., “El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 10; Virgala Foruria, E., *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Madrid, 1991.

15 Cfr. Carmona Contreras, A. M., *La configuración constitucional del decreto-ley*, Madrid, 1997; Santolaya Machetti, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1988; Salas, J., “Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, vol. I.

16 Sobre la organización y funcionamiento de las Cortes Generales, cfr. Molas, I., y Pitarch, I., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Madrid, 1987; Sole Tura, J. y Aparicio, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, 2a. ed., Madrid, 1988. Respecto al procedimiento legislativo es descriptivo el libro de García Martínez, M. A., *El procedimiento legislativo*, Madrid, 1987.

El siguiente título se refiere a las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo. Estos preceptos, aparte de mencionar los mecanismos clásicos de control parlamentario del gobierno (interpelaciones, preguntas, etcétera), regulan los instrumentos típicos del “parlamentarismo racionalizado”, teorizado en el periodo de entreguerras e introducido en las Constituciones de posguerra, particularmente en la alemana de 1949, para evitar la inestabilidad política. Así, tomando la figura directamente de esa Constitución y con una regulación similar, se recogen la moción de censura y la cuestión de confianza como mecanismos para exigir la responsabilidad política del gobierno. La moción de censura permite la sustitución del presidente del gobierno que ha perdido el apoyo de la mayoría parlamentaria, pero solo en el caso de que otro candidato concite el respaldo de la mayoría absoluta del Congreso (artículo 113). Se impiden con ello las mayorías puramente negativas, incapaces de concertar un candidato y un programa de gobierno común. La cuestión de confianza es planteada por el propio presidente sobre su programa de gobierno o una declaración de política general para confirmar que sigue contando con el respaldo del órgano parlamentario (artículo 112). Si no es así, sí no obtiene la confianza de la mayoría simple del Congreso, presentará su dimisión al rey y se reiniciará el procedimiento para la investidura de un nuevo presidente (artículo 114).<sup>17</sup>

Finalmente, el Poder Judicial es el único que recibe esta denominación en la Constitución. Está integrado por jueces y magistrados que, cada uno ellos por separado, gozan de las prerrogativas de independencia, inamovilidad, responsabilidad y está sometido únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1). Se prevé el beneficio de justicia gratuita para litigar (artículo 119 y LO 1/1996) y se prevé un órgano de gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial, compuesto por el presidente del Tribunal Supremo y veinte miembros elegidos por las dos cámaras parlamentarias, según indica la LO 6/1985, y fue aceptado por el Tribunal Constitucional aun apuntando que acaso no era la interpretación más adecuada del artículo 122.3 de la Constitución (STC 108/1986).<sup>18</sup>

17 Estudios sobre el control parlamentario del gobierno son los de García Morillo, J., *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, 1985; Aragón Reyes, M., “El control parlamentario como control político”, *Revista de Derecho Político*, núm. 6, 1980. En relación a la moción de censura, *cfr.* Sánchez de Dios, M., *La moción de censura*, Madrid, 1992; Virgala Foruria, E., *La moción de censura en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1988. Sobre la cuestión de confianza, *cfr.* Fernández Segado, F., “La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 1987.

18 *Cfr.*, en la doctrina española, Díez-Picazo Gimenez, L. M., *El régimen constitucional del Po-*

En sus dos últimos títulos (IX y X) se ocupa la Constitución de los mecanismos típicos de defensa de la Constitución o garantía de su normatividad en el constitucionalismo de posguerra: la justicia constitucional, a través del Tribunal Constitucional, garantía ordinaria en cuanto asegura que todos los poderes públicos respetarán en su actuación el texto constitucional so riesgo de sanción jurídica, y el procedimiento de reforma constitucional, la rigidez constitucional, que limita al legislador ordinario para una hipotética modificación de la Constitución.

El Tribunal Constitucional español está formado por doce miembros, elegidos por los tres poderes del Estado, cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado, con una mayoría de tres quintos, dos por el gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial. Al reseñar sus funciones, el Constituyente español tomó como modelo la Constitución alemana, que desarrolla y completa la primigenia construcción kelseniana del sistema europeo de control de constitucionalidad,<sup>19</sup> aunque con algunas alusiones reprochables en relación al antecedente alemán, como la posibilidad de plantear un conflicto de atribuciones por un grupo parlamentario o un partido extraparlamentario que ha configurado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán interpretando la redacción amplia del precepto, y otras plausibles, pues en España no se recoge el proceso para la prohibición de partidos. El Tribunal Constitucional realiza tres funciones básicas: el control de constitucionalidad de las leyes, la resolución de los conflictos de competencias centro-periferia o de atribuciones entre los órganos constitucionales y la protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, el control de constitucionalidad de la ley se prevé en sus dos vertientes, abstracta (recurso de inconstitucionalidad) y concreta (cuestión de inconstitucionalidad). El recurso de inconstitucionalidad puede ser planteado fundamentalmente por órganos políticos (presidente del gobierno, cincuenta diputados, cincuenta senadores y órganos legislativo y ejecutivo de una comunidad autónoma), aunque también está legitimado el defensor del pueblo (artículo 162. 1 a). Estos recursos han sido más numerosos que en Alemania, fundamentalmente porque se han vinculado a

der Judicial, Madrid, 1991; Movilla, C., e Ibañez P., Andrés *El Poder Judicial*, Madrid, 1986; Otto Pardo, I. de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989. Sobre el Consejo General del Poder Judicial, cfr. Terol Becerra, M., *El Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1993.

<sup>19</sup> Sobre los orígenes del sistema europeo de control de constitucionalidad hay un libro imprescindible en español. Es el de Cruz Villalon, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

través de este proceso los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades cuando en la controversia interviene una ley, por previsión expresa del artículo 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Más allá de esta función controversial, presente sobre todo cuando el recurso es planteado por el presidente del gobierno frente a una ley autonómica o los órganos autonómicos frente a una ley estatal, el incoado por cincuenta diputados o senadores es un cauce para la protección de las minorías frente a la actuación de la mayoría que, más allá de la valoración política que merezca, contradice la Constitución. La cuestión de inconstitucionalidad, el proceso de control concreto de la ley, lo plantea un órgano judicial que considera en el marco de un proceso que la norma legal aplicable de cuya validez depende el fallo puede ser contraria a la Constitución (artículo 163). Como el juez está sometido a la ley, su única opción es plantear este proceso ante el Tribunal Constitucional. Los órganos judiciales fueron remisos en los primeros años de funcionamiento del Tribunal a elevar cuestiones. Sin embargo, su número se ha acrecentado en los últimos años. Para algunos autores esta forma de control de constitucionalidad de la ley es más adecuada que el control abstracto puesto que al plantearse en el marco de un proceso y resolverse en relación a un caso concreto, aunque con efectos generales, existe menor riesgo de politización en la actuación del Tribunal que cuando éste debe pronunciarse en abstracto. Sin embargo, no puede olvidarse la importancia del control abstracto, por ejemplo, para la protección de las minorías parlamentarias. Existen otros medios para evitar el “riesgo de politización” como la *judicial self restraint*, aplicable a cualquier proceso constitucional, o la presunción de legitimidad de la ley, que debe ser plenamente contradicha para declarar su inconstitucionalidad.

Los conflictos de competencias pueden plantearse entre el Estado y las comunidades autónomas o entre éstas y pueden ser positivos, cuando ambas administraciones se consideran competentes y negativos, cuando las dos rechazan su competencia (artículo 161.1 c). Lo cierto es que la mayoría de los conflictos han sido positivos entre el Estado y las comunidades autónomas. Éstos fueron numerosos en los primeros años de funcionamiento del Estado autonómico, aunque en la actualidad se advierte un relativo descenso, ralentizado por la asunción de nuevas competencias por algunas comunidades autónomas, que provoca nuevos conflictos. Frente a éstos, los conflictos de atribuciones, no previstos en la Constitución sino en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se pueden plantear entre

los órganos que señala esta Ley u otras leyes orgánicas. La primera sentencia que resolvió un proceso de este tipo fue la 46/1985, que aborda un conflicto de atribuciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el órgano legislativo.

Finalmente, el recurso de amparo constitucional puede ser incoado por personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo (artículo 162.1 b) frente a los actos de los poderes públicos, y también de los particulares, aunque esto no lo diga expresamente la Constitución, que vulneren algunos de los derechos contenidos en la sección primera, del capítulo II del título I o el principio de igualdad y la objeción de conciencia (artículo 53.2). La mayoría de los asuntos que llegan al Tribunal son recursos de amparo, lo que ha producido la saturación que relatamos en el siguiente apartado.<sup>20</sup>

Para concluir con este rápido repaso a la Constitución española debemos ocuparnos de su último título, referido a la reforma constitucional. En él se aborda la cuestión de los sujetos legitimados para iniciar la reforma (artículo 166), que son los mismos que en el caso de la iniciativa legislativa con la elusión, ciertamente trascendente, de la iniciativa popular. Se establecen dos procedimientos distintos de reforma: uno ordinario, relativamente simple pues precisa mayoría de tres quintos de cada cámara y ni siquiera referéndum si no es solicitado por una décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras (artículo 167) y otro agravado cuando se pretende una reforma total de la Constitución o parcial que afecte al título preliminar, la sección primera del capítulo segundo del título primero, esto es, el bloque de derechos especialmente protegidos por el ordenamiento, o el título II referido a la Corona. Este procedimiento ha sido fuertemente criticado por la doctrina, con toda razón, pues más que un cauce de reforma es un mecanismo para evitar la reforma.<sup>21</sup>

20 En general, sobre los distintos procesos constitucionales, *cfr.* Rubio Llorente, F., y Jimenez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1999; AAVV, *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992; Rodríguez Piñero, M. (coord.), *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1995.

21 Trabajo imprescindible para entender la reforma constitucional no solo en su regulación positiva sino, fundamentalmente, en su concepción teórica es el de Vega García, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985. *Cfr.*, también, Jimenez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación del título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, UNED, 7; Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; Ruipérez, J., “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75.

#### IV. DEFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN E INTERROGANTES ABIERTAS

Hasta aquí hemos relatado las características de la Constitución de una forma esencialmente descriptiva. Ahora, nos queremos detener, de forma selectiva, en las cuestiones más polémicas del texto descrito. Dentro de lo que podríamos denominar “defectos de la Constitución”, o, de una forma más genérica, problemas advertidos en su aplicación, pueden elaborarse dos listas. La primera está compuesta por aquellas cuestiones que aun deficientes o discutibles no han afectado al buen funcionamiento del sistema; incluso, en muchos casos, el vicio de origen ha quedado disipado por una correcta interpretación del Tribunal Constitucional. La segunda lista, más trascendente, la compondrían las grandes interrogantes abiertas, aquellas cuestiones que en la actualidad nublan el buen funcionamiento del sistema constitucional español.

Entre las objeciones “menores” apuntamos, en primer lugar, la ambigüedad de muchos preceptos constitucionales. Su causa está bien acotada; en ocasiones, la redacción ambigua fue el modo de lograr el consenso que presidió, como se ha expuesto, el proceso constituyente. Puede sorprender que tan relevante cuestión sea considerada un problema menor. Sin embargo, así es en la actualidad, con alguna excepción que se apuntará, merced al desarrollo político que ha realizado el legislador, en los amplios márgenes que le permite la indeterminación constitucional, y a la labor del Tribunal Constitucional. La inconcreción terminológica se advierte, por ejemplo, en el artículo 15 cuando se utiliza un impreciso “todos” para definir el titular del derecho a la vida. Detrás latía la polémica cuestión de la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo que dividió irreductiblemente a los constituyentes. Merced a la indefinición constitucional, el legislador pudo despenalizar el aborto en determinados supuestos y el Tribunal Constitucional, tras destacar que el *nasciturus* es un bien jurídico protegido, admite esa opción, aunque en una sentencia poco feliz, la 53/1985. Algo similar ocurrió con el modelo educativo, otro aspecto discutido durante los debates constituyentes de forma muy polarizada. El consenso se alcanzó en torno a un farragoso artículo 27 en el que se mezclan manifestaciones de la libertad de enseñanza, derecho de libertad, y del derecho a la educación, derecho prestacional. La primera mayoría parlamentaria, UCD, tenía una concepción del modelo educativo que plasmó en una Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares; luego, cuando en la segunda Legislatura el PSOE alcanzó el poder, sustituyó esa

ley por otra que reforzó el carácter prestacional del derecho a la educación. Ambas leyes fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional y éste consideró que ambos modelos educativos tenían cabida en el texto constitucional. La organización territorial del Estado es la excepción anotada pues algunos de sus problemas actuales tienen origen en la indefinición del constituyente en aras del consenso. En verdad, la redacción del título VIII es sumamente imprecisa. Si ha podido funcionar, si ha sido medianamente comprensible, se debe a la labor de compromiso de los actores políticos y, fundamentalmente, a la tarea de delimitación competencial que ha realizado el Tribunal Constitucional desde 1981.

Aunque son muchos los preceptos perfeccionables; nos limitamos a mencionar los más señeros en cuanto inciden en los pilares básicos de la Constitución. Así, tiene una deficiente regulación en origen el sistema de fuentes del derecho, que ni siquiera recibe un tratamiento específico, sino que encuentra sus referentes positivos diseminados por el texto constitucional. Sorprende la ausencia de mención alguna al principio de competencia, cuando se ocupa de otros como jerarquía o prevalencia. Sin este principio, bien ahormado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no podría entenderse la relación entre el ordenamiento general del Estado y los ordenamientos autonómicos o entre los distintos tipos de ley.<sup>22</sup> Tampoco el reglamento tiene un tratamiento adecuado, permaneciendo la duda sobre los reglamentos independientes y en relación a la delegación legislativa se habilita el control de los tribunales ordinarios sobre el decreto legislativo, fuente con rango de ley, que tiene su sentido en la tradicional concepción de la delegación legislativa pero choca con el principio de sometimiento de los tribunales a la ley (artículo 117.1). En este último caso, lejos de solventarse el problema por el desarrollo legislativo y jurisprudencial se ha agudizado al reconocerse esa posibilidad de control del decreto legislativo, norma con rango de ley, por los tribunales ordinarios en la legislación de desarrollo, tanto implícitamente, artículo 17.2 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como expresamente, artículo 1.1 Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

22 Tampoco puede olvidarse la labor desarrollada por la doctrina pues se han publicado acabadas y estimulantes construcciones del sistema de fuentes en la Constitución como las de Otto Pardo, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987; Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho. I y II*, Madrid, 1991 y 1992 o Santamaria Pastor, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, 1988.

ha mencionado, aun de forma tangencial, que el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde también a la jurisdicción ordinaria (STC 47/1984).

En cuanto a las instituciones de garantía, tanto el Tribunal Constitucional como la reforma constitucional tienen aspectos discutibles. Respecto al primero, sorprende la ausencia del amparo frente a leyes cuando es conocido que pueden existir leyes que afectan directamente a los ciudadanos sin intermediación de un acto de aplicación, e incluso, esta ausencia fue una de las causas de la condena del Estado español por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 23 de junio de 1993 (caso Rumasa).<sup>23</sup> Esta modalidad de amparo no está impedida por la Constitución sino por su ley de desarrollo, a diferencia de lo que ocurre en Alemania o, con las peculiaridades conocidas, en México y en numerosas Constituciones de América Latina. También está planteando problemas el privilegio procesal concedido al gobierno de la nación consistente en la suspensión de la ley autonómica cuando es recurrida por el Ejecutivo estatal si así lo solicita éste (artículo 161.2). El riesgo de utilización política está presente cuando el partido mayoritario en el Estado está en la oposición en una determinada comunidad autónoma. En cuanto a la reforma constitucional, ha sido resaltada en la doctrina la deficiente regulación del procedimiento agravado.<sup>24</sup> La complejidad del procedimiento convierten a este precepto en una cláusula de intangibilidad implícita, pues su extrema dificultad casi impide en la práctica la reforma de las normas afectadas. Sin embargo, como tal cláusula es demasiado amplia pues no se limita a principios concretos como ocurre en Alemania, Francia o Italia con esta figura, sino a bloques completos de materias en los que coexisten junto a la regulación de aspectos muy importantes, otros que son menos y no merecerían ese tratamiento.

Todavía podrían enumerarse otras objeciones puntuales como la escasa regulación de los grupos parlamentarios, la discutible delimitación de los derechos fundamentales, la siempre compleja cuestión del contenido esencial de los derechos, la peculiar interpretación de la extraordinaria y urgente necesidad en el decreto-ley o las restricciones a la iniciativa le-

23 Cfr., sobre esta cuestión, Montilla Martos, J. A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, 1994. En relación a la mencionada sentencia del TEDH, también Montilla Martos, J. A., "Defensa judicial versus ley singular de intervención. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40.

24 Véase nota 21.

gislativa popular, en una relación siempre discutible por subjetiva. Sin embargo, prefiero abordar los tres problemas más graves a los que, a mi juicio, se enfrenta en la actualidad del régimen constitucional español. En primer lugar, sin duda el más importante: la deriva tomada, particularmente en los últimos años, por el Estado autonómico; en segundo lugar, e interconectado con el anterior, la inutilidad del Senado en su configuración actual y, finalmente, la saturación que sufre el Tribunal Constitucional.

Se ha mencionado más atrás que el artículo 2o. de la Constitución menciona, entre las decisiones políticas fundamentales, la autonomía de las nacionalidades y regiones. Resultaba clara la voluntad del constituyente de superar la centralización del Estado. Era una reivindicación expresada junto a las de contenido estrictamente político por la oposición al franquismo, sobre todo en el País Vasco y Cataluña.

El título VIII de la Constitución desglosa la organización territorial del Estado pero no indica cuáles son los territorios autónomos ni sus competencias e instituciones; prevé distintos procedimientos para que las provincias —pilar de la estructura territorial centralizada en España desde la primera mitad del siglo XIX— con rasgos comunes puedan constituir comunidades autónomas. La iniciativa corresponde a los territorios y finalmente los estatutos se aprobarán por una ley orgánica estatal. Es lo que Cruz Villalón, actual presidente del Tribunal Constitucional, denominó desconstitucionalización del Estado autonómico.<sup>25</sup> En realidad, se trataba de una remisión a fuentes con algunas características especiales, los Estatutos de Autonomía, leyes orgánicas cuya especificidad se muestra tanto en su aprobación como en su reforma, que formaban, junto a la Constitución, lo que el autor precitado denominó la Constitución territorial.<sup>26</sup> La Constitución señalaba determinadas materias de competencia exclusiva del Estado y a partir de éstas, las CCAA podían asumir, si lo preveía su estatuto, competencias sobre las restantes. Finalmente se recoge una cláusula residual: las materias competenciales que no fueran asumidas por las comunidades en sus estatutos son competencia residual del Estado (artículo 149.3).

No obstante, ese máximo nivel competencial, limitado sólo por la lista de competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1, podía alcan-

25 Cruz Villalón, P., “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”, *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense*, núm. 4, 1982.

26 Cruz Villalón, P., “La Constitución territorial”, en Cruz, P. et al., *El Estatuto de Andalucía. I. Las competencias*, Barcelona, 1990.

zarse desde la aprobación de los estatutos sólo si éste se había elaborado por el procedimiento previsto en el artículo 151, dificultoso, pero no si se había seguido el cauce previsto en el artículo 143, CE, mucho más simple, en cuyo caso sólo podían asumirse competencias sobre las materias que se enumeraban en el artículo 148.

El procedimiento del artículo 151 era muy complejo pues exigía la voluntad concurrente de una mayoría cualificada de los territorios y, además, la celebración de dos referéndos, en el primero de los cuales la iniciativa autonómica debía obtener el apoyo de la mayoría absoluta del censo, no de los votantes, en cada una de las provincias. Sin embargo, quedaban liberados de estos requisitos para seguir este procedimiento, los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado un estatuto de autonomía, según la disposición transitoria segunda. El pronóstico que latía tras esa regulación, aunque no se estableciera formalmente, era que solo esas “comunidades históricas”, Cataluña, País Vasco y Galicia, accedieran en un primer momento al máximo nivel de autonomía permitido por la Constitución, mientras los restantes territorios asumirían competencias más limitadas. Sin embargo, nada impedía a otros territorios aventurarse por el complicado cauce del artículo 151 y Andalucía lo inició. Tras enfrentarse a la oposición política de la mayoría gubernamental por romper el esquema bosquejado implícitamente pero, a su vez, utilizando la capacidad de presión política que le otorgó un gran apoyo popular para sortear el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en la Constitución, Andalucía se unió al grupo de territorios con máximo nivel de autonomía. Puede suponerse que su ejemplo fue inmediatamente emulado por otros territorios. Ante la situación de descontrol del proceso autonómico y con la indudable influencia del intento de golpe de Estado de 1981, los partidos políticos mayoritarios, UCD y PSOE, firman un Pacto autonómico para reconducir el proceso. Según éste, los territorios que todavía no habían aprobado su estatuto lo harán por el procedimiento de autonomía menos plena (artículo 143). Situación específica era la de Canarias y Valencia, que estaban a punto de concluir el procedimiento de aprobación del estatuto siguiendo el modelo de Andalucía. Para estos territorios se acuerda una solución de compromiso. Su Estatuto será del mismo tipo que el de las restantes comunidades de autonomía limitada pero coetáneamente a su entrada en vigor el Estado aprobará una ley orgánica de transferencia o delegación (artículo 150.2), cauce de atribución de facultades

competenciales del Estado a las CCAA para igualar su nivel competencial a las históricas y Andalucía.

Se forman por tanto dos grupos de CCAA con un nivel de autonomía diferenciado, que comienzan a ejercer las competencias asumidas en el Estatuto y traspasadas por el Estado. En esta estructura bipolar del Estado autonómico culminada en 1983 hallamos, en un lado, a Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Canarias, Valencia y Navarra, en este caso en virtud de su condición de territorio histórico (disposición adicional primera) y, en el otro, a las diez comunidades restantes que habían quedado constituidas. Sin embargo, la diferenciación no era definitiva. La propia Constitución señala que transcurridos cinco años desde la aprobación de los estatutos podrán reformarse los estatutos de las comunidades de autonomía limitada para ampliar sus competencias (artículo 148.2). Llegado ese momento se suceden las reivindicaciones políticas en tal sentido. Ante el temor de un nuevo “desorden autonómico”, provocado por las iniciativas unilaterales de reforma trasladadas a las Cortes Generales para su aprobación definitiva, los partidos mayoritarios, en este caso el PSOE en el gobierno y el Partido Popular en la oposición, culminaron un nuevo pacto autonómico, el 28 de febrero de 1992, en el que se pergeñó el desarrollo futuro del Estado autonómico. Se planeó la ampliación competencial que produjo una virtual equiparación competencial entre todas las comunidades autónomas, con la única diferencia señera de la materia de sanidad. Además, se acordó un procedimiento peculiar. Así, primero se aprobó una Ley Orgánica de Transferencias del Estado a las CCAA en la que se incluyeron las mismas atribuciones para todos los territorios afectados y estos partidos se comprometieron a apoyar en los respectivos parlamentos autonómicos la iniciativa y en las Cortes Generales la Ley Orgánica de Reforma Estatutaria siempre que tenga el mismo contenido que la ley atributiva previa. Así se desarrolló este proceso entre 1992 y 1994, continuado de otra oleada de reformas estatutarias que produjeron una equiparación también institucional entre las comunidades autónomas. Además se cerraba el Estado autonómico al prever algunos estatutos de autonomía con características especiales para Ceuta y Melilla, las ciudades españolas situadas en el norte de África (LLOO 1 y 2/1995).

En este momento, siquiera de forma peculiar, parecía armonizado el Estado autonómico. En primer lugar, se había alcanzado una relativa equiparación competencial e institucional entre todas las comunidades autónomas, al margen de la capacidad de actuación política de cada una

de ellas; en segundo lugar, las leyes de transferencia y delegación, un instrumento potencialmente diferenciador en cuanto permitía atribuir competencias a una comunidad y no a las restantes, había cumplido una función homogeneizadora; en tercer lugar, el acuerdo político, el espíritu de consenso, se había alargado hasta 1992, aunque ahora solo entre los dos grandes partidos, dejando al margen a los nacionalistas y, finalmente, en cuarto lugar, el Tribunal Constitucional había convertido en transitable el difícil ámbito de las materias competenciales.<sup>27</sup> Parecía el momento de desarrollar los mecanismos propios del Estado federal cooperativo, pues de facto el modelo estaba en condiciones de funcionar como tal, pese a que no se reconociera formalmente su índole federal. De hecho, la segunda parte de los acuerdos autonómicos de 1992 se dedicaba al desarrollo del principio de cooperación y las propuestas de reforma del Senado para convertirlo en el centro de las relaciones de colaboración y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas adquirirían en ese momento importante auge.

Sin embargo, justo a partir de entonces el Estado autonómico ha iniciado una tendencia caótica en la que se encuentra estancado en los albores del siglo XXI. Los partidos nacionalistas de Cataluña y el País Vasco rechazan la tendencia al federalismo cooperativo simétrico y apelan al diferencialismo, concretado en el establecimiento de relaciones bilaterales con el Estado. Además, su capacidad de presión política ha aumentado pues tanto en la quinta (1993-1996) como en la sexta Legislatura (1996-2000) se convierten en partidos “bisagra”, necesarios para configurar una mayoría parlamentaria. La situación es problemática. En Cataluña parece posible un encauzamiento jurídico-constitucional del diferencialismo, concretado ya, por ejemplo, en la atribución del tráfico a través de una ley orgánica de transferencias, utilizada por primera vez en su originario sentido diferenciador. Sin embargo, la situación es más complicada en el País Vasco, donde el Partido Nacionalista Vasco, que representa al nacionalismo moderado y gobierna esa comunidad desde las primeras elecciones autonómicas, ha derivado hacia posiciones soberanistas en unidad de acción política con el nacionalismo radical, vinculado a la organización terrorista ETA. Esa actitud es justificada como una estrategia para terminar con el terrorismo que asola el País Vasco desde hace decenios, pero

27 Un relato más detallado del proceso de formación del Estado autonómico puede consultarse en mi libro, *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política*, Madrid, 1998.

sus consecuencias políticas son impredecibles. La solución es difícil y el problema grave pues el nacionalismo cuenta con el apoyo de, aproximadamente, el 50% del cuerpo electoral del País Vasco, sumado el moderado y el radical.

La imposibilidad de dar forma definitiva y estable al Estado autonómico es, sin duda, el problema más grave que tiene planteado el sistema constitucional español en la actualidad. Una respuesta técnico-jurídico a la que se apela a menudo, con motivo, es la reforma del Senado para convertirlo en lugar de encuentro y diálogo, cooperación y colaboración, de los representantes de las comunidades autónomas y del Estado. La existencia de una segunda cámara tiene dos fundamentos distintos en las diversas Constituciones. En algunos casos se trata de una cámara de reflexión o incluso de *auctoritas*, en este caso no necesariamente representativa sino más bien corporativa; por el contrario, en los estados descentralizados funciona como cámara de representación territorial. El problema del Senado español es que se sitúa entre ambos modelos. El artículo 69, CE lo presenta como cámara de representación territorial. Sin embargo, luego no le atribuye las funciones que, en consecuencia, le corresponderían. Sus miembros se eligen por un sistema mayoritario en listas abiertas, lo que, en teoría, que no en la práctica, permitiría la incorporación de personalidades con reconocimiento social al margen de los partidos; además, la circunscripción es la provincia, no la CCAA, salvo unos cuantos senadores, apenas un 15%, que son elegidos por las propios parlamentos autonómicos; y, sobre todo, respecto a sus competencias, son puntuales y poco trascendentes en la práctica las ocasiones en que tiene una función preeminente sobre el Congreso en asuntos autonómicos. Actúa, por tanto, en la práctica como una cámara de segunda lectura en la que se introducen enmiendas a la ley que se tramita, fruto de acuerdos políticos de última hora, que luego deberán ser ratificadas por el Congreso.

En 1994 se reformó el Reglamento del Senado para potenciar su función como cámara de representación territorial y se creó la Comisión General de Comunidades Autónomas. Sin embargo, la reforma ha sido un fracaso. Esta Comisión no ha tenido una participación efectiva en la tramitación de las leyes que afectan directamente al Estado autonómico. Sirvan de ejemplo las leyes de transferencia o las de reforma de los estatutos. En estos casos la intervención de la Comisión ha sido puramente un trámite. Por ello, parece necesaria la reforma de la Constitución para atribuir al Senado funciones de iniciación e incluso de veto absoluto en de-

terminadas leyes que afectan al Estado autonómico. Si el objetivo es construir un federalismo cooperativo, el *Bundesrat* alemán puede ser un buen modelo.<sup>28</sup>

Finalmente, queremos llamar la atención sobre un tercer problema, acaso con menos trascendencia política que los anteriores pero que amenaza también, como los otros, el funcionamiento del sistema constitucional. Es la saturación del Tribunal Constitucional.

En estas páginas se ha destacado la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la consolidación constitucional, más allá de la crítica que merezcan algunas de sus decisiones. No obstante, resulta habitual en la actualidad que la sentencia que resuelve un recurso de inconstitucionalidad se demore hasta diez años.<sup>29</sup> Cuando un órgano jurisdiccional tiene asuntos con este lapso de pendencia, resulta evidente que el problema es grave y las respuestas deben ser urgentes. Importa recordar que la saturación no ha sido provocada por los procesos de control de constitucionalidad de normas, ni por los conflictos de competencias o de atribuciones entre órganos constitucionales, sino por el recurso de amparo constitucional, y, más concretamente, por los recursos planteados ante una hipotética violación de las garantías procesales que reconoce el artículo 24.2 CE en la vía judicial ordinaria pues sistemáticamente se acude al Tribunal Constitucional por esta vía cuando se agotan los recursos ante la jurisdicción ordinaria. Estos recursos suponen más del 95% de los asuntos que llegan al Tribunal Constitucional.

No es ésta una situación desconocida en los sistemas europeos de justicia constitucional. La diferencia es que en otros lugares se ha abordado el problema y en España no se reconoce aún su enjundia. En Italia, de 1987 a 1989 se abordó la eliminación del retraso mediante distintas medidas organizativas y desde entonces los casos se resuelven en un plazo inferior al año desde su planteamiento;<sup>30</sup> en Alemania es ésta una cuestión ampliamente debatida en la doctrina desde hace años e, incluso, se ha constituido una comisión de estudio, auspiciada por el Ministerio Federal

28 *Cfr.*, sobre la problemática de la reforma del Senado y su relación con las comunidades autónomas, Punset Blanco, R., *El Senado y las comunidades autónomas*, Madrid, 1987; Visiedo Mazón, F. J., *La reforma del Senado. Territorialización del Senado. Comisión General de Comunidades Autónomas*, Madrid, 1997.

29 Así ocurre con sentencias como la 172/1998, 173/1998, 103/99, 116/1999, 127/1999 o 233/1999, por citar algunas recientes.

30 *Cfr.*, sobre este proceso, por ejemplo, Pizzorusso, A. *et al.*, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997.

de Justicia y presidida por un antiguo presidente del Tribunal Constitucional, E. Benda, para tratar la cuestión y aportar respuestas. Sin embargo, en España, más allá de algún pronunciamiento doctrinal, nada se ha avanzado en esa dirección.

Las soluciones que se han bosquejado en los distintos países son diversas y debieran ser objeto de un debate sosegado también en España. Van desde las más modestas, como la simplificación de la fundamentación jurídica para aumentar el número de casos que pueden ser conocidos por el Tribunal o el aumento del número de magistrados, a otras más osadas como la eliminación del recurso de amparo constitucional o del recurso frente a la vulneración de las garantías procesales y la sustitución por una sala de amparo en el órgano máximo del Poder Judicial, el Tribunal Supremo, o la posibilidad de elegir entre los asuntos planteados solo aquellos con relevancia constitucional, según el sistema americano. Esta última ha sido la propuesta elevada finalmente en Alemania al gobierno federal por la Comisión Benda.<sup>31</sup>

31 La propuesta de la Comisión se concreta en la necesidad de incluir un nuevo precepto en la ley reguladora del Tribunal Constitucional que señale: "El Tribunal Constitucional puede admitir un recurso de amparo. Para ello tendrá en cuenta si su decisión resulta de especial relevancia para la clarificación de una cuestión jurídico-constitucional o para la protección de los derechos fundamentales". No obstante, entiende la Comisión que esta modificación legislativa requiere la previa reforma constitucional. *Cfr.*, un comentario al Informe de la Comisión en español, en López Pietsch, P., "Objetivar el amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, mayo-agosto, 1998. Esta posición ha sido defendida también en la doctrina. Los trabajos previos más conocidos que planteaban esta posición son los de Böckenforde, E., "Die Überlastung des Bundesverfassungsgericht", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996 y Wahl, R. y Wieland, J., "La jurisdicción como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgerichts", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1996 (publicado originalmente en *Juristen Zeitung*, 1996). Otros autores habían propuesto reformas internas y organizativas del Tribunal para mejorar su funcionamiento antes de plantear modificaciones normativas. Así, Schneider, H. P., "SOS aus Karlsruhe das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996; Zuck, R., "Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1997 o Söllner, A., "Zur Entlastung des BVerfG durch eine Verfassungsanwaltschaft", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1997.