

HOMENAJE A VALENTIN PANIAGUA CORAZAO



Capítulo 47

COMITÉ EDITOR

Javier Arias-Stella / Juan Incháustegui Vargas
Alberto Adriánzén Merino / Gustavo Bacacorzo / Marita Castro Pisfil /
Domingo García Belaunde / Marco Jamanca Vega /
Francisco Miró Quesada Canturías / Luis Ortega Navarrete /
Henry Pease García / Marcial Rubio Correa / Débora Urquieta /
Alberto Velarde Yañez / Juan Manuel Velarde



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Homenaje a Valentín Paniagua Corazao

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:
Fondo Editorial PUCP
Primera edición, noviembre de 2010
Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores

ISBN: 978-9972-42-941-5
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-14040
Registro de Proyecto Editorial: 31501361000964

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA CONSTITUCIÓN EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

Valentín Paniagua. In memoriam

¿Cómo se concibió la Constitución en la España del siglo XX? ¿Cuál fue el lugar que se le atribuyó y que, en efecto, ocupó en el conjunto del ordenamiento jurídico? ¿De qué manera se elaboró? A estas preguntas tratan de responder las páginas que siguen, en las que, en realidad, se aborda el problema constitucional en España desde la Restauración canovista —punto de arranque inevitable— hasta nuestros días, en los que la reforma de la Norma Fundamental se ha vuelto a situar en el primer plano del debate político.

1. LA DOCTRINA CANOVISTA DE LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Antonio Cánovas del Castillo remozó con brillantez la doctrina jovellanista de la Constitución histórica de España (o *interna*, como él a veces prefiere llamarla), que durante la primera mitad del siglo XIX habían sustentado destacados publicistas del Partido Moderado, como Donoso Cortés, Alcalá Galiano y Pedro José Pidal. De acuerdo con esta doctrina, el texto constitucional se consideraba un documento carente de valor jurídico, suscrito por los dos sujetos co-soberanos, el monarca y las Cortes, que lo elaboraban y reformaban mediante un procedimiento legislativo ordinario. Este documento meramente político solo era legítimo si se subordinaba a la *verdadera* Constitución de España, esto es, a la histórica, anterior y superior al texto constitucional y en la que se consagraba un régimen político cuyas piezas básicas— la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes y el carácter católico del Estado— se situaban fuera del debate constitucional. La supresión de ese régimen podía ser legal, pero nunca legítima (Suanzes-Carpegna, 1994, pp. 45-79).

La doctrina de la Constitución histórica se hacía patente ya en el Real Decreto del 31 de diciembre de 1875, expedido por Cánovas para convocar elecciones a Cortes, en el que se afirmaba que, «aún estando muertos como sin duda están sus códigos políticos», España poseía «una verdadera Constitución íntima, fundamental, en ningún tiempo anulable por los sucesos», de la que quedaban con vida dos instituciones: «el Rey y las Cortes [que] bastan a restablecer y crear las demás».

Con plena coherencia con estas tesis, la Constitución de 1876 no fue fruto de un debate constituyente. Por el contrario, Cánovas convocó una reunión de 600 antiguos senadores y diputados procedentes de las Cortes que se habían sucedido durante los últimos treinta años y que representaban a las diversas tendencias liberales que apoyaban la monarquía de Alfonso XII. Esta asamblea de notables nombró una comisión de 39 individuos, presidida por Alonso Martínez, con el objeto de redactar un proyecto constitucional. El gobierno hizo suyo el proyecto redactado por esta comisión —cuyos trabajos siguió Cánovas muy de cerca— y lo sometió luego a la aprobación de las Cortes (Vallés Valles i Casadevall, 1977, pp. 27-50).

La Constitución de 1876 mantenía las líneas maestras de la de 1845 en lo relativo a la organización de los poderes, pero en lo que concierne a la proclamación de los derechos recogía lo dispuesto en la Constitución de 1869, aunque de forma muy atenuada. En realidad, aunque el nuevo texto se elaboró con una indudable voluntad de concordia, pesaba mucho más la huella moderada del 45 que la progresista-democrática del 69. Esto es evidente en lo que concierne a la tesis de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, pieza esencial de la doctrina de la Constitución histórica, que se recogía con toda claridad en el preámbulo de la Constitución de 1876 y que, al subordinar el texto constitucional a la voluntad de ambas instituciones, conducía a devaluar el concepto de Constitución al equipararla, en palabras de Cánovas, a «una ley como otra cualquiera», que podía «interpretarse y aun modificarse por otra ley, porque ninguno más que los atributos de las leyes ordinarias tiene la que hoy es Constitución del Estado»¹.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1876: DESINTERÉS ACADÉMICO Y RECHAZO POLÍTICO

A diferencia de la Constitución británica, tan admirada por el político malagueño, la española de 1876 no sirvió para regular los poderes del Estado ni para asegurar

¹ Diario de Sesiones de las Cortes, 7 de marzo de 1888, Legislatura 1887-1888, p. 169.

los derechos de los españoles. Y no solo por carecer de eficacia normativa (de la que también carecía la británica, que ni siquiera estaba escrita en su totalidad), sino porque al margen de ella se desarrollaron a lo largo de su casi medio siglo de vigencia unas convenciones o prácticas políticas (como el «turno» de los partidos y la manipulación de las elecciones) que en buena medida la desvirtuaban. Precisamente, su carácter políticamente no constitutivo explica la asombrosa longevidad de la Constitución de 1876, así como, en no pequeña parte, el escásimo interés que suscitó entre los tratadistas de la Restauración, que apenas se ocuparon de ella, conscientes de que el funcionamiento del Estado no dependía tanto de lo que esta Constitución disponía cuanto de las convenciones o prácticas políticas, que conformaban, junto al texto escrito y a la Constitución histórica, una *tercera Constitución* (Sánchez Agesta, 1984, pp. 314-315).

Ahora bien, es indudable que el desinterés por el texto constitucional de 1876 se explica también, e incluso fundamentalmente, por el rechazo del que hicieron gala los tratadistas de la Restauración (tanto el tradicionalista Enrique Gil Robles, como el más oficialista Vicente Santamaría de Paredes y los mucho más críticos Adolfo Posada y Fernando de los Ríos) hacia el positivismo jurídico. Una corriente de pensamiento desde la que se edificó en la Europa del último tercio del siglo XIX y las dos primeras décadas del XX el derecho constitucional como una rama de la ciencia del Derecho, liberada de las reflexiones filosóficas, sociológicas, históricas y políticas. Dicho con otras palabras, mientras Gerber, Laband y Jellinek en Alemania, Orlando en Italia, Dicey en la Gran Bretaña, Carré de Malberg y Esmein en Francia se habían ocupado de examinar jurídicamente sus respectivos ordenamientos constitucionales y de establecer un repertorio de categorías y conceptos sobre los que edificaron la moderna dogmática del derecho público, pese a carecer esos ordenamientos de fuerza normativa y de no ser en realidad sustancialmente distintos al que estaba en vigor por esos años en España, aquí los tratadistas de la Restauración, al oponerse al positivismo jurídico, ya fuese desde el iusnaturalismo tradicional o desde el krausismo, prefirieron seguir concibiendo al derecho político como una disciplina miscelánea (tal como había hecho ya Colmeiro), en lo que lo jurídico ocupaba un lugar muy ancilar (Varela Suanzes-Carpegna, 1999, pp. 93-168).

En el caso de Posada, el más influyente de todos los constitucionalistas españoles durante el primer tercio del siglo XX, su rechazo al positivismo jurídico era perfectamente compatible con su simpatía por el positivismo sociológico (común a su maestro Gumersindo de Azcárate) que le llevó a denunciar la insuficiencia del concepto racional-normativo de Constitución y a aproximarse al fenómeno constitucional desde una perspectiva sociológica, no muy distinta a la de Ferdinand LaSalle —un autor muy caro a Fernando de los Ríos— cuando

denunciaba que el texto constitucional no era más que una «hoja de papel» y que lo que realmente importaba era la Constitución social. De ahí la escasísima atención que prestó Posada al texto constitucional de 1876 en su *Tratado de Derecho Político*, su obra más relevante, publicada por vez primera en 1894 y reeditada en diversas ocasiones (Varela Suanzes-Carpegna, 2001, t. I, pp. 555-580).

Pero la Constitución de 1876 no solo suscitó desinterés académico, sino también rechazo político. Un rechazo que condujo a proponer su mudanza, total o parcial, en diversas ocasiones durante su larga vigencia. A estas iniciativas reformadoras no fueron ajenos algunos destacados representantes del Partido Liberal, como Segismundo Moret, quien en 1906 solicitó en las Cortes la reforma de su artículo 11 con el objeto de ampliar la libertad religiosa. Dos años después, el llamado Bloque de Izquierdas, animado por Melquíades Álvarez y al que prestaron apoyo el propio Moret, Romanones y Canalejas, propuso la reforma constitucional del Senado. La revisión del texto constitucional de 1876 ocupó un lugar central en el programa político del Partido Reformista, fundado en 1913 bajo la dirección de Azcárate y Melquíades Álvarez, al que se sumaron destacados intelectuales, como Posada, Ortega y Azaña. Este Partido centró sus propuestas de reforma constitucional en la secularización del Estado, en la proclamación de la soberanía popular —punto de arranque de una monarquía democrática—, en la incorporación de algunos derechos sociales y en el reconocimiento de la autonomía regional, en particular para Cataluña (Artola, 1977, vol. 1, pp. 356-357).

Estas demandas, junto a la modificación del artículo 17 de la Constitución, que regulaba las garantías constitucionales, fueron asumidas por la Asamblea de Parlamentarios que, a iniciativa de Cambó, Melquíades Álvarez y Santiago Alba, se reunió en el verano y en el otoño de 1917 —con el telón de fondo de las Juntas de Defensa y de una agitación obrera que culminaría en una huelga general— a fin articular una alternativa modernizadora al ya moribundo sistema político de la Restauración (Artola, 1997, vol. 2, pp. 160-1619. Al año siguiente el Partido Reformista hacía suyas las propuestas de reforma constitucional aprobadas por la Asamblea de Parlamentarios y supeditaba su entrada en el Gobierno a que fuesen aceptadas por la Corona (Artola, 1977, vol. 1, pp. 368-369; vol. 2, p. 169). Las Cortes volvieron a solicitar en 1923 la reforma de la Constitución canovista. Pero en setiembre de ese mismo año, Alfonso XIII, haciendo oídos sordos a las fuerzas más dinámicas de la burguesía española, se decantó por una solución autoritaria.

3. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DURANTE LA DICTADURA PRIMORIVERISTA

Formalmente, el golpe de Estado del general Primo de Rivera no derogó la Constitución de 1876. Tan solo «suspendió» algunos derechos reconocidos en ella, así como el jurado. Pero, en realidad, buena parte de las instituciones previstas en esa Constitución (cortes, ayuntamientos y diputaciones) se disolvieron. En 1925, la Unión Patriótica, único partido reconocido por la dictadura, recordaba que el nuevo régimen había «suspendido parcial y transitoriamente» la «aplicación práctica de la Constitución de 1876, si es que alguna vez la tuvo en el anterior régimen», pero que no la había derogado, ni tampoco modificado, pues para ello era preciso que las Cortes, con el Rey, lo decidiesen (García Nieto, Donezar y López Puerta, 1973, p. 129).

De la reforma de la Constitución se ocupó la Asamblea Nacional, que se puso en planta en 1927, en el marco de una concepción de la representación política alejada de la ideología liberal y entroncada con el corporativismo de corte fascista. En la sesión inaugural de esta Asamblea, su presidente, Yanguas Messía, volvió a reiterar que la Constitución de 1876 «estaba suspendida en algunos de sus preceptos, pero no derogada» (García Nieto *et al.*, 1973, p. 166). La dictadura, sin embargo, que había nacido como un régimen provisional o «comisorio», pretendía convertirse en una dictadura «constituyente», para lo que necesitaba dotarse de una Constitución nueva, aunque sin renunciar a engarzarla formalmente con la de 1876. Una maniobra que, entre otros, denunció en 1927 Fernando de los Ríos en sus *Reflexiones en torno a una posible reforma constitucional* (de los Ríos, 1974, pp. 281 y ss.).

El 6 de julio de 1929 la Asamblea Nacional aprobó un anteproyecto de Constitución cuyo artículo 102.4 señalaba que «la unidad del Estado español, la subsistencia de la Monarquía constitucional hereditaria como forma de gobierno y la atribución del poder legislativo al rey con las Cortes no podrán en ningún caso ser objeto de revisión». Unas premisas que Cánovas podría haber suscrito sin objeción alguna, al igual que el artículo 11 del anteproyecto, que consagraba la confesionalidad católica del Estado en los mismos términos que la Constitución de 1876. El anteproyecto, sin embargo, haciéndose eco de los nuevos vientos que soplaban en Europa después de la Gran Guerra, reconocía el sufragio universal, incluso para las mujeres, así como algunos derechos de carácter social y creaba un control de constitucionalidad de las leyes que se atribuía al Consejo del Reino².

² Sobre este anteproyecto véase García Canales (1980).

Pero este anteproyecto no llegó nunca a entrar en vigor. En 1930 era evidente para la mayoría de los intelectuales y políticos que no podía aplazarse un nuevo proceso constituyente, que tendría que tener muy en cuenta los profundos cambios que se habían producido en Europa —también en América— tras la Primera Guerra Mundial. Unos cambios que habían supuesto «una transformación social del régimen constitucional», que ampliaba de forma considerable el alcance y el contenido de este régimen, como reconocería Adolfo Posada ese mismo año de 1930 (González Posada, 1930, p. 52).

4. LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN DURANTE LA II REPÚBLICA

Pocos días después de proclamarse la II República, exactamente el 6 de mayo de 1931, el gobierno provisional, que encabezaba Niceto Alcalá Zamora, creó una Comisión Jurídica Asesora, dependiente del Ministerio de Justicia, a la que se le encomendó la redacción de un anteproyecto de Constitución. Tal encargo lo llevó a cabo una subcomisión presidida por Ángel Ossorio y Gallardo, uno de cuyos más influyentes miembros era Adolfo Posada. Ante las disensiones que este anteproyecto suscitó en el seno del gobierno, este decidió trasladarlo a las Cortes, junto a los numerosos votos particulares, para que sirviera de punto de partida a su obra constituyente (Sevilla Andrés, 1969, pp. 139-198). A tal efecto, el 28 de julio las Cortes nombraron una comisión presidida por el socialista Jiménez de Asúa. Esta comisión redactó un nuevo proyecto, que en algunos asuntos relevantes, como el religioso o la organización del Parlamento, era sensiblemente distinto del que había elaborado antes la Comisión Jurídica Asesora. Desde el 27 de agosto hasta el 1 de diciembre las Cortes Constituyentes debatieron ese proyecto, a veces con pasión inusitada, sobre todo cuando se discutieron los asuntos religiosos, regionales y sociales, y casi siempre con gran brillantez, pues no en vano en ellas se dieron cita los más destacados intelectuales y políticos del país, como Unamuno, Ortega, Marañón, Azaña, Fernando de los Ríos, Besteiro y Luis Araquistain, representantes del liberalismo radical o del socialismo democrático, que fueron las dos ideologías que inspiraban ese proyecto.

La Constitución de 1931, aunque recogió e incluso amplió los principios básicos del Estado liberal de Derecho, rompió con el constitucionalismo español anterior, pese a su mayor afinidad con el «progresista», sobre todo con la Constitución de 1869. La ruptura de la Constitución de 1931 respecto del constitucionalismo anterior se concreta en que transformó de manera radical el Estado heredado del siglo XIX, al convertirlo, por vez primera en nuestra historia, en un Estado, no solo de Derecho, sino también democrático y social, además de transformarlo en un Estado «integral», esto es, compatible con las

autonomías regionales, y de sustituir una jefatura de Estado monárquica, por tanto hereditaria y vitalicia, por otra republicana. Cosa esta última que ya se había intentado en 1873, pero con muy escaso éxito. En realidad, la Constitución española de 1931 fue una verdadera Constitución de vanguardia. Un brillante ejemplo, aunque con no pocos defectos técnicos y graves yerros políticos, de las constituciones que surgieron después de la Primera Guerra Mundial, sobre todo la alemana de 1919 y la austriaca de 1920, en cuyo alumbramiento habían jugado un descolante papel Hugo Preuss y Hans Kelsen, respectivamente (Varela Suanzes-Carpegna, 1997, pp. 149-169).

Pero más que examinar el contenido de esta Constitución, lo que ahora interesa poner de relieve es la nueva forma jurídica que esta reviste, pues en ella se hace patente un nuevo concepto de constitución, bien distinto, incluso opuesto, al que había alumbrado el liberalismo moderado y conservador desde Jovellanos a Cánovas. Ya no cabe hablar ahora de Constitución *histórica* o *interna*, ni de una *tercera Constitución* sobrepuesta al texto constitucional. La Constitución se agota en ese texto, que se concibe como la norma suprema. Los constituyentes de 1931, en efecto, situaron al texto constitucional, y no a la ley, en la cúspide del ordenamiento jurídico y articularon por vez primera en España una auténtica jurisdicción constitucional (que con anterioridad solo había esbozado el proyecto de 1873), de acuerdo con lo que establecía el nuevo constitucionalismo europeo y, muy en particular, la Constitución austriaca de 1920 y la checoslovaca del mismo año. A este respecto, el artículo 121 de la Constitución de 1931 atribuía al Tribunal de Garantías Constitucionales jurisdicción en todo el territorio de la República para conocer del «recurso de inconstitucionalidad de las leyes», mientras su artículo 100 señalaba que «cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales». Quedaban configurados, así, tanto el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad como el indirecto o incidental, a partir de los cuales el Tribunal de Garantías actuaba como un *legislador negativo*, según había caracterizado a este tipo de órganos Hans Kelsen, un jurista cuyo influjo se detecta de modo muy particular en la obra de Luis Recasens Siches, por ejemplo, en su opúsculo *El poder constituyente* (1931). De este modo, se reforzaba jurídicamente todo el texto constitucional —incluidos, por supuesto, los derechos que este reconocía— frente a la ley y, por tanto, frente al Parlamento, lo que suponía llevar hasta sus últimas consecuencias el *telos* primordial del Estado del Derecho: la subordinación de todos los poderes públicos a normas jurídicas.

Esta nueva realidad constitucional no pasó inadvertida a los iuspublicistas españoles. En noviembre de 1931, cuando aun no estaba aprobada la

Constitución, Niceto Alcalá-Zamora señalaba en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, de la que era presidente, que la Constitución en ciernes se erigía «en superley, base e inspiración de las otras», afectando a todo el ordenamiento jurídico, lo que en el plano de la ciencia del Derecho suponía «la penetración del derecho constitucional en nuevas zonas o demarcaciones del campo jurídico» (Alcalá Zamora, 1979, pp. 552; 574). Por su parte, el ya anciano Posada, en *La crisis del Estado y el Derecho Político* (1934), recordaba que el nuevo constitucionalismo nacido de la Gran Guerra no solo se caracterizaba por su contenido social y democrático, sino también por la dimensión normativa de la propia Constitución. Pero si Alcalá-Zamora dedicó dos excelentes trabajos a examinar —con tanta finura jurídica como sensatez política— la Constitución de 1931, titulados *Tres años de experiencia constitucional* (1935) y *Los defectos de la Constitución de 1931* (1936) (Alcalá Zamora, 1981), Posada mostró en la quinta edición de su *Tratado de Derecho Político* (1935) el mismo desinterés hacia el análisis jurídico de la Constitución de 1931 que el que había mostrado hacia la de 1876. Lo que no fue óbice para que le dedicara a aquella una monografía en francés al año siguiente: *La nouvelle Constitution espagnole (Le régime constitutionnel en Espagne. Evolution. Textes. Commentaires)* (1932), donde estudiaba el nuevo texto en el marco de la historia constitucional española.

Tampoco Fernando de los Ríos insistió durante esta época en el valor normativo de la Constitución. En rigor, de los Ríos no distingue con claridad entre la democracia constitucional y la democracia legislativa, y asigna a la ley, en lugar de a la Constitución, la función de articular el Estado de derecho y el principio democrático (Balaguer Callejón, 2000, pp. 79-80; 83).

La incapacidad para concebir en términos estrictamente jurídicos la Constitución y, a partir de esa concepción normativa, articular el derecho constitucional en el seno de la ciencia del Derecho, se percibe también en la obra de Carlos Ruiz del Castillo, en la que es patente el influjo de Maurice Hauriou, así como en Nicolás Pérez Serrano, director de la influyente *Revista de Derecho Público* (1932-1936), incapaz de superar el concepto sociológico de Constitución y la naturaleza miscelánea del derecho político, legados por su maestro Adolfo Posada y de honda raigambre en la tratadística española del XIX. Y lo mismo puede decirse de otros jóvenes constitucionalistas españoles de la época, en los que es bien patente el influjo de las corrientes antipositivistas alemanas, muy críticas sobre todo con Kelsen. Entre estos jóvenes se percibe la influencia de Rudolf Smend, cuyo conocimiento es manifiesto en el libro de Eduardo Llorens *La autonomía en la integración política* (1932); la de Carl Schmitt, cuya *Verfassungslehre* tradujo Francisco Ayala en 1934; y la de Hermann Heller, muerto en el Madrid de 1933, huyendo del nazismo. El influjo de estos tres autores alemanes

se percibe también en la obra, en este caso posterior, de Manuel García Pelayo y de Javier Conde.

Pero, más allá de estas concepciones académicas, en el debate de las Constituyentes se puso de relieve que el concepto de Constitución que manejaron los más influyentes miembros de esas Cortes seguía más apegado al jacobinismo que al liberalismo democrático, pese a lo que señalaba el texto de la nueva Norma Fundamental, sobre todo al establecer una jurisdicción constitucional que servía de límite a la acción del legislador. La Constitución, en efecto, se concebía como un instrumento destinado únicamente a plasmar la voluntad de una mayoría parlamentaria y no el acuerdo o el consenso entre todas las minorías del Parlamento. Ya en el discurso de presentación del proyecto de Constitución, pronunciado el 27 de agosto de 1931, Jiménez de Asúa no dudó en calificar a este texto como una «Constitución de izquierda», «para que no nos digan que hemos defraudado las ansias del pueblo» (Sevilla Andrés, 1969, vol. II, p. 213). El concepto jacobino de Constitución que se desprendía del discurso de Jiménez de Asúa lo defendería de forma explícita Manuel Azaña en los debates constituyentes:

[...] si yo perteneciese a un partido que tuviera en esta Cámara la mitad más uno de los Diputados...en ningún momento...habría vacilado en echar sobre la votación el peso de mi partido para sacar una Constitución hecha a su imagen y semejanza, porque a esto me autorizaría el sufragio y el rigor del sistema de mayorías...por desgracia no existe ese partido hipotético con que yo sueño, ni ningún otro que esté en condiciones de ejercer aquí la ley rigurosa de las mayorías[...] (Azaña, 2004, p. 123).

Si una parte no pequeña de la sociedad española, apoyada por la Iglesia Católica, pronto se distanció de la Constitución republicana, otra parte políticamente antagónica, representada por el potente movimiento anarquista, por los socialistas de izquierda y por los entonces minúsculos partidos comunistas, consideraron insuficiente la democracia liberal y social que esa Constitución establecía, tachada de «formal» o «burguesa». La Constitución de 1931, en realidad, encarnaba tan solo las aspiraciones políticas de la burguesía más radical y del movimiento obrero más reformista, sobre los que sustentó a lo largo de seis años la labor regeneradora de la II República. No bastó este apoyo para sostenerla. La izquierda revolucionaria no dudó en quebrantarla en octubre de 1934 y la derecha antidemocrática no vaciló en hacer lo mismo, primero en agosto de 1932 y luego, con fatales consecuencias, el 18 de julio de 1936.

5. LEYES FUNDAMENTALES VERSUS CONSTITUCIÓN DURANTE EL FRANQUISMO

¿Tuvo el franquismo Constitución? Es evidente que si se entiende por tal una norma escrita aprobada por un Parlamento constituyente en nombre del pueblo o de la nación, con el objeto de regular los poderes del Estado y de reconocer y garantizar los derechos individuales, el franquismo no tuvo Constitución. Lo que tuvo el franquismo fue un conjunto de Leyes Fundamentales —siete— que fueron aprobándose a lo largo de casi treinta años, desde el Fuero del Trabajo (1938) hasta la Ley Orgánica del Estado (1967), pasando por la Ley de Cortes (1942), el Fuero de los Españoles (1945), la Ley de Referéndum (1945), la Ley de sucesión a la Jefatura del Estado (1947) y la Ley de Principios del Movimiento Nacional (1958). Siete leyes que regulaban el poder público y los derechos y deberes de los españoles desde unos esquemas ajenos, más bien contrarios, al constitucionalismo liberal y liberal-democrático, donde el concepto de Constitución tiene su cabal asiento desde el último tercio del siglo XVIII.

De hecho, los propios teóricos del franquismo negaron al principio el carácter *constitucional* al régimen de Franco, por las connotaciones liberales —para ellos execrables— que ese término seguía teniendo. Algo parecido a lo que había ocurrido en la España de Fernando VII. Como en esta, los apologetas del *Estado Nuevo* prefirieron rescatar el término tradicional y arcaizante de *Ley Fundamental*, caro al carlismo —una de las fuentes doctrinales del Régimen— y en general al tradicionalismo católico. Esta expresión aparece por vez primera en un texto normativo de 1943, el Reglamento provisional de las Cortes, que creó una Comisión de Leyes Fundamentales. Más tarde, la Ley del 17 de julio de 1945 aprobaba el Fuero de los Españoles (otro término arcaizante) con carácter de Ley Fundamental, mientras que la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, de 1947, formalizaba la existencia de Leyes Fundamentales, las enumeraba y les atribuía un rango singular, del que luego se hablará. Digamos ahora que cada una de estas Leyes Fundamentales se aprobó a través de un procedimiento diferente: el Fuero del Trabajo mediante un Decreto; la Ley de Cortes emanó del jefe de Estado; en la elaboración del Fuero de los Españoles intervinieron las Cortes; la Ley de Referéndum la dictó el jefe del Estado; la Ley de Sucesión se elaboró con la intervención de las Cortes y se sometió luego a referéndum; la Ley de Principios del Movimiento Nacional la promulgó el jefe de Estado ante las Cortes y se sometió más tarde a referéndum; la Ley Orgánica del Estado fue leída ante las Cortes y refrendada también posteriormente por el cuerpo electoral.

Pero la dispersión y el distinto procedimiento con que se aprobaron las siete Leyes Fundamentales no impidieron que dos años después de aprobarse la

Ley Orgánica del Estado —que, según su preámbulo, venía a «perfeccionar y encuadrar en un armónico sistema las instituciones del Régimen», para lo que reformaba incluso las Leyes Fundamentales anteriores— Rodrigo Fernández Carvajal, en el estudio más sólido dedicado al ordenamiento jurídico franquista, no dudase en llamar *Constitución Española* al entramado normativo resultante de esas Leyes (Fernández Carvajal, 1969). Una denominación que aceptará, en 1973, el equipo de constitucionalistas coordinado por Jorge de Esteban en un optimista informe, titulado de forma muy expresiva «Desarrollo Político y Constitución Española», destinado a «analizar las *posibilidades jurídicas* de liberalización y democratización de las actuales Leyes Constitucionales» (Esteban *et al.*, 1973, p. 39). Años más tarde, Tomás Villaroya seguirá considerando acertada esa denominación, pues, al margen de la valoración política que mereciese esa legalidad constitucional, en las Leyes Fundamentales del franquismo podían identificarse las partes que tradicionalmente componen el contenido de una Constitución: un preámbulo en el que se expone la filosofía política del edificio constitucional, que se encontraba en la Ley de Principios del Movimiento Nacional (1958); una parte dogmática en la que se declaran derechos y deberes, que se encontraba en el Fuero del Trabajo (1938) y en el Fuero de los Españoles (1945); y, en fin, una parte orgánica, en la que se recogen las otras cuatro Leyes Fundamentales (Tomás Villaroya, 1985, p. 145).

¿Qué lugar ocupaban las Leyes Fundamentales en el ordenamiento jurídico franquista? En primer lugar, la llamada *Constitución Española* era muy rígida y además contenía unas cláusulas de intangibilidad. Así, en efecto, los artículos 10 y 15 de la Ley de Sucesión disponían que para modificar o derogar las Leyes Fundamentales era preciso el acuerdo de las Cortes, mediante una mayoría cualificada, y el referéndum de la nación, mientras que la Ley de Principios del Movimiento Nacional señalaba en su artículo primero que estos principios eran «permanentes e inalterables». Por su parte, la Ley Orgánica del Estado señalaba en su artículo tercero que todos los fines del Estado debían cumplirse bajo la más estricta fidelidad a los Principios del Movimiento Nacional, que volvía a calificar de «permanentes e inalterables». Pero, además, la LOE creaba en su último Título, el X, el llamado «recurso de contrafuero», un remedo del recurso de inconstitucionalidad, que regulaba con más detalle la ley de 8 de abril de 1968 y que con alguna notable excepción, como la de Sánchez Agesta, fue acogida con mucho escepticismo por la mayor parte de los iuspublicistas españoles, como Clavero Arévalo y Gumersindo Trujillo (Esteban *et al.*, 1973, pp. 455-457). Según el artículo 59 de la LOE era contrafuero «todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino». Para impugnar por contrafuero estos

actos o disposiciones normativas, la LOE articulaba un complejo procedimiento, nunca llevado a la práctica, en el que participaban el Consejo Nacional del Movimiento, la Comisión Permanente de las Cortes, el Consejo del Reino, el Tribunal Supremo, el Consejo de Estado, y el jefe del Estado, que podía concluir con la anulación por contrafuero del acto o disposición normativa impugnados.

Por último —pero acaso lo más importante— conviene poner de relieve que por encima de las siete Leyes Fundamentales permanecían en vigor las leyes del 30 de enero de 1938 y del 8 de agosto de 1939, cuyos artículos 17 y 7, respectivamente, atribuían a Franco la «suprema potestad de dictar normas jurídicas con carácter general». Ambos preceptos permanecieron en vigor durante la vida del *Caudillo*, como señalaban de forma expresa el preámbulo de la Ley de Cortes y la Disposición transitoria Primera de la Ley Orgánica del Estado. En rigor, no es en absoluto infundado sostener, como en su día sostuvieron varios autores, que en esas dos leyes se hallaba la verdadera Constitución del Régimen (Esteban y López Guerra, 1977, p. 72).

6. 1978: LA CONSTITUCIÓN DEL CONSENSO

La Ley para la Reforma Política fue la última Ley Fundamental del franquismo, pero por su contenido puede considerarse la primera de la democracia. Diseñada en buena medida por Torcuato Fernández Miranda, la hizo suya el Gobierno de Adolfo Suárez, nombrado por el Rey en julio de 1976, quien la sometió a referéndum el 15 de diciembre de ese año. La oposición democrática propugnó la abstención y la derecha antidemocrática el voto negativo. Ambas fueron derrotadas. La participación alcanzó el 77% del electorado y solo un 1,97% votó en contra, mientras el 72,38% lo hizo de forma afirmativa. Con estos datos, la transición de la dictadura a la democracia no podía hacerse rompiendo con el orden jurídico anterior, como había ocurrido en 1931 y como venía preconizando la mayor parte de la oposición, lo que hubiese requerido formar un gobierno provisional y convocar unas Cortes Constituyentes, sino mediante la reforma de la legalidad franquista. Una reforma que acometieron las Cortes elegidas el 15 de junio de 1977, durante las primeras elecciones democráticas que hubo en España desde el 16 de febrero de 1936.

Si estas últimas habían dado la victoria al Frente Popular, de las de 1977 salió ganadora la Unión de Centro Democrático (UCD), el partido que respaldaba a Adolfo Suárez. El Partido Socialista Obrero Español (PSOE), primer partido de la oposición, exigió que el proyecto constitucional no fuese elaborado por una comisión designada por el gobierno, sino por las Cortes. La aceptación de esta exigencia obligó a que el proceso constituyente se hiciese por *consenso*

—la palabra clave— y determinó en gran parte que su resultado fuese una Constitución transaccional, pactada por todos los grupos con representación parlamentaria (Rubio Llorente, 1977, pp. 21-22).

De acuerdo con este espíritu transaccional —en el que sin duda pesó el recuerdo de la Guerra Civil, cuya sombra planeó a lo largo de toda la Transición— se nombró por unanimidad en el seno del Congreso de los Diputados una Comisión Constitucional, que a su vez eligió una Ponencia, a la que se encargó la redacción del proyecto de Constitución. Componían esta Ponencia siete miembros, que representaban a los principales partidos políticos con representación parlamentaria: la propia UCD, Alianza Popular (AP), el PSOE, el Partido Comunista de España (PCE), el Partit Democràtic de Catalunya (PDC, que más tarde cambiaría su nombre por el de Convergència i Unió) y el Partido Nacionalista Vasco (PNV), unidos estos dos últimos partidos en el Congreso de los Diputados en un mismo grupo parlamentario: la Minoría Catalana y Vasca. Estos siete miembros, llamados más tarde *Padres de la Constitución*, eran: Gabriel Cisneros, Miguel Herrero y José Pedro Pérez Llorca, por la UCD; Gregorio Peces-Barba, por el PSOE; Manuel Fraga, por AP; Jordi Solé, por el PCE; y Miquel Roca, por el PDC y el PNV.

El texto elaborado por la Ponencia se aprobó primero en el Congreso y luego en Senado (tanto en sus respectivas Comisiones Constitucionales como en sus Plenos) y a continuación se sometió al dictamen de una Comisión Mixta formada por representantes de ambas cámaras y encargada de resolver las diferencias entre los textos presentados por cada una de ellas. El texto definitivo se sometió el 31 de octubre de 1978 al voto final de ambas cámaras en sesiones simultáneas, en donde fue aprobado por abrumadora mayoría. Solo votó en contra la extrema derecha y la extrema izquierda (que sumadas no alcanzaron más que seis votos en el Congreso y cinco en el Senado), aunque con la abstención de los diputados y senadores del PNV. El proyecto constitucional se sometió finalmente a referéndum el 6 de diciembre de ese año. Con una participación del 67,11%, votaron a favor del texto constitucional el 87,78 % de los votantes y en contra el 7,83%. No obstante, en el conjunto de las tres provincias vascas, aunque los votos afirmativos superaron con mucho a los negativos (69,1% frente al 23,50%), casi la mitad de los electores se abstuvo, de acuerdo buena parte de ellos —aunque no todos, desde luego— con el llamamiento a favor de la abstención que hizo el PNV —con el que este partido quiso expresar su insatisfacción con el texto constitucional, a pesar de que este texto garantizaba al País Vasco un grado de autogobierno nunca reconocido en su historia—. El 28 de diciembre el Rey promulgó la nueva Constitución. Al día siguiente se publicó en todas las lenguas de España y ese mismo día entró en vigor.

La elaboración de este texto duró, pues, año y medio. Lo dilatado de este proceso se debió en gran parte a que en él participaron las dos cámaras previstas en la Ley para la Reforma Política, pero también al incansable deseo de buscar siempre el acuerdo en las cuestiones más conflictivas, como la organización territorial del Estado, sin duda el asunto más difícil de resolver en 1931, en 1978 y, por desgracia, todavía hoy. La búsqueda del consenso no se hizo solo, ni muchas veces de forma principal, en el seno del Parlamento (ni siquiera en el de la Ponencia Constitucional), sino en innumerables reuniones informales entre los más influyentes representantes de los partidos políticos con representación parlamentaria —verdaderos protagonistas de la transición y del proceso constitucional—, sobremanera de la UCD y del PSOE, que agrupaban a casi el 70% del electorado. Dos de sus más influyentes representantes, Fernando Abril Martorell, a la sazón Vicepresidente del Gobierno, y el socialista Alfonso Guerra, desempeñaron un papel decisivo en el consenso constitucional. En cualquier caso, desde un punto de vista político, la Constitución de 1978 es el resultado de un amplio pacto entre la derecha (UCD y PP) y la izquierda (PSOE y PC), así como entre estos cuatro partidos políticos de ámbito español y los nacionalistas catalanes y vascos, pese a que el PNV no formó parte como tal de la Ponencia Constitucional, según queda dicho. Este pacto hizo posible la elaboración de un texto constitucional que si bien se hizo de acuerdo con la legalidad anterior, supuso una revisión total de esa legalidad y, en rigor, una ruptura con los principios y valores en los que había descansado a lo largo de casi cuarenta años esa legalidad, que la nueva Constitución, por otra parte, deroga expresamente, incluida la Ley para la Reforma Política (Varela Suanzes-Carpegna, 2003).

El carácter consensuado de la Constitución de 1978 se manifiesta, en primer lugar, en el eclecticismo con que se regularon algunas cuestiones que dividieron a los españoles a lo largo de su historia constitucional, sobre todo en el siglo XX, como la forma de la jefatura del Estado, la definición de España, la regulación de la libertad religiosa y el modelo económico. Se establece, en efecto, una monarquía, pero se excluye al monarca de la dirección política del Estado; se proclama la unidad indivisible de la «nación» española, pero se garantiza la autonomía de las «nacionalidades y regiones» que la integran; se postula la aconfesionalidad del Estado, pero se afirma que este mantendrá relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y con las demás confesiones religiosas; se recogen los institutos de la economía de mercado, pero también algunos instrumentos claves del Estado social. En segundo lugar, la naturaleza transaccional de la Constitución se manifiesta en la redacción deliberadamente ambigua de algunos asuntos, como la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, el reconocimiento de la propiedad privada y la regulación del derecho a la educación y a la libertad

de enseñanza. Por último, el carácter pactado de la Constitución de 1978 se manifiesta en las constantes remisiones al legislador ordinario para que este regule, mediante ley orgánica, la organización del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y de otros órganos del Estado; o bien delimite, mediante los Estatutos de Autonomía, la propia distribución territorial del poder, pues la Constitución, en virtud del llamado «principio dispositivo», renuncia, muy prudentemente, a establecer un acabado mapa autonómico de España, limitándose a reconocer y garantizar la autonomía de las nacionalidades y regiones, lo que supuso en buena medida «desconstitucionalizar la forma territorial del Estado» (Cruz Villalón, 1982).

Esta triple característica de la Constitución —ecléctica, a veces ambigua e inacabada— fruto de su carácter consensuado, la convierte en una auténtica Constitución *abierta*, que no confunde el orden constitucional con el programa político de un partido. Para decirlo con los términos que empleó Ignacio de Otto, al separar lo constitucionalmente lícito y lo políticamente posible, la Constitución de 1978 no es «la simple formalización de un régimen, de una *actio* concreta», sino, por el contrario «una auténtica *constitutio*, en la que son posibles varios regímenes» (Otto, 1987, pp. 46-48), cuya puesta en práctica depende, en último término, de la orientación del electorado.

Pero si la Constitución de 1978 es la Constitución del consenso, cosa que ciertamente no pudo decirse de la de 1931 (Álvarez Tardío, 2005), conviene insistir en que de esta recoge su carácter de norma jurídica suprema, de eficacia inmediata para todos los poderes públicos, incluido el legislativo. Un carácter en el que insistió tempranamente la doctrina iuspublicista española (Rubio Llorrente, 1979, pp. 523 y ss.; García de Enterría, 1981; Otto, 1987, pp. 24 y ss.) y que subrayó el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias, como por ejemplo en la 16/1982 del 28 de abril, en la que se insistía en que

[...] la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sea objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrante del Poder Judicial, están sujetos a ella.

Desde su aprobación hasta la actualidad, la Constitución española sufrió una primera reforma en 1992, con el objeto de acomodar su artículo 13.2 al Tratado de Maastricht, que exigía a los países miembros de la Unión Europea el reconocimiento de la capacidad electoral pasiva —y no solo activa— a todos los ciudadanos de esa Unión que residiesen en otros países miembros de ella. Fue

una reforma que se hizo por el procedimiento del artículo 167, sin referéndum. Un segundo proceso reformista se ha abierto tras las elecciones generales del 14 de marzo de 2004, que dieron la victoria al PSOE. En la sesión de investidura, que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados en abril de ese año, el Presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, anunció su intención de proponer durante esta Legislatura la reforma de la Constitución Española con un cuádruple objeto: mencionar en el texto constitucional el nombre de las comunidades autónomas; hacer una expresa referencia a la Constitución Europea, en estos momentos pendiente de ratificación; transformar el Senado en una verdadera cámara de representación territorial; y equiparar al varón y a la mujer en la sucesión en la Corona. No obstante, las posibilidades de que la reforma constitucional se lleve a cabo en la actual legislatura son muy escasas, pues para que esto ocurra se necesita, a tenor de las mayorías parlamentarias exigidas por los artículos 167 y 168 de la Norma Fundamental, el acuerdo de los dos grandes partidos nacionales: el PSOE y el PP. Un acuerdo al que este último partido no está dispuesto, sobre todo después de la aprobación por el Parlamento catalán, con el voto en contra del PP, de un *nou estatut* de Autonomía, algunos de cuyos preceptos chocan frontalmente con lo dispuesto en la Constitución de 1978.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcalá-Zamora, Niceto (1979). *Discursos*. Prólogo de Manuel Tuñón de Lara. Madrid: Tecnos.
- Alcalá Zamora, Niceto (1981). *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*. Madrid: Civitas.
- Álvarez Tardío, Manuel (2005). *El camino a la democracia en España (1931-1978)*. Madrid: Gota a Gota.
- Artola, Miguel (1977). *Partidos y programas políticos, 1808-1936*. Vol. 1. Madrid: Aguilar.
- Azaña, Manuel (2004). *Discursos Políticos*. Edición y prólogo de Santos Juliá. Barcelona: Crítica.
- Balguer Callejón, Francisco (2000). Un constitucionalista del período de entreguerras. El pensamiento constitucional de Fernando de los Ríos. En Gregorio Cámara Villar (coord.), *Fernando de los Ríos y su tiempo*. Granada: Universidad de Granada.

- Cruz Villalón, Pedro (1982). La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 4.
- Esteban, Jorge de *et al.* (1973). *Desarrollo Político y Constitución Española*. Barcelona: Ariel.
- Esteban, Jorge de y Luis López Guerra (1977). *La crisis del Estado franquista*. Barcelona: Labor.
- Fernández Carvajal, Rodrigo (1969). *La Constitución Española*. Madrid: Editora Nacional.
- García Canales, Mariano (1980). *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*. Madrid: CEC.
- García de Enterría, Eduardo (1981). *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- García Nieto, Ma del Carmen, Javier M Donezar y L. López Puerta (1973). La Dictadura, 1923-1930. *Bases Documentales de la España Contemporánea*, 7. Madrid: Guadiana de Publicaciones.
- González Posada, Adolfo (1930). *El Régimen constitucional (Esencia y forma. Principios y técnica)*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Otto, Ignacio de (1985). La Constitución abierta. *Revista de Occidente* 54.
- Otto, Ignacio de (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Ríos, Fernando de los (1974). *Escritos sobre democracia y socialismo*. Edición y Estudio Preliminar de Virgilio Zapatero. Madrid: Taurus.
- Rubio Llorente, Francisco (1981). *La Constitución española y las fuentes del derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Rubio Llorente, Francisco (1997). El proceso constituyente en España. En *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Segunda edición. Madrid: CEC.
- Sánchez Agesta, Luis (1984). *Historia del Constitucionalismo Español*. Madrid: CEC.
- Sevilla Andrés, Diego (1969). *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*. Vol II. Madrid: Editora Nacional, pp. 139-198.
- Tomás Villaroya, Joaquín (1985). *Breve Historia del Constitucionalismo Español*. Cuarta edición. Madrid: CEC.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (1994). La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845. *Revista de Derecho Político*, 39, pp. 45-79.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (1995). La Constitución Española de 1931. Reflexiones sobre una Constitución de vanguardia. En José Manuel Cuenca

- Toribio (coord.), *Niceto Alcalá Zamora y su época*. Priego de Córdoba: Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (1999). ¿Qué ocurrió con la ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo XIX? *Boletín de la Facultad de Derecho*, 14, pp. 93-168.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (2001). El Derecho Político en Adolfo Posada. En Raúl Morodo Leoncio y Pedro de Vega (coords.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*. Tomo I. México D.F./ Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México / Universidad Complutense, pp. 555-580.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (2003). La Constitución española de 1978 en la historia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69, pp. 42-46. También en Varela Suanzes Carpegna (2007). *Política y Constitución en España (1808-1978)*.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (2006). El Derecho Político en Adolfo Posada. En *Asturianos en la Política Española (pensamiento y acción)*. Oviedo: KRK.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (2007). *Política y Constitución en España (1808-1978)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEC).
- Vallés Valles i Casadevall, Josep M^a (1977). Un proceso constituyente especial: la génesis de la Constitución de 1876. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, pp. 27-50.