

# EL DERECHO COMPARADO Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. LA RECEPCIÓN Y «EXPORTACIÓN» DE MODELOS

Por LUCIO PEGORARO\*

1. LAS FINALIDADES ACCESORIAS DEL DERECHO COMPARADO: LA AYUDA DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL.—2. EL «FORMANTE» DOCTRINAL: EL CIERRE DEL PERÍODO FRANQUISTA Y LA APERTURA A LAS EXPERIENCIAS EXTRANJERAS.—3. RECEPCIONES INCORPORADAS AL TEXTO CONSTITUCIONAL: PREMISA.—4. LA ESTRUCTURA GENERAL: LAS REFERENCIAS A LA LIBERAL-DEMOCRACIA Y AL ESTADO SOCIAL.—5. DERECHOS Y LIBERTADES: ALGUNOS EJEMPLOS DE RECEPCIÓN DE MODELOS.—6. LAS FUENTES DEL DERECHO.—7. FORMA POLÍTICA Y FORMA DE GOBIERNO.—8. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO.—9. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER.—10. EL SISTEMA DE LAS GARANTÍAS.—11. LA EVOLUCIÓN DEL ORDINAMIENTO ESPAÑOL Y SU FUNCIÓN COMO MODELO.—12. CONCLUSIONES.

## 1. LAS FINALIDADES ACCESORIAS DEL DERECHO COMPARADO: LA AYUDA DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL

Si la finalidad principal del Derecho público comparado es aquella de organizar de forma sistemática el conocimiento en sectores específicos, su misión no termina en la investigación pura, con meros fines especulativos. Como en otras ramas del saber humano, el resultado de la investigación puede ser utilizado también a nivel práctico. Por ésta razón, precisamente, se usa entre los comparatistas, hablar de funciones «subsidiarias», «auxiliares», o «prácticas» de la comparación<sup>1</sup>.

\* Catedrático de Derecho público comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. Ha publicado monografías sobre la V República Francesa (1983), las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento italianos (1988), las leyes orgánicas (1990), los estatutos de los entes locales (1993) y la justicia constitucional comparada (2000), entre otras muchas. Dirige dos colecciones de estudios de Derecho comparado.

<sup>1</sup> Sobre el tema cfr. actualmente L. PEGORARO y A. RINELLA, *Introduzione al Diritto pub-*

Evitando tomar en consideración otras de las funciones individuadas por parte de los estudiosos<sup>2</sup>, recordamos que, ante todo, los resultados de los estudios comparados son más que útiles, indispensables en la fase de elaboración normativa<sup>3</sup>. En ausencia de la labor del comparatista, que no se limita a estudiar un sistema jurídico extranjero, sino que además analiza otra serie de elementos —experiencia histórica, existencia de bases jurídicas, culturales, políticas, sociales comunes, condiciones para la recepción, etc.— la actividad normativa fruto de las experiencias extranjeras puede conducir a resultados desconcertantes<sup>4</sup>.

Sobre el plano normativo más elevado —aquel que nos interesa— la preparación y la modificación de textos constitucionales requiere una elaborada sensibilidad comparadora.

---

*blico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padua, 2002, pp. 86 ss., y ya en su momento DE G. VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 5.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padoa, 1999, pp. 5 ss.

<sup>2</sup> Por ejemplo aquella de la ayuda para la interpretación o para la uniformación de los textos normativos. Cfr. las obras apenas citadas en la nota precedente, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Por esta razón, en todas las Asambleas parlamentarias (como en los órganos ejecutivos, y a menudo en las asambleas de los entes territoriales intermedios e incluso menores) existen oficinas especializadas en el estudio de los derechos extranjeros y raramente un proyecto de ley viene redactado sin tener en cuenta las experiencias maduradas en otros lugares. En muchas ocasiones tales oficinas preparan para uso de los parlamentarios *dossier* específicos que contienen los textos normativos de referencia, a veces dotados de comentarios o de prefacios ilustrativos. Sólidos conocimientos comparados son necesarios para entender las afinidades y las diferencias, para evitar importaciones ineficaces o, peor aún, dañinas, para comprender si el «caldo de cultivo» del ordenamiento receptor de una normativa extranjera es fecundo o estéril.

El fenómeno no se limita sólo a las leyes. En una época caracterizada por la decadencia de los Parlamentos como lugar de elaboración de los textos normativos, en ventaja de los órganos ejecutivos, también la producción sub-primaria debe hacer cuentas con el Derecho comparado: no solamente en la construcción de técnicas de deslegalización y de control de la misma, sino también, en la elaboración de la disciplina sustancial. (Basta pensar en la normativa reglamentaria en materia de la organización de las oficinas de la Administración pública, del procedimiento administrativo, de la estructura de los poderes de las agencias y autoridades independientes, etc.)

<sup>4</sup> Recordamos a modo de ejemplo, la introducción de la moción de censura constructiva del ordenamiento local italiano con la finalidad de dar una mayor estabilidad a los ejecutivos locales, pero con la ausencia de las condiciones que en Alemania permiten a tal instituto funcionar correctamente: bipartidismo sustancial, con un pequeño tercer partido que puede resultar el fiel de la balanza; posibilidad para el Gobierno de guiar al Parlamento de una posición de minoría; previsión del «estado de emergencia legislativa» para afrontar las crisis. Todas estas condiciones faltaban en Italia y además, recordamos que antes de la reforma el instituto de la moción de censura ni siquiera existía, todas las crisis eran determinadas entonces por renunciaciones voluntarias, que en la gran mayoría de los casos eran imputables a litigios internos en las coaliciones de gobierno. El resultado debido a la ausencia de comparación, a su uso meramente político o propagandístico de la misma, ha sido el fracaso total de la moción de censura constructiva: los ejecutivos han continuado la práctica de las renunciaciones voluntarias, incluso pocos días después de la innovación legislativa, que al cabo de solo tres años ha sido superada por una nueva ley sobre la elección directa del alcalde, que ponía fin completamente al problema.

Con la llegada de nuevas ondas de constitucionalismo, en primer término, en el Continente europeo hacia los años 70 (Constituciones griega, sueca, portuguesa, española...), después en América latina y en Europa del Este entre los años 80 y 90, se ha asistido a un intercambio intenso de experiencias y de conocimientos (en una primera fase en gran parte unidireccional), revelada útil para el *draft* de nuevos textos constitucionales en ordenamientos que están apenas superando decenios de dictadura. El estudio de las Constituciones occidentales así como han sido escritas en el papel no podía revelarse fructífero para los *framers*, de no estar acompañado por las advertencias de los comparatistas sobre la idoneidad de los distintos institutos que se pretendan adoptar, sobre la importancia del derecho autóctono sedimentario (en otras palabras, de los llamados «critto-tipi<sup>5</sup>») que condiciona el derecho vivo, a los factores —no solamente jurídicos— necesarios para el correcto funcionamiento de un determinado instituto jurídico.

Precisamente, en la construcción de nuevas estructuras constitucionales es más productiva la circulación de ideas, de principios y de valores comunes, relacionados con la forma de Estado (en cuanto tiene que ver con las libertades de organización de las relaciones entre centro y periferia), la forma de gobierno, el sistema de fuentes y la estructura organizativa. Y es en este nivel que los fenómenos de imitación están más acentuados, sea bien por decisiones conscientes operadas por parte de los constituyentes, o bien por la acción, en parte coercitiva, ejercida por los Estados que participan ya del *club* de las democracias liberales, los cuales, a su vez, dictan algunas condiciones para tal recepción en otros organismos, así como sucede en sede de la Unión europea, la NATO, etc.<sup>6</sup>

## 2. EL «FORMANTE» DOCTRINAL: EL CIERRE DEL PERÍODO FRANQUISTA Y LA APERTURA A LAS EXPERIENCIAS EXTRANJERAS

La experiencia de la vigente Constitución española es emblemática con relación a la temática apenas mencionada en el § 1. Además, la misma reafirma la estrecha conexión que existe entre «formantes» doctrinales, normativos y jurisprudenciales<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> En Italiano hace referencia a los elementos estructurales que conforman la concepción misma del derecho por fuera de la norma positiva.

<sup>6</sup> Sobre las diferentes tipologías de recepción, L. PEGORARO y A. RINELLA, *Introduzione al Diritto pubblico comparato*, cit., pp. 62 ss.

<sup>7</sup> La expresión «formantes» señala, según R. SACCO, «Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law», in *Am. Journ. Comp. Law*, 1991, vol. 39, pp. 343 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Turín, 1992, pp. 43 ss., los diferentes conjuntos de reglas y preposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a crear el orden jurídico del grupo.

Al letargo cultural que frecuentemente distingue los períodos de dictadura, naturalmente, no se pone remedio con el trabajo de pocos días, como atestiguan, por ejemplo, el estado de la investigación jurídica en los países de Europa centro-oriental y de la ex U.R.S.S., cuyos autores, después de setenta o cincuenta años de aislamiento, miran a menudo, todavía hoy, a los modelos liberales prebélicos, o a las experiencias autóctonas pre-comunistas, ni tan siquiera a sabiendas pueden liberarse de los residuos del antiguo régimen, quedando condicionadas de sus «crittotipi»<sup>8</sup>. Es bien conocido, en efecto, que el cierre también intelectual operado en los regímenes autoritarios no favorece y menos incentiva las investigaciones sobre los ordenamientos jurídicos liberales<sup>9</sup>; así las cosas, la producción científica corre el peligro de quedarse asfixiada y provincial, sobretodo si, dadas las ineludibles relaciones que se instauran entre investigación y didáctica, los cursos universitarios no prevén algún curso comparado (lo que frecuentemente ocurre en los ordenamientos de los cuales hablamos)<sup>10</sup>. A decir verdad, no habían faltado también durante el franquismo, época en la cual la Universidad era constreñida al estudio y a la enseñanza del «Derecho político», poderosos estudios de teoría general del Derecho<sup>11</sup>, y también investigaciones sobre Derechos extranjeros y algunos estudios comparados, como no faltaban tampoco en Italia durante el período fascista<sup>12</sup>. Pero ha sido

<sup>8</sup> Se remite a la nota de traducción precedente.

<sup>9</sup> Recuerda L. MARTÍN RETORTILLO, «Gli enti locali territoriali», en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, ed. A. Forni, Reggio Emilia, 1978, pp. 117, «el afán con el cual, en nuestros viajes al extranjero, habíamos estudiado, para llenar nuestros vacíos, las constituciones democráticas como la Italiana de 1947». El volumen será citado en más ocasiones, en el curso del análisis, por el particular motivo que el mismo tiene origen en un congreso, organizado en la Universidad de Bolonia, desarrollado contextualmente con el examen del Anteproyecto por parte de las Cortes.

<sup>10</sup> Sobre las Constituciones del Este europeo y el contributo del constitucionalismo liberal democrático, entre los diferentes interventos, ver S. BARTOLE, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Il Mulino, Bolonia, 1993; G. AJANI, *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Ed. Università di Trento, Trento, 1993; S. BARTOLE y G. CONETTI, *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, La Rosa, Turín, 1993; A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e «circolazione» del modello francese in Europa centro-orientale*, Giappichelli, Turín, 1997; S. BARTOLE y P. GRILLI DI CORTONA (coordinadores), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-Orientale*, Giappichelli, Turín, 1998; M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padua, 1999; L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 9-135; G. DE VERGOTTINI (curador), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, Giappichelli, Turín, 2000; y en español, C. FLORES JUBERÍAS (coord.), «Actas del I Encuentro Español de Estudios sobre la Europa Oriental», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nn. 26/27 y 28/29, Valencia, 1999; ID., *La Transformación de las Políticas Sociales en la Europa del Este*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001; ID. (ed.), *Estudios sobre la Europa Oriental*, P.U.V., Valencia, 2002.

<sup>11</sup> ... como aquella conducida por Lucas Verdú.

<sup>12</sup> Basta con pensar en el libro de G. LUCATELLO sobre *Lo Stato federale*, I, Cedam, Padua,

después del inicio de la fase de transición que los iuspublicistas españoles se han interesado con regularidad de las experiencias de otros Países, analizándolas no solamente desde una perspectiva material y política del derecho, sino también con la percepción de la normatividad de las Constituciones<sup>13</sup>.

Apenas salido de escena el franquismo, al menos en el primer período, los estudiosos españoles de aquello que solo hoy se llama Derecho constitucional, han analizado más las experiencias contemporáneas de otros Países, no tan solo por fines de conocimiento, sino (sobretudo) para ofrecer su contribución en la construcción del nuevo ordenamiento<sup>14</sup>. De tal modo, su producción, verdaderamente extraordinaria desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, ha recurrido de preferencia a las funciones típicamente subsidiarias de la comparación: ayudando sobretudo en la preparación de textos normativos —*in primis* la nueva Constitución—, tanto como en la interpretación y en la armonización legislativa, así como en la verificación de los conocimientos<sup>15</sup>. En otras palabras, la doctrina ibérica ha ciertamente mirado sobre el campo del vecino, prevalentemente por lo menos como función de servicio al mismo sistema. En definitiva, como siempre ocurre en la fase de instalación de un ordenamiento, y de manera diversa de lo que sucede cuando las cosas se han ya consolidado, la doctrina ha desarrollado un rol (cultural) fuerte en la evolución que ha sufrido el formante normativo (o bien en la proposición de las decisiones constituyentes), y sucesivamente un rol esencial en la elaboración de la jurisprudencia constitucional.

Buena parte de la producción científica española —largamente deudora de la alemana, francesa y también italiana, de las que había asimilado los *topoi*— se había por lo tanto orientado, utilizando a su vez el estudio del derecho extranjero, hacia la investigación de modelos de referencia. En otras palabras: del interior, observaba el exterior para «recibir» más que para «dar». Y no por casualidad, además de representar el texto constitucional (al cual tal actividad ha contribuido ampliamente, como consta en los trabajos preparatorios) el fruto de un sustrato histórico —movido por una inestable alternancia de progresismo y de conservadurismo, de libertad

---

1939 (reedición 1967), que todavía hoy representa un punto de referencia para el estudio de los ordenamientos descentralizados, pero que en su momento tuvo además la ventaja de adicionar en el ámbito del Derecho público un modelo antitético de aquél del Estado centralizado y autárquico, como fue en España la obra del añorado Maestro P. Biscaretti di Ruffia, traducida, conocida y estudiada en la península ibérica.

<sup>13</sup> Es aquí obligatorio referirnos a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Costituzione come norma giuridica», que en italiano aparece en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (coordinadores), *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 71 ss.

<sup>14</sup> Salvo esporádicas excepciones, como aquélla de las actualizaciones del potente *Derecho Constitucional comparado* de M. GARCÍA PELAYO, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

<sup>15</sup> *Supra*, § 1.

y de reacción o dictadura<sup>16</sup>— las Cortes constituyentes han apreciado especialmente las experiencias extranjeras históricas y contemporáneas.

### 3. RECEPCIONES INCORPORADAS AL TEXTO CONSTITUCIONAL: PREMISA

El sistema, en su conjunto, de la Constitución española de 1978 representa, al menos para el observador extranjero, un emblemático ejemplo de sabiduría constitucionalista: donde se mezclan historia y hábito de modernización, cultura autóctona y atención por las culturas «externas». En definitiva, comparación diacrónica —la historia del Derecho, que nunca puede ser olvidada cuando la cultura jurídica (o «formante doctrinal») se transforma en disposiciones normativas— y aquella sincrónica: vale decir, la apertura a las experiencias en acto en otros lugares, a las enseñanzas no solo de las batallas constitucionales propias, sino también de aquéllas de los demás<sup>17</sup>.

En el texto se materializan algunas veces prepotentemente, en otras solo se alcanzan a vislumbrar los principios informadores del constitucionalismo liberal democrático, así como se han venido estructurando durante siglos en el viejo y en el nuevo continente, como también los institutos del constitucionalismo heredado de Cádiz y dejados en el olvido por el franquismo<sup>18</sup>, tanto como las soluciones innovativas experimentadas en Alemania, Italia, Portugal<sup>19</sup>, Francia y otros Países, o bien, en otras ocasiones, los influjos de experiencias latinoamericanas, originales o de aquéllas, muchos años antes recepcionadas de la antigua madre patria.

Tal circunstancia ha sido comentada por estudiosos no solo españoles, sino también de otros Países<sup>20</sup>. Aparece sin embargo útil no confiarse solo

<sup>16</sup>... como bien evidencia R. BLANCO VALDÉS, en la primera parte del volumen *Introducción a la Constitución de 1978*, Alianza Editorial, Madrid, 1978, 2ª ed., 2003, pp. 23 y ss., traducido y publicado en la Colección «Diritto pubblico contemporaneo. Gli ordinamenti costituzionali», publicado por Giappichelli, Turín, 1999, con el título *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*.

<sup>17</sup> En la imposibilidad de recordar la extensa bibliografía sobre la materia, reenviamos a las páginas introductorias de M. MARTÍNEZ CUADRADO, «La Costituzione spagnola del 1978 nella storia del costituzionalismo contemporaneo», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (curadores), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., pp. 1 ss.

<sup>18</sup> Cfr. R. BLANCO VALDÉS, «La politica e il diritto: vent'anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)», en L. PEGORARO, A. RINELLA y R. SCARCIGLIA (curadores), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padua, 2000, pp. 9 ss.

<sup>19</sup> Estas tres son «las principales “fuentes” de la Constitución española» según D. PUGA, «Intervento», en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, cit., p. 144.

<sup>20</sup> De recepciones (así como de soluciones innovativas) entre los primeros que se han ocupado del tema, con referencia al proyecto de Constitución, P. DE VEGA, «Los Órganos del Esta-

a las sensaciones provocadas por la lectura del resultado final —el texto definitivo de 1978— sino analizar con mayor profundidad en que medida el estudio del Derecho comparado, o, en la mayor parte de los casos, el conocimiento y las referencias al derecho extranjero, hayan influenciado las decisiones de los constituyentes: sean las generales, sobre la estructura de la Constitución, sean aquellas más específicas, relativas a los institutos particulares, hasta crear una construcción que contiene recepciones integralmente copiadas y figuras originales, pero que parece innovativa sobretudo por la mezcla que se consigue, y que hace de la Constitución española un *unicum* en el panorama comparatístico.

Nadie puede siquiera imaginar, en efecto, que la división de los poderes, la aceptación del principio de legalidad, el principio democrático, la tutela de los derechos, el control de constitucionalidad de las leyes, etc. no sean deudores de siglos de experiencias jurídicas (y políticas) maduradas en otros sitios, como incluso en la misma España pre-franquista. Como es también ampliamente conocido por los estudiosos no españoles que cada una de esas decisiones —por ejemplo las relativas a la formulación del principio de igualdad, a la moción de censura constructiva, a las leyes orgánicas, al Consejo General del Poder Judicial, por citar solo algunos casos— han sido influenciadas por la Constitución alemana de 1947, italiana de 1948, y francesa de 1958; mientras otras —el régimen regional diferenciado y «dinámico», la tutela judicial efectiva, etc.— no tenían parangones significativos en otros ordenamientos.

Es por lo tanto de un cierto interés profundizar algunas consideraciones, teniendo en cuenta la lectura de los trabajos preparatorios, para valorar de un modo más orgánico el aporte del Derecho comparado al debate constituyente.

La extensión limitada del presente artículo impide un examen exhaustivo de la materia<sup>21</sup>. Procederemos entonces, limitando la exposición en pocas páginas, a señalar ejemplos significativos de la utilización del método comparativo en la elaboración de específicos articulados de texto, más que en la proyección de sus líneas esenciales.

Por lo tanto, no nos detendremos sobre cada artículo de la Constitución, ni en todos los casos, insistiremos en la forma como el ejemplo ex-

---

do en el contexto político-constitucional del proyecto de Constitución», en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, cit., p. 9.

<sup>21</sup> Es suficiente pensar que en Italia a las influencias extranjeras en la Asamblea constituyente fue dedicado todo el I volumen de la obra de U. DE SIERVO (coordinador), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, il Mulino, Bologna, 1980, y a las mismas influencias muchos autores han dedicado monografías o parte de ellas, así como ensayos específicos, para el estudio de las influencias europeas o americanas en la configuración de ciertos artículos o de partes de la Constitución. (V. por ej. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Comunità, Milano, 1981, *passim*).

tranjero haya sido evocado para acoger o rechazar la introducción de una solución determinada. Aquello que es obligatorio subrayar, efectivamente, es que en pocas ocasiones el argumento comparatístico ha sido desvalorizado, y que a menudo los reenvíos a las Constituciones y también a las leyes y a la jurisprudencia de otros países, han servido como *argumentum quoad auctoritatem*, sea para patrocinar una determinada decisión o sea para confrontarla. En definitiva, casi todos los enunciados podrían llamarse, para bien o para mal, hijos de más de una cultura: aquella de la historia del Derecho español y aquella de la historia del Derecho positivo de otros países, la misma de los padres fundadores, que ha generado aquel *unicum* del cual hablabamos antes<sup>22</sup>.

#### 4. LA ESTRUCTURA GENERAL: LAS REFERENCIAS A LA LIBERAL-DEMOCRACIA Y AL ESTADO SOCIAL

El hecho que, en la obra de reconstrucción de la democracia, las Cortes hayan operado constantes referencias a las Constituciones y al conocido Estado social de Derecho es tan obvia, que no merece un análisis profundo; más bien, puede ser interesante referirse a tales expresiones polisémicas en la medida que vienen diferentemente interpretadas, en sede de redacción de enunciados particulares.

Por ejemplo, en cuanto a la relación entre igualdad formal e igualdad sustancial, que sin lugar a dudas caracteriza una decisión fundamental relacionada con la forma de Estado, en la discusión del Anteproyecto un diputado de A.P. propone agregar a la palabra «igualdad» las palabras «ante la ley», ya que la Constitución puede solamente asegurar la igualdad ante la ley. Por lo tanto —como se explica en la breve motivación—, «lo declara el artículo 3º de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana»; igualmente sugiere quitar cualquier referencia en el texto a las «condiciones personales o sociales», que no aparecen en el artículo 3º, párrafo 3, del mismo *Grundgesetz*<sup>23</sup>. Pertinentemente, también ante el Senado se pone de relieve que lo dispuesto en la llamada «formula Lelio Basso» «como todos saben está inspirado en el artículo 3º de la Constitución italiana», y que «este artículo está tomado del artículo 2º<sup>24</sup> de la Constitución italiana, que ha sido uno de los más polémicos y que se inscribe en este sentido prospectivo y dinámico de la Constitución»<sup>25</sup>. Los Constituyen-

<sup>22</sup> Precisamente por razones de espacio, las referencias se limitaran a los resúmenes del Congreso (Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas y Sesiones Plenarias) y del Senado (Comisión de Constitución y Sesiones Plenarias).

<sup>23</sup> L. López Rodó, Congreso, enmienda n. 691.

<sup>24</sup> *Sic, recte* art. 3º.

<sup>25</sup> Respectivamente, Villar Arregui y Pérez Puga, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 23.8.1978, n. 42, pp. 1730 y 1731.

tes españoles de otra parte demostraban conocer no sólo la «*law in the books*», sino también la «*law in action*», aquella que vive en las aulas de los tribunales y en especial modo frente a los jueces constitucionales. En mérito del artículo 3º de la Constitución italiana, copiado casi íntegramente por el art. 9.2 C.E., el Senador Monreal Zía recordó que «En la Constitución italiana, de cuyo artículo 3º procede, es éste uno de los preceptos que mayor juego han dado al Tribunal Constitucional en la interpretación de la legislación ordinaria...»<sup>26</sup>.

De un modo más general, Peces-Barba Martínez resaltó que en materia de justicia (sustancial) la recepción de los principios de la Constitución italiana resumidos en su artículo 3º no podían impedir el «revivir» en el Título III C.E. de una entera parte de la Constitución española de 1876, «menos progresista y menos moderna que la Constitución italiana de 1947»<sup>27</sup>.

Sobre el Estado social de Derecho, se afirmó que ninguno ignora que sea «un Estado que ha sido constitucionalizado ya, y no sólo en distintas Constituciones de los «Länder» de la República Federal Alemana, sino en la propia Ley Fundamental de Bonn de 1949»<sup>28</sup>.

Mientras que en cuanto al fundamento «laboral» de la renaciente democracia se agrega —en el ámbito de una animada polémica sobre la naturaleza del nuevo Estado democrático— que España no es sólo una monarquía, y que la referencia al trabajo como base fundamental «Tiene unos orígenes bien conocidos en la Constitución soviética, la expresión de una vigencia no ciertamente dilatada, así como en la Constitución española de 1931 y su recepción por la Constitución italiana»<sup>29</sup>.

Todavía, la Constitución italiana viene repasada en el Senado con referencia al art. 9º, en la parte donde se subrayó que era preferible utilizar la palabra «persona» en lugar de «ciudadanos»: efectivamente —se dice— «No aparece tal referencia en el antecedente de la Constitución italiana, que ha inspirado la redacción de este precepto»<sup>30</sup>.

De otro lado, la misma disposición había sido presentada ante el Congreso, refundida entre las que eran objeto de una crítica posterior, acerca

<sup>26</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión plenaria, 26.9.1978, n. 59, p. 2951.

<sup>27</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 5.5.1978, n. 59, p. 2032.

<sup>28</sup> Ortís Bordás, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 11.5.1978, n. 64, p. 2166.

<sup>29</sup> Gastón Sanz y Cisneros Laborda (ponente), *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 11.5.1978, n. 64, p. 2177. Es indispensable recordar, a propósito del repudio de una determinada concepción del Estado, una intervención que afirma que también en Uganda y en Afghanistan tienen un «orden político», pero que no es el mismo propugnado por parte de los españoles: Trías Fargas, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 5.7.1978, n. 104, p. 3891.

<sup>30</sup> Progresistas y Socialistas Independientes, enmienda n. 12.

de la subordinación de los ciudadanos y de los poderes públicos ante la Constitución, y en ese momento se anotaba que el «apartado ... responde a las mismas preocupaciones de su homólogo de la Ley Fundamental de Bonn», y que «evidentemente el poder legislativo, como dice la Ley Fundamental de Bonn, está sometido a la Constitución ...»<sup>31</sup>. También ante el Senado se revivía la Constitución de Bonn: afirmando que «nuestro texto se inspira directamente en el artículo 20, c) de la Ley Fundamental de Bonn», y se agrega que «No hay precedentes en que se diga que los ciudadanos están sujetos a la Constitución, sino es en la Constitución soviética, en la húngara o en otras inspiradas en ellas»<sup>32</sup>.

Por todo lo relativo a la filosofía en conjunto del texto, la llamada que se hace al «pluralismo político» en los términos del 6.1, viene contestado con justificaciones comparadas: efectivamente «La fórmula adoptada para el artículo 6º supone una posición intermedia entre la que sostiene la Constitución de Bonn y las que se encuentran en Italia, Francia, Portugal. La fórmula de nuestra Constitución es menos exigente que la alemana, pero más que la italiana, francesa y portuguesa, ya que se impone la actuación de los partidos “dentro del respeto a la Constitución y a la Ley”»<sup>33</sup>.

El tema de la soberanía fue retomado sobretodo con relación al ordenamiento del Estado autonómico, aunque preliminarmente se manifestaron algunos problemas también con el hecho de que ella «reside en el» o «proviene del» pueblo. Con tal fin se resaltó que «El artículo 1º de la Constitución de Weimar y el 20 de la Ley Fundamental de Bonn se sirven del término emana, que si bien presenta una cierta connotación dinámica e incide en la idea del pueblo como fuente de la soberanía, no resulta quizá suficientemente expresiva en castellano, aún quando fuere acogida, por influencia de la Constitución de Weimar, en el artículo 1 de la Constitución española de 1931». Por tal razón, el Senador Ollero Gómez sugirió la sustitución del término «reside» con «pertenece», ya que «Esa es la fórmula acuñada por la tradición constitucional francesa y recogida asimismo en la Constitución italiana de 1946 (*sic*)»<sup>34</sup>.

Dentro de los límites de los diferentes temas tratados de forma sucinta en éste parágrafo, se encuentra el del ejercicio de la democracia directa, que asimismo dio lugar a variadas alusiones del Derecho comparado<sup>35</sup>: por

<sup>31</sup> Meilan Gil, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 16.5.1978, n. 67, p. 2383.

<sup>32</sup> Villar Arregui, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 23.8.1978, n. 42, p. 1727.

<sup>33</sup> Agrupación Independiente, enmienda n. 633.

<sup>34</sup> Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 18.8.1978, n. 39, p. 1584.

<sup>35</sup> Señalaciones doctrinales junto con las precedentes comparaciones citadas en los trabajos preparatorios en N. PÉREZ SOLA, *La regulación constitucional del referéndum*, Ed. Universidad de Jaén, 1994, pp. 27 ss.

ejemplo, para solicitar la imitación del art. 75 de la Constitución italiana y la introducción del referéndum abrogatorio (olvidando sin embargo que el italiano es un caso único en el mundo)<sup>36</sup>; o para patrocinar de todas formas una mayor atención por otros tipos de referéndum, sobre la base de la experiencia suiza<sup>37</sup>, así como también de la inglesa<sup>38</sup>; para resaltar como la utilización de los instrumentos de democracia directa encuentra siempre límites para su ejercicio, así como también la iniciativa popular debe ser circunscrita, especialmente en materia fiscal, como lo demuestra la experiencia californiana<sup>39</sup>.

##### 5. DERECHOS Y LIBERTADES: ALGUNOS EJEMPLOS DE RECEPCIÓN DE MODELOS

En el campo de las libertades, que caracterizan la forma de Estado desde el punto de vista vertical, toda la estructura del texto se refiere a los formidables aportes, hechos con el paso de los siglos, por parte de las doctrinas políticas, la ciencia constitucional y su correspondiente positivación en los textos constitucionales, en las convenciones y en las declaraciones de cada época, con especial referencia, a las experiencias francesa, inglesa y norteamericana<sup>40</sup>. En cuanto a la introducción de algunos de los llamados nuevos derechos —por regla general inéditos hasta entonces— es suficiente con afirmar que la solución definitiva adoptada por los *Founding Fathers* españoles es original<sup>41</sup>: fundamentalmente porque las Cartas de derechos (a menudo retomadas por los trabajos preparatorios<sup>42</sup>) difícilmente desconocen integralmente el pasado. (Por el contrario, agregan algo nuevo a lo que ya se había escrito.) Tal como se enuncia en la Primera parte de la Constitución y que se demuestra con algunos ejemplos, seleccionados casualmente entre los muchos que podrían ser recordados<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 13.7.1978, n. 109, p. 4212.

<sup>37</sup> Id., *ibid.*

<sup>38</sup> Id., *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 6.6.1978, n. 81, p. 2945.

<sup>39</sup> Id., *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 20.6.1978, n. 93, p. 3464.

<sup>40</sup> V. por ejemplo las intervenciones de Canyellas Balcells y Alzaga Villaamil, en *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 19.6.1978, n. 92, pp. 3439 ss. y p. 3444.

<sup>41</sup> Por ejemplo, en materia del derecho al medio ambiente, el enmienda n. 877 (v. ahora art. 45 C.E.) aprobado por el Pleno del Congreso hacía referencia expresa a las Constituciones más recientemente aprobadas o reformadas: aquellas de Noruega, Bulgaria, Bélgica, Rumania, Portugal, Francia y la Unión Soviética.

<sup>42</sup> Canyellas Balcells, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 8.8.1978, n. 60, p. 2072.

<sup>43</sup> V. en general, sobre la recepción y la solución autóctona en tema de derechos, P. LUCAS

a) En materia de libertad religiosa y relaciones entre la Iglesia y el Estado<sup>44</sup>, en nombre del U.C.D. el prof. Alzaga Villaamil vino «a mencionar el artículo 7º de la Constitución italiana», que «Comos sabemos dice: «El Estado y la Iglesia Católica ... son cada uno en su propio ámbito independientes y soberanos». Incluso se predicán de la Iglesia Católica circunstancias que nosotros no hemos, en ningún momento, intentado introducir en el texto constitucional». Y prosigue: «Cito la Constitución italiana, país de soporte sociológico próximo al nuestro y de la que en los años sesenta decía el profesor Aranguren que era el espejo en que podía mirarse el futuro de España»<sup>45</sup>. Como corolario, para admitir la posibilidad de cualquier forma de matrimonio, se recuerdan en el Senado las disciplinas de los Estados Unidos, Inglaterra, Italia, Portugal<sup>46</sup>.

Unido se encuentra el argumento relacionado con el divorcio, acerca del cual las remisiones a la reglamentación de otros países fueron variadas: entre las más significativas, la del diputado López-Bravo y de Castro, el cual, para sostener la indiferencia constitucional de la normativa, dedicó páginas de su intervención a ilustrar la disciplina (o la falta de disciplina) en países de todo el mundo, así como en algunos textos históricos españoles: desde Europa hasta Oceanía, de América al Africa y al Asia, con particular cuidado por Alemania e Italia, que hablan sí de familia pero sin mencionar la disolución del matrimonio<sup>47</sup>. Las referencias comparadas (y a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) representan además la única justificación de la enmienda n. 389 presentada ante el Senado por A. Osorio García del Grupo independiente<sup>48</sup>, el cual recuerda que solo tres Países en todo el mundo piden a la ley disciplinar el divorcio: Japón, Portugal, Cuba, y desarrolla una larga intervención prevalentemente comparada. Ello demuestra que también los «vacíos» —prefiero ésta palabra a aquella de «lagunas»— en el texto español de 1978 pueden ser fruto de comparaciones y recepciones.

---

VERDÚ, «Diritti e libertà fondamentali», en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, cit., pp. 71 ss.

<sup>44</sup> Sobre el argumento, para referencias de base y contenido histórico y comparado de la Constitución, v. L. PRIETO SÁNCHEZ, «Le relazioni Chiesa Stato alla luce della nuova Costituzione: problemi fondamentali», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (curadores), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., esp. en pp. 312 ss., así como también con relación a los demás temas que se esbozan en ésta parte del párrafo.

<sup>45</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 18.5.1978, n. 69, p. 2481.

<sup>46</sup> Calatayud Maldonado, en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 29.8.1978, n. 45, p. 2013.

<sup>47</sup> Entre las citaciones más curiosas, Chipre, Ruanda, Cuba...: cfr. *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 23.5.1978, n. 72, pp. 2614 ss.; y *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 11.7.1978, n. 107, pp. 4073 ss.

<sup>48</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 28.9.1978, n. 61, pp. 3050 ss.

b) Sobre el delicado tema de las libertades lingüísticas, que toca de cerca la estructura misma de la nueva construcción constitucional, el candente debate se vale también de argumentos de Derecho comparado, llamados en causa *ad adiuvandum* sea por los constituyentes vascos y catalanes (entre otros), sea por aquellos que proponían soluciones más tradicionales, aferradas al concepto de unidad de la nación. Por ejemplo, en el Senado Monreal Zía, para sostener la supresión del inciso, relativo a la lengua castellana dijo, «Todos los españoles tienen el deber de conocerlo y el derecho a usarlo», citó detalladamente las normativas constitucionales de Checoslovaquia y Yugoslavia y mencionó además las de Finlandia, Luxemburgo, Holanda y Malta<sup>49</sup>.

c) Acerca de la libertad de información, aparte de otras intervenciones, en las cuales fueron numerosas las referencias a los ordenamientos extranjeros, tiene un particular interés lo dispuesto en el artículo 20.3 C.E., relativo al control social de los medios de comunicación: dejando de lado inoportunas llamadas al derecho soviético, es claro en efecto que las Constituciones del período inmediato de posguerra parecen haberse en su gran mayoría olvidado de las consecuencias devastadoras de la publicidad ejercida bajo condiciones de monopolio durante los regímenes autoritarios y totalitarios<sup>50</sup>. Las Constituciones de la segunda ola —años 70— han hecho tesoro de una experiencia en la cual los jueces constitucionales han debido sustituirse al silencio de las Constituciones y (como en Italia) a la inercia del legislador: la española se ha ocupado de la materia (sea aunque con pudor), recibiendo también los resultados de la copiosa jurisprudencia italiana<sup>51</sup>, como lo atestigua por ejemplo la intervención del diputado Zapatero Gómez en la cual viene recordada la disciplina legislativa de Francia e Italia con relación al control parlamentario sobre las sociedades nacionales de radiodifusión, y a incluso promovido la constitucionalización del estatuto de radio y televisión<sup>52</sup>.

d) Sobre la instrucción, y la posibilidad de establecer institutos de cultura, se recuerda, con el fin de restringir lo previsto en el Anteproyecto,

<sup>49</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 22.8. 1978, n. 41, pp. 1650 s.

<sup>50</sup> Parece de verdad paradójico que por ejemplo en Italia, un gran jurista como Mortati, Padre de la Constitución, haya podido afirmar —olvidándose de Goebbels y del Ministerio de la cultura popular— que lo importante era tutelar la *expresión* del pensamiento, no su *formación*, ya que el pensamiento es (sería) incoercible. Con el resultado que la Constitución italiana (como la alemana, por otra parte) no se ocupa de la radiofonía ni (obviamente) de la televisión, únicamente de la prensa, y de quitar sus límites (censura, embargo) impuestos por el régimen fascista. Sobre el interés de la Constitución italiana para el mundo de la información cfr. L. PALADIN, «Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano», en L. PALADIN (coordinador), *La libertà d'informazione*, Utet, Torino, 1979, pp. 3 ss.

<sup>51</sup> En especial las sentencias n. 224 y 225 de 1974 y 202 de 1976.

<sup>52</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 19.5.1978, n. 70, p. 2542.

la normativa constitucional nacional y aquella italiana, si bien, a propósito de la última, la expresión controvertida «sin costas a cargo del Estado» fue interpretada utilitarísticamente de tal forma de no incluir a las Universidades<sup>53</sup>.

e) Respecto al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tratándose —como resaltaba el Grupo de A.P.— de una «constitucionalización» inusitada en el panorama constitucional europeo (por lo demás, en efecto, los diferentes ordenamientos habían desarrollado un sistema de protección de grado legislativo y/o jurisprudencial), no debe asombrarnos si las referencias comparadas presentadas por el prof. Peces-Barba Martínez para obstaculizar las enmiendas por sorpresa y para mantener más elevado —es decir de rango constitucional— el nivel de tutela son, de una parte, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; y de la otra, la Ley francesa de 1970, puesto que —recuerda el ilustre constituyente— los derechos no protegidos en Francia en el Preámbulo «se desarrollan por ley», pero en todo caso existen<sup>54</sup>.

f) Libertad de domicilio, residencia, circulación, permanencia y asilo: para contestar la reserva de jurisdicción contemplada en el Anteproyecto, en ventaja de la sola reserva de ley para regular la materia, el diputado Alzaga Villaamil, además de la Convención Europea de Derechos del Hombre, evocó la *Grundgesetz* de 1949, la Constitución danesa de 1953, la holandesa, reformada en 1955, y la sueca de 1974, la cual «remite a regulación por ley de cuantas disposiciones sean relativas a las relaciones del individuo y de la sociedad y que se consideren como obligaciones de aquél o como derechos de aquél frente a la sociedad en cuestión»<sup>55</sup>.

En relación con los extranjeros en general, la limitación de los derechos políticos solamente a los españoles generó animadas discusiones<sup>56</sup>: entre otras, se recordaron las formulaciones más abiertas de la «inmensa mayoría de los países democráticos» y en particular el hecho de que «La Constitución de Portugal, que es una de las más modernas de Europa, quizá la más moderna, en su artículo 15° dice literalmente: “Los extranjeros y los apátridas que se encuentren o residan en Portugal, gozarán de los derechos y estarán sujetos a los deberes del ciudadano portugués”». Y se agregaba que «Asimismo ... en las Constituciones italiana y griega se admite bajo condición de reciprocidad. En Grecia en la misma Constitución y en

<sup>53</sup> Intervención de Martín Retortillo Baquer, en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 25.8.1978, n. 44, p. 1913.

<sup>54</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 19.5.1978, n. 70, p. 2519.

<sup>55</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 16.5.1978, n. 67, p. 2502.

<sup>56</sup> Referencias a los trabajos preparatorios en M. F. MASSÓ GARROTE, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Colex, Madrid, 1997, pp. 36 ss.

Italia en ley ordinaria»<sup>57</sup>. Respecto al electorado pasivo, el contradictorio entre los diputados Lluch Martín por parte del Partido socialista y Alzaga Villaamil por U.C.D. se basó en gran medida sobre la comparación entre distintas soluciones adoptadas en Suecia, Reino Unido, Suiza, Portugal, Italia y Alemania<sup>58</sup>.

En lo que concierne al límite subjetivo de la libertad de residencia y de circualción —el derecho hubiera sido pleno solamente para los españoles— y ante el eventual conflicto con la Convención europea de derechos humanos, se reenvió al hecho de que en la *Grundgesetz* de Bonn se habla en el art. 11° de los solos «alemanes», y no es por esto menos cierto que Alemania resulta ser uno de los firmantes de la Convención en mención<sup>59</sup>.

Sobre la extradición, con relación a la formulación del vigente art. 13.3 C.E., y a la controvertida exclusión de los delitos de terrorismo de la tutela constitucional, se anotó que «La exclusión de la extradición de los delitos políticos ... tiene claros e importantes precedentes en el Derecho constitucional, por ejemplo, en el artículo 10° de la Constitución italiana del año 1947», acerca de la cual «la jurisprudencia constitucional dictada en Italia al amparo del artículo 10° ha venido sentando desde hace varios años a esta parte, que los llamados delitos de genocidio entre los que venían incluyendo los de terrorismo no se debían considerar a estos efectos como delitos políticos»<sup>60</sup>. En el animado debate, fueron recordadas también las discusiones en el seno del Parlamento italiano y la legislación de actuación de la Constitución<sup>61</sup>.

En cuanto al derecho de asilo<sup>62</sup>, Herrero Rodríguez de Miñón ponía de relieve que éste representaba una novedad par el Derecho constitucional español, «cuya introducción en el campo comparado, como todo el mundo sabe, se debe a la Constitución soviética de 1917, aunque en la segunda posguerra recibió un marchamo democrático de Constituciones como la francesa de 1946, la italiana de 1948 y, recientemente, la portuguesa»<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Solé Barberá, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 17.5.1978, n. 68, p. 2417.

<sup>58</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 6.7.1978, n. 105, pp. 3925 ss.

<sup>59</sup> Rancho Rof, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 19.5.1978, n. 70, p. 2532.

<sup>60</sup> Alzaga Villaamil, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 18.5.1978, n. 69, p. 2430.

<sup>61</sup> Herrero Rodríguez de Miñón, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 18.5.1978, n. 69, p. 2435.

<sup>62</sup> Referencias sobre los trabajos preparatorios en N. PÉREZ SOLA, *La regulación del derecho de asilo y refugio en España*, Adhara Ed., Granada, 1997, especialmente pp. 75 ss., y para una visión más amplia en D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.

<sup>63</sup> Herrero Rodríguez de Miñón, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 18.5.1978, n. 69, p. 2437.

g) Con la finalidad de promover la inserción de una disposición que reservara a la ley la individuación de los casos de justicia gratuita, aún admitiéndose por parte del diputado Estella Goytre que las Constituciones alemana y francesa no dicen nada a tal fin, se recordaron, por el contrario, las Cartas italiana y portuguesa<sup>64</sup>, mientras, para patrocinar la abolición de la pena de muerte, mediante la introducción de una enmienda adicional, Peces-Barba Martínez desarrolló una docta lección de Derecho comparado, que presentando tanto la evolución histórica como el marco comparado citaba decenas y decenas de países que habían actuado en tal sentido, entre los cuales se encontraba los Estados Unidos de América<sup>65</sup>. A su discurso se asociaron otros diputados que confirmaron e integraron la lista, como Vizcaya Retana<sup>66</sup>. Como todos saben, después, la formulación final del art. 15º, en su segunda frase, refleja el artículo correspondiente de la Constitución italiana, que hasta la revisión de hace pocos años admitía la pena de muerte únicamente en los casos establecidos por el Código penal militar de guerra<sup>67</sup>.

h) Uno de los problemas relacionados con la libertad de reunión que se afrontaron fue el de la oportunidad, el no tener que someter tal derecho a la autorización previa, sino solamente a presentar una simple comunicación, siguiendo la pauta marcada por el art. 17º Constitución italiana. El debate a tal fin, requirió una profundización sobre el tema de las relaciones entre Constitución y fuentes actuativas o de desarrollo, con amplias elaboraciones sobre el desarrollo legislativo de los derechos enunciados en el *Bill of Rights* estadounidense y la experiencia francesa, con referimiento expreso de la evolución histórica de la disciplina de los derechos, del papel de la ley ordinaria, y de la famosísima decisión de 1971, que en mérito del derecho de asociación condujo al *Conseil Constitutionnel* a incorporar no solo el Preámbulo, sino también los principios fundamentales de las leyes en el *bloc de constitutionnalité*<sup>68</sup>.

i) En relación con los derechos sociales, o de prestación, es indispensable citar al menos dos argumentos<sup>69</sup>: los derechos sindicales, de una parte; y los derechos «de dominio», por la otra.

<sup>64</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 13.7.1978, n. 109, p. 4242.

<sup>65</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 18.5.1978, n. 69, pp. 2446 ss.

<sup>66</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 6.7.1978, n. 104, p. 3947.

<sup>67</sup> V., para un reenvío específico del texto italiano, la intervención de Villar Arregui, en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 24.8. 1978, n. 43, p. 1803.

<sup>68</sup> Peces-Barba Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 19.5.1978, n. 70, pp. 2556 s. (En aquella ocasión, la experiencia francesa viene utilizada también para afirmar que el juez penal puede intervenir en algunas circunstancias para controlar los actos administrativos: p. 2557).

<sup>69</sup> Sobre la constitucionalización de este tipo de derechos, en la extensa bibliografía, cfr. por ejemplo M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, CEC, Madrid, 1995, pp. 23 ss.

Con referencia a los primeros, la «constitucionalización» de los sindicatos tiene un antecedente respetable en la Constitución italiana, si bien los diputados y los senadores españoles, en el curso del debate, parece hubieran olvidado la historia del artículo 39° Const. italiana, que confiere la personalidad jurídica a las asociaciones sindicales y permite la estipulación de contratos colectivos con efecto *erga omnes*, pero que es el único que ha permanecido carente de actuación. Tal elemento, de ninguna manera secundario, se evita por ejemplo por el diputado Martín Toval, cuando recuerda que la «constitucionalización ... está justamente en la Constitución italiana, en la francesa claramente y en la alemana», donde «es algo más amplia en cuanto que generaliza el derecho de los ciudadanos, pero se refiere básicamente a los trabajadores»<sup>70</sup>. A su vez Monreal Zía contrapone el modelo europeo al anglosajón para reforzar las garantías con una disposición, después no integrada en la Constitución, destinada a asegurar también la libertad de *no* afiliación a ningún sindicato<sup>71</sup>. Acerca del ejercicio del derecho de huelga, en el texto del Anteproyecto —que en cierta manera recuerda el art. 40° Const. italiana, con excepción de la referencia específica al mantenimiento de los servicios esenciales— fueron igualmente numerosas las referencias de la disciplina constitucional o legislativa alemana, belga, francesa, británica, así como de la jurisprudencia madurada de la Corte constitucional italiana, llamada a suplir los asombrosos vacíos del texto constitucional<sup>72</sup>.

Con respecto a los segundos, basándose en la posibilidad de nacionalización de la tierra, el diputado Rodríguez-Miranda Gómez, para contestar una enmienda del Grupo socialista, expuso las escasas y antitéticas normativas sobre el tema en las Constituciones alemana, francesa, belga, holandesa, danesa, resaltando que solamente la portuguesa contenía disposiciones en tal sentido (pero en cambio olvidando la italiana que si lo hace)<sup>73</sup>. Desde un punto de vista más general, en materia de planificación y monopolios, quienes estaban en contra, no dejaron de enunciar detalladamente las correspondientes disposiciones de las Constituciones de U.R.S.S., Bulgaria, Polonia, Checoslovaquia, Rumania, China, Cuba, afirmando que las

<sup>70</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 16.5.1978, n. 67, p. 2373.

<sup>71</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 28.9.1978, n. 61, pp. 3025 y 3061.

<sup>72</sup> Jarabo Paya, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 11.7.1978, n. 107, pp. 4062 s.; Unzuega Uzcanga, que citando también Noruega, Grecia, Suiza, etc., resalta que la huelga política está permitida solamente en la Constitución portuguesa: *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 29.8.1978, n. 45, p. 1958; Royo-Villanova y Paya, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión plenaria, 28.9.1978, n. 61, p. 3035, que igualmente cita Holanda, Alemania, Francia, Italia para obstaculizar la tutela de la huelga política. *Contra, ibi*, p. 3036, citando los mismos ordenamientos, Vida Soría. Otra preciosa intervención comparada fue la de Nieto de Alba, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 2.10.1978, n. 64, p. 3185.

soluciones acogidas hasta entonces eran precisamente aquéllas que tenían que evitarse y que lo dispuesto en el artículo del Anteproyecto debía ser suspendido y modificado<sup>74</sup>. En relación a la expresión «*mediante indemnización*» en lugar de «*previa indemnización*», se pusieron en discusión variados textos, entre los cuales el francés de 1789 y los más recientes de China y Portugal<sup>75</sup>.

## 6. LAS FUENTES DEL DERECHO

En materia de fuentes, es bien sabido que las leyes orgánicas fueron importadas desde la experiencia francesa, los decretos-leyes y las leyes delegadas en cambio desde la italiana (existe una verdadera «codificación» constitucional de la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*, en el art. 82° C.E., fruto de los estudios que se adelantaban en ese momento), mientras el problema complejo del sistema paga —un poco como sucede en todas partes— las exigencias del Estado social<sup>76</sup>.

Tal situación se puede verificar claramente, por ejemplo en la intervención del senador Ollero Gómez, quien, al criticar el abuso de los reenvíos a la legislación orgánica, hasta el punto de motivar una enmienda restrictiva basándose en la experiencia francesa<sup>77</sup>, se extiende también de modo general sobre la relación entre la Constitución y la legislación de desarrollo, prestando particular atención al tema de la rigidez del recurso a la mayoría cualificada y sobre algunas soluciones adoptadas por la *Grundgesetz* y por la Constitución italiana en materia de leyes aprobadas con tal mayoría<sup>78</sup>.

Muchas otras referencias al Derecho comparado fueron formuladas en diferentes ocasiones, incluso en los debates de otros temas relativos a las fuentes del derecho y a las relaciones que median entre ellas.

<sup>73</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 9.6.1978, n. 85, pp. 3144 ss.

<sup>74</sup> López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 14.7.1978, n. 110, p. 4280.

<sup>75</sup> De la Vallina Velarde, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 11.7.1978, n. 107, p. 4090.

También el derecho a la vivienda se introduce en la Constitución fundamentado en la normativa de otros países, como Portugal y Cuba: v. en nombre de los Socialistas y Progresistas independientes la intervención de Pérez-Maura de Herrera, en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 30.8.1978, n. 46, p. 2099.

<sup>76</sup> Sobre tales derivaciones v. entre otros R. PUNSET, *Estudios parlamentarios*, CEPC, Madrid, 2001 (por ejemplo y en el caso particular de las leyes orgánicas, p. 38).

<sup>77</sup> Se trata de la enmienda n. 53, cuya motivación textualmente afirma: «Por todo ello, parece aconsejable reducir la definición de leyes orgánicas, en los mismos términos que el artículo 46 de la Constitución francesa de 1958, en el que se in spira, sin duda, este precepto».

<sup>78</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 29.9.1978, n. 62, p. 3133.

En particular, un tema ampliamente debatido fue aquél de la «posición» de los tratados en la escala jerárquica. A tal fin, por ejemplo, se dijo que «una de las más recientes Constituciones —la francesa, de 1958— en su artículo 55°, reconoce la jerarquía de los tratados sobre las leyes»<sup>79</sup>. Otros constituyentes analizaron los mecanismos de recepción y de incorporación del Derecho internacional en los textos constitucionales de Weimar, Austria, Francia, Alemania, Portugal, etc.<sup>80</sup>.

Por todo lo relativo al procedimiento de formación de la ley, los antecedentes —un *Standing Order* inglés de 1713, el art. 40° de la Const. francesa de 1958, el art. 110° del *Grundgesetz*, y (un poco despropositado) el art. 81° Const. italiana— representaron un sólido argumento para elaborar el texto del art. 134.6 C.E., en la parte donde faculta al Gobierno para oponer la conocida *irricevabilité financière* sobre propuestas y enmiendas financieras no cubiertas<sup>81</sup>. El Senado, a su vez, propone a través de Luis Sánchez Agesta, la recepción del instituto francés del «*vote bloqué*», del texto legislativo (art. 44°), cada vez que el Gobierno ponga la moción de censura sobre un texto<sup>82</sup>.

## 7. FORMA POLÍTICA Y FORMA DE GOBIERNO

La doctrina española siempre ha puesto de relieve la originalidad de las soluciones adoptadas para afrontar el delicado problema de la «posición» de la Corona en el conjunto del ordenamiento: solución que se refleja también sobre el plano nominalista, con la elección de las palabras «forma política» en lugar de «forma di Stato» y de «forma de gobierno», precisamente para señalar la ambivalencia de la figura del Monarca dentro de éstas dos diferentes clasificaciones<sup>83</sup>.

Sin embargo, incluso tal elección se presenta como el fruto no solamente de acuerdos precisos de política interna, nacidos dentro de un clima difícil para la historia del país condicionada por los efectos de la transición, sino también como la decantación de profundas reflexiones sobre las

<sup>79</sup> Canyellas Balcells, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 6.6.1978, n. 81, p. 2950. V. también Sesión Plenaria, 13.7.1978, n. 109, pp. 4223 ss., con referencias del Derecho comparado y de la ley Fundamental alemana.

<sup>80</sup> Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 22.8.1978, n. 41, p. 1705.

<sup>81</sup> Tamames Gómez, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 18.7.1978, n. 112, pp. 4336 s.

<sup>82</sup> Enmienda n. 346 al texto aprobado por el Congreso.

<sup>83</sup> Señala la ambigüedad de la fórmula M. ARAGÓN REYES, «La Monarchia parlamentare», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (coordinadores), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., pp. 403 ss. e spec. p. 308. Así como R. BLANCO VALDÉS *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 2ª ed., cit., pp. 93 ss.

enseñanzas de Derecho comparado, en el ámbito tanto diacrónico como sincrónico.

Por lo tanto, para conciliar el instituto monárquico con la soberanía popular, las discusiones hacían referencia no solamente a la historia constitucional española, sino también a la de otros Países como Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo y Suecia con su Constitución de 1975<sup>84</sup>; para apoyar la idea de que el Jefe de Estado forma parte del Parlamento, las consideraciones se remontan incluso a una Constitución republicana —la irlandesa—<sup>85</sup>; para promover un Consejo privado aparte de la Corona, se utilizaron amplias alusiones de la tradición británica<sup>86</sup>, evocada también con el fin de establecer el papel del Rey en la designación del Gobierno<sup>87</sup>.

En cuanto atañe a la forma de gobierno, muy fuerte ha sido la influencia alemana, si bien los constituyentes han tenido en consideración alguna otras experiencias, como la inglesa, en un período —el de los años 70— de una intensa efervecencia reformadora de las Constituciones. (Se puede pensar a las aprobadas o revisadas en Portugal, Grecia, Suecia<sup>88</sup>).

Es preliminar a la configuración de la forma de gobierno en *sensu lato* el papel de los partidos: a tal fin en el debate de las Cortes Constituyentes, con relación al grave problema del control interno —es decir sobre la democratización de los mismos— fueron recordadas las experiencias de varios países (tales como Alemania, Francia, Portugal, Brasil), y promovidas soluciones intermedias, con la petición de sustituir las palabras «los partidos políticos expresan el pluralismo democrático» con las palabras «pluralismo político», y la sugerencia posterior, tomada de la *Grundgesetz*, de encargar el control al Tribunal Constitucional<sup>89</sup>.

No faltó quien, en la discusión sobre el derecho de petición, refiriéndose a la experiencia americana, recordara el *Lobby Act* de 1946 y el prin-

<sup>84</sup> Pérez-Llorca Rodrigo, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 11.5.1978, n. 64, p. 2201; Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 25.9.1978, n. 58, p. 2886.

<sup>85</sup> López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 9.6.1978, n. 85, pp. 2216 ss.

<sup>86</sup> López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 29.5.1978, n. 75, p. 2734; Id., Sesión Plenaria, 12.7.1978, n. 108, p. 4159, donde cita también el art. 87 de la Constitución italiana; López Rodó, *ibidem*, p. 4162; Pérez-Llorca Rodrigo, *ibidem*, p. 4164.

<sup>87</sup> Barrera Costa, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 13.7.1978, n. 109, p. 4227, todavía con referencias al Reino Unido y Suecia, y Herrero Rodríguez de Miñón, *ivi*, p. 4229, con reenvíos a Bélgica.

<sup>88</sup> Cfr. A. PENSOVACCHIO LI BASSI, *Gli organi di governo nelle Costituzioni europee degli anni 1975-1978*, Giappichelli, Torino, 1988.

<sup>89</sup> Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 22.8.1978, n. 41, pp. 1690 ss. Entre las primeras consideraciones doctrinales a las recepciones hechas en el texto del proyecto de Constitución, J. SANTAMARÍA, «Partidos políticos y pluralismo democrático», en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, cit., pp. 21 ss.

cipio de «acceso» de la sociedad civil y del mundo económico en el Parlamento y de modo particular en las comisiones parlamentarias<sup>90</sup>.

Acerca del sistema electoral, con el fin de evitar la constitucionalización del sistema electoral proporcional, o en caso contrario, para apoyar esta alternativa, los diputados Terno Galván y Fajardo Spínola contrapusieron las soluciones adoptadas respectivamente en Alemania, Francia, Bélgica, Grecia, de una parte, y Portugal e Italia de la otra; mientras a su vez Roca Junyent observó —con una notable sensibilidad comparativa— que los contextos de referencia tomados de Dinamarca, Noruega, Suiza, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Italia no siempre se adaptaban a la realidad española<sup>91</sup>.

El tema comparativo como presupuesto de la comparación, es decir, la idoneidad de los institutos extranjeros para ser recibidos en contextos diferentes, caracterizó también la polémica relativa a la moción de censura constructiva y en general el tema de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, considerando que así como se estructura en la *Grundgesetz*, pudiera ser demasiado rígida para adaptarse a la nueva realidad constitucional española; el otro, sosteniendo la tesis contraria, con el soporte de la Constitución francesa y el aparato de instrumentos de racionalización introducidos por el Título V encaminados a reforzar la posición del Gobierno ante el Parlamento<sup>92</sup>.

Todavía sobre las relaciones entre Gobierno y Parlamento, con relación al papel de la segunda Cámara y a la disolución automática de las dos Asambleas en caso de moción de censura, la enmienda n. 600 aprobada por el Congreso de los Diputados fue justificada valiéndose de referencias comparadas, en las cuales se evidenciaba que donde la relación de confianza se instauraba para las dos asambleas (Italia, Bélgica, Holanda), y en caso verificarse la censura, el jefe del Estado puede disolver bien sea una de las Cámaras o ambas<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 13.7.1978, n. 109, p. 4205.

<sup>91</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 1.7.1978, n. 78, pp. 2836 ss. V. también las referencias a otras experiencias, como las de la Tercera República francesa, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca y Suecia, recordadas por el Ministro de Justicia Gómez de las Rocas, también con el fin de introducir el equilibrio territorial, en *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 9.5.1978, n. 61, p. 2104 y por Solé Tura y Alzaga Villamil, *ivi*, Sesión Plenaria, 12.7.1978, n. 108, pp. 4178 ss. y 4187 y *ivi*, Sesión plenaria, 13.7.1978, n. 109, p. 4233.

<sup>92</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 6.6.1978, n. 81, pp. 2972 s.; v. también la intervención de Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 6.9.1978, n. 50, p. 2383, con especiales referencias a las experiencias alemana, francesa, italiana.

<sup>93</sup> V. al respecto también la intervención de Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 7.9.1978, n. 51, p. 2406.

## 8. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

Como se ha venido señalado hasta ahora, las influencias comparadas en materia de forma de gobierno, así como de las fuentes del derecho han tenido el modo de constatar que también en los ámbitos organizativos de los órganos constitucionales y del aparato estatal se manifiestan notables influjos de algunas experiencias extranjeras. En especial —como es bien sabido— el modelo principal que se sigue en materia de organización territorial del Estado es el de la República Federal alemana, si bien son numerosos los reenvíos que se hacen también a las Constituciones francesa, italiana, inglesa y a las de otros ordenamientos jurídicos.

Transladando problemas generales y ampliamente conocidos, notamos como, por ejemplo, en cuanto se refiere al Parlamento, con excepción de las decisiones estratégicas sobre el papel de la segunda Cámara<sup>94</sup>, la enmienda n. 202 del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso invitaba a atribuir el poder de investigación a las dos Cámaras, y no solamente a la Cámara baja, siguiendo el ejemplo de la Constitución belga, holandesa, etc.<sup>95</sup>. En modo similar, la situación desigual entre Congreso y Senado en materia de la iniciativa de las leyes, así como había sido elaborada por el Anteproyecto y el Congreso, posteriormente es contestada en el Senado con amplias alusiones a la Ley Fundamental alemana, y a las Constituciones mexicana, francesa, italiana, así como también a las Constituciones estadounidense y portuguesa, incluso en los temas que se relacionan con el papel del Presidente en cuanto al poder de veto<sup>96</sup>. Mientras a su vez el instituto de la petición no podía no referirse a los históricos precedentes ingleses<sup>97</sup>.

El art. 34 de la Constitución danesa fue recordado, con ironía, en cuanto «extravagante», para suprimir el tercer inciso del art. 61° del Proyecto, con relación al tema de la inviolabilidad de las Cortes<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> V. por ejemplo la enmienda n. 47 del texto aprobado por el Congreso, por los Progresistas y Socialistas independientes, quienes promovían una solución análoga a la que había sido ya adoptada por el *Bundestag* alemán, con representación además que de las Provincias de las Comunidades Autónomas, sobre designación de los órganos de éstas últimas. V. Sobre los trabajos preparatorios las referencias en R. PUNSET, *Estudios parlamentarios*, cit., pp. 49 ss.

<sup>95</sup> Julio Gutiérrez Rubio per il Gruppo Misto. Para posteriores referencias de los trabajos preparatorios, A. GUDE FERNÁNDEZ, *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Ed. Un. de Santiago de Compostela, 2000, pp. 150 ss.

<sup>96</sup> Gutiérrez Rubio e Villar Arregui, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 5.9.1978, n. 49, pp. 2278 ss.

<sup>97</sup> Inciso Recio, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 29.8.1978, n. 45, p. 1976.

<sup>98</sup> Enmienda n. 328, de L. Sánchez Agesta.

En materia de Administración Pública, se cita en múltiples oportunidades el art. 28° de la Constitución italiana, en materia de responsabilidad directa de los funcionarios<sup>99</sup>; las Constituciones y la legislación de actuación en Francia, Bélgica, Italia, Holanda, sobre la composición y sobre todo las funciones del Consejo de Estado<sup>100</sup>; los textos constitucionales italiano, en contraposición de los de Holanda y Suecia, en los cuales en mérito de la entrada en la carrera administrativa por parte de los funcionarios no «se entra en tanto detalle de mérito y capacidad»<sup>101</sup>.

Con respecto al Poder Judicial —aparte del conocido «traslado» del homólogo órgano italiano del Consejo General del Poder Judicial<sup>102</sup>, y de los distintos modelos continentales, así como de las consideraciones basadas en la experiencia histórica española, sobre el cuadro completo de la organización de justicia—, observamos como la disposición particular de la Constitución ha recibido el aporte de la normativa extranjera. En primer lugar, con referencia a las Constituciones francesa e italiana, se planteó si el Poder Judicial era un «poder», como después aparecería en el texto definitivo, o una «autoridad», como en Francia, o en último término un «orden», como en Italia<sup>103</sup>. En general, sobre el papel del Poder Judicial en la tutela de los derechos, Martín-Retortillo Baquer hacía amplias consideraciones sobre el art. 113° de la Constitución italiana, en los puntos donde se admite la tutela jurisdiccional sin exclusión o limitación a particulares medios de impugnación o para determinadas categorías de actos, así como en los artículos 19.4 de la Ley Fundamental alemana sobre el derecho de actuación por la vía judicial frente a la vulneración de los propios derechos<sup>104</sup>. Después, por ejemplo, viene colocada dentro del contexto correcto, por parte de Peces-Barba Martínez, la designación directa del Fis-

<sup>99</sup> Enmienda n. 39 del texto aprobado por el Congreso, por parte de los Progresistas y Socialistas independientes.

<sup>100</sup> Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 6.9.1978, n. 50, p. 2371.

<sup>101</sup> Fajardo Spínola, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 22.5.1978, n. 71, p. 2574. Entre la doctrina, el hecho de que el diseño de la Administración española delineado por la Constitución comprendería todo el aparato del Estado «acumulado durante varios siglos» ha sido resaltado por J. PÉREZ ROYO *Curso de Derecho Constitucional*, 5ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 599 y recordado por R. SCARCIGLIA, «Amministrazione pubblica e Costituzione spagnola. Profili ricostruttivi alla luce della giurisprudenza del Tribunale costituzionale», en L. PEGORARO, A. RINELLA y R. SCARCIGLIA (coordinadores), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, cit., p. 210.

<sup>102</sup> Observa que la formulación «se ha ganado, con razón, la denominación de “italiana”», L. MOSQUERA, «La posizione del potere giudiziario nella Costituzione spagnola del 1978», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (cur.), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., p. 683.

<sup>103</sup> López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 20.6.1978, n. 93, p. 3532.

<sup>104</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 6.9.1978, n. 50, p. 2367.

cal por parte del Ejecutivo en los Estados Unidos de América, poniendo de relieve la diferencia del marco jurídico-institucional americano con relación al español<sup>105</sup>. En otro punto, se hace referencia a una Ordenanza francesa de 1958, y a la jurisprudencia sucesiva del Consejo de Estado, para prohibir a los magistrados manifestarse políticamente<sup>106</sup>; legislación y Constituciones francesas fueron recordadas también a propósito del estatuto del Poder Judicial, incluso con relación al derecho de huelga<sup>107</sup>.

## 9. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER

Acerca de la división horizontal del poder, el modelo regional conocía ya un precedente desde la Constitución republicana del 31, y al mismo tiempo una prueba más reciente —la italiana— permitía comprobaciones provechosas en el campo de su funcionalidad<sup>108</sup>. Contemporáneamente, el Derecho comparado ofrecía posteriores soluciones alternativas a las cuales atender, como las federales experimentadas en los Estados Unidos, Suiza y sobre todo en Alemania, mientras Francia podía servir de comparación *a contrario*, como emblema del Estado centralizado.

Las peculiares exigencias de las culturas regionales ibéricas, las batallas históricas, los temores por las fuertes reivindicaciones no solo locales sino también secesionistas marcaron profundamente la elaboración de la Constitución, en la parte dedicada al ordenamiento autonómico. No debe causar estupor la llamada al Derecho comparado que servía de soporte (o a menudo de disfraz) para justificar visiones preconcebidas, por una u otra parte, así como para identificar el punto medio y el compromiso que desde siempre alimentan la redacción de textos estables y duraderos.

Sobre los problemas centrales —unidad del Estado, proclamación de la soberanía de los entes intermedios, derecho de secesión— las referencias a las experiencias extranjeras fueron numerosas. Veamos sólo un caso con finalidad ejemplificativa.

Se ha observado que donde, como en Suiza, la Constitución asegura la soberanía de los Cantones, el único conflicto político serio se había presentado por la tentativa del territorio del *Jura* de formar un cantón propio,

<sup>105</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 8.6.1978, n. 84, p. 3125.

<sup>106</sup> Bolea Foradada, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 8.6.1978, n. 84, p. 3133.

<sup>107</sup> Ruíz Mendoza, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 13.7.1978, n. 109, pp. 4255 s.

<sup>108</sup> Entre los primeros en señalar los «evidentes motivos de afinidad o incluso de identidad textual» entre el Anteproyecto y la Constitución italiana L. PALADIN, «L'ordinamento regionale in Spagna in relazione all'esperienza italiana», en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, p. 133.

mientras en el Estado más centralista, Francia, al abrigo de los Pirineos, habían surgido cuatro movimientos secesionistas<sup>109</sup>; que también en un Estado regionalista como Italia está asegurada en primer lugar la unidad del Estado<sup>110</sup>; que en Suiza la soberanía es de los pueblos y de cada Cantón, como sucede en los modelos confederados (lo que es notoriamente falso, a pesar de el *nomen iuris* de la Confederación suiza y la expresa norma constitucional en tal sentido), y que en todo caso la elección de un Estado federal es confirmada por los Estados Unidos de América y por otros Estados que se encuentran a «un tiro de piedra» de España, como Alemania, Austria y la Confederación suiza<sup>111</sup>; que es indispensable distinguir la soberanía nacional a la cual se refieren las Constituciones alemana, irlandesa, italiana, de la popular<sup>112</sup>; que soberanía y origen caracterizan igualmente los *Länder* alemanes (como Baviera)<sup>113</sup>; que el derecho de secesión está asegurado en ordenamientos como el de la U.R.S.S., bicameral con representación de las nacionalidades, aunque no se encuentra en otros países<sup>114</sup>, pero que el cimiento de la Unión Soviética es el partido único y el derecho de secesión nunca ha sido ejercitado<sup>115</sup>; que el ejemplo suizo, así como el del Reino Unido, Bélgica, Checoslovaquia, Yugoslavia demuestran, al menos, que se puede hablar de «comunidades nacionales en el seno de una comunidad nacional superior»<sup>116</sup>; que va potenciado el papel del Senado como Cámara territorial, con el fin de dar una garantía en mayor grado a la periferia, y que con tal propósito «hay que buscar precedentes ilustres para la introducción de preceptos que tienen que venir a solucionar casos hipotéticos que nadie desea se produzcan ... pero que la historia conoce que se han producido»<sup>117</sup>. En general, se ha puesto en evidencia que Ale-

<sup>109</sup> Arzalluz Antía, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 5.5.1978, n. 59, pp. 2064 s.

<sup>110</sup> Ortí Bordás, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 5.5.1978, n. 59, p. 2064 y p. 2187.

<sup>111</sup> Latemendia Belzunce, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 5.5.1978, n. 59, p. 2182 e *ivi*, 14.6.1978, n. 88, p. 3260. V. también Id., Sesión plenaria, 4.7.1978, n. 103, p. 3772 (con referencias a Suiza, Alemania, Austria).

<sup>112</sup> Ancora Ortí Bordas, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 5.5.1978, n. 64, p. 2187.

<sup>113</sup> Arzalluz Antía, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria, 4.7.1978, n. 103, p. 3789; *contra* la intervención de Pérez-Llorca Rodrigo, *ivi*, p. 3791.

<sup>114</sup> Ortí Bordas, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 12.5.1978, n. 66, p. 2179.

<sup>115</sup> Pérez-Llorca Rodrigo, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 16.6.1978, n. 91, pp. 2328 s.

<sup>116</sup> Peces-Barba Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 12.5.1978, n. 66, p. 2304.

<sup>117</sup> Pérez-Llorca Rodrigo, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 12.5.1978, n. 66, p. 2304. Sobre el hecho, la referencia fue a la de la República federal alemana.

mania e Italia han sido puntos de referencia, y que el modelo italiano «está muy cerca de nosotros»<sup>118</sup> y su Constitución «en tantas materias ha sido modelo de la que estamos nosotros aprobando aquí»<sup>119</sup>.

El ejemplo italiano, que como expresamente se recuerda en varias ocasiones ha inspirado los análisis de las Cortes, ha sido en otras utilizado sin conocimiento de causa, por ejemplo para lamentar que en España la base electoral del Senado sea la provincia, mientras que en Italia el Senado es elegido por base regional (pero olvidando que, en virtud de la ley electoral, de hecho en Italia el Senado no es en efecto una Cámara de las Regiones)<sup>120</sup>, o para abolir la prohibición de los acuerdos entre Comunidades Autónomas, trayendo a colación —además del art. 29º de la *Grundgesetz*— al art. 5º Const. italiana (que se refiere principalmente a los entes locales menores, no a las Regiones)<sup>121</sup>.

También sobre temas más específicos no han faltado remisiones a las soluciones adoptadas en el exterior: por ejemplo, para recordar que un Estado federal como Austria no tiene un cuerpo de policía autónomo<sup>122</sup>; o que en Francia y Alemania las aguas son de competencia central y no de los entes descentralizados<sup>123</sup>, y que el «reparto político de los puestos administrativos», antes de la regionalización, y la división de servicios como el de policía (entre otros) es el sistema más seguro «para matar a un Estado», como ha demostrado la experiencia italiana descrita en un libro publicado en Francia<sup>124</sup>. O para señalar a la (insuficientemente desarrollada) disposición del art. 119º Const. italiana en materia de finanzas autónomas de las Regiones<sup>125</sup>, o más extensamente a las modalidades de reparto de los recursos fiscales del Estado y los entes periféricos en Suiza, Austria, Alemania, México, Yugoslavia, Unión Soviética, Francia<sup>126</sup>, así como también

<sup>118</sup> Zabala Alcibar, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 3.10.1978, n. 65, p. 3229.

<sup>119</sup> Benet Morell, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 3.10.1978, n. 65, p. 3241.

<sup>120</sup> Benet Morell, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 5.9.1978, n. 53, p. 2555.

<sup>121</sup> Unzueta Uzcanga, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 12.9.1978, n. 49, p. 2243.

<sup>122</sup> López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 16.6.1978, n. 91, p. 3416.

<sup>123</sup> Martín-Retortillo Baquer, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 12.9.1978, n. 53, p. 2579.

<sup>124</sup> Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria, 4.7.1978, n. 103, p. 3777. Y, contra, sen. Monreal Zía, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 12.9.1978, n. 53, p. 2576, con referencias al Reino Unido, Dinamarca, Alemania, Suiza.

<sup>125</sup> Bravo de Laguna Bermúdez, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria, 18.7.1978, n. 112, p. 4334, el cual recuerda también las experiencias estadounidense y francesa.

<sup>126</sup> Letamendía Belzunce, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria, n. 113, 19.7.1978, p. 4398.

para hablar del principio de la solidaridad fiscal tratado en el inciso 2 y 3 del art. 120° de la Const. italiana o 149° de la Ley Fundamental alemana<sup>127</sup>. Además, para justificar la especialidad de algunas normas, acercando el caso de las Canarias al de la Sicilia<sup>128</sup>, para apoyar la incompatibilidad entre dos cargos de consejero regional en distintas Regiones, o entre el cargo de parlamentario y de consejero regional, como es en Italia<sup>129</sup>, para introducir un poder exterior de las Comunidades Autónomas, de forma similar a como sucede en Alemania, Portugal, Suiza, Estados Unidos, URSS, Yugoslavia (con referenciao a Eslovenia), Bélgica, Portugal (Isla de Madeira)<sup>130</sup>.

Puesto que el problema lingüístico está siempre o casi siempre supeditado al del reparto del poder a nivel territorial, vale la pena referirse en este momento, sin perjuicio de lo que se dirá en la parte dedicada a los derechos, que precisamente en conexión con la temática del Estado autonómico se afronta en muchas ocasiones, con amplias remisiones a las soluciones recorridas en otros lugares: sea para decir que «el Derecho comparado no es precisamente algo que en esta materia valga, porque cada tierra hace su guerra en estas cuestiones»<sup>131</sup>, sea para contestar que en Holanda o en Alemania las minorías lingüísticas pretenden agregarse a los Estados donde su propio idioma es mayoritario<sup>132</sup>.

En fin, incluso sobre el gobierno local no faltan referencias a las experiencias extranjeras, como por ejemplo a la del Reino Unido para afrontar el histórico problema, presente en tantos países, de la reducción del número de municipios<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> Yebra Martul-Ortega, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria, 19.7.1978, n. 113, p. 4416, y Hurtado Simo, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 30.8.1978, n. 46, p. 2074, que remite también al Reino Unido. V. así mismo la enmienda n. 709 al texto dell'Anteproyecto, firmada por Perfecto Yebra Martul-Ortega del U.C.D.

<sup>128</sup> Enmienda n. 967 del texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso (Doña M.D. Pelayo Luque).

<sup>129</sup> Díez-Alegría Gutiérrez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 31.8.1978, n. 47, p. 2175, y la enmienda del Anteproyecto ya presentada por Ortí Bordás al art. 133.

<sup>130</sup> Monréal Zía, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 6.9.1978, n. 50, p. 2329; Id., Sesión Plenaria, 3.10.1978, n. 65, p. 3242 y p. 3251; Xirinacs Damians, *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 25.9.1978, n. 108, p. 2869.

<sup>131</sup> Trías Fargas, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria, 5.7.1978, n. 104, donde se cita también la utilización del idioma galo en el Reino Unido.

<sup>132</sup> Pujol Soley, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión plenaria, 19.7.1978, n. 113, p. 4404.

<sup>133</sup> Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 14.6.1978, n. 88, p. 3237.

## 10. EL SISTEMA DE LAS GARANTÍAS

Con relación al Defensor del Pueblo, la enmienda del art. 46° del Anteproyecto, firmada por el grupo del U.C.D., se inclinaba a negar el poder de decisión del Defensor. La justificación se basaba exclusivamente en razones comparadas, con referencias no sólo de países en los cuales nació el *Ombudsman*, sino también de países como Portugal, Inglaterra, Francia y las Regiones italianas que lo habían institucionalizado<sup>134</sup>. El ejemplo de la Toscana fue recordado también para apoyar la constitucionalización del Defensor del Pueblo de las Comunidades Autónomas<sup>135</sup>.

Otro debate «candente», para el cual muchas normas extranjeras fueron tenidas en consideración, además del relativo al contenido esencial de los derechos<sup>136</sup>, fue el de la suspensión de los mismos<sup>137</sup>. Naturalmente, las referencias más frecuentes fueron al art. 16° de la Constitución francesa<sup>138</sup>, pero no faltaron las remisiones a otros ordenamientos: como el de Inglaterra, en el cual la materia es prerrogativa de la Corona<sup>139</sup>; o bien de Alemania para sostener la introducción de la suspensión individual de los derechos, como lo establece el art. 18° de la *Grundgesetz*<sup>140</sup> (solución que claramente no ha tenido mucha suerte a nivel de derecho comparado<sup>141</sup>) o (art. 80°a, GG) la previsión de mayorías cualificadas para proclamar los estados de excepción<sup>142</sup>.

El tema de las garantías encuentra su importante momento jurídico no solamente en el análisis de las disciplinas sustanciales, sino también en el

<sup>134</sup> La enmienda es la n. 779.

<sup>135</sup> Cabala Alcibar, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 31.8.1978, n. 47, p. 2128.

<sup>136</sup> Sobre la recepción de la cláusula del art. 53.1 C.E. de la Ley Fundamental de Bonn v. entre otros J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, C.E.C., Madrid, 1994, pp. 339 ss.

<sup>137</sup> Amplias remisiones a los antecedentes extranjeros en P. CRUZ VILLALÓN, «La protezione straordinaria dello Stato», in E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (curadores), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., pp. 647 ss. Para ulteriores referencias más actualizadas, A. ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, *passim*.

<sup>138</sup> Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 30.5.1978, n. 76, p. 2770.

<sup>139</sup> También Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 30.5.1978, n. 76, p. 2770.

<sup>140</sup> Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 31.8.1978, n. 47, p. 2138.

<sup>141</sup> Cfr. S. BALDIN, *Le «altre» funzioni delle Corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, E.U.T., Trieste, 2000, p. 57.

<sup>142</sup> Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 5.9.1978, n. 49, p. 2267, y 7.9.1978, n. 51, p. 2411.

de la rigidez de la Constitución y en las modalidades de reforma así como naturalmente en la justicia constitucional.

El problema principal que afrontaron las Cortes constituyentes fue, claramente, el relativo al «grado» de rigidez del texto: y a tal fin fueron evocadas, junto a conocidas doctrinas políticas (es suficiente con citar la idea de que ninguna generación puede vincular a las generaciones futuras, expresada por la Constitución francesa de 1793), también disciplinas positivas, como las que se relacionan con la Constitución americana, o con las tradiciones propias de la Constitución inglesa<sup>143</sup>. De esta manera, no obstante las duras críticas y las valientes defensas, apoyadas por ejemplos comparados marcadamente contrarios, fue la pretensión, que después se mantuvo en el texto constitucional, de conservar la inmutabilidad de la Carta: pretensión —como lo resaltan los trabajos parlamentarios— desmentida por las experiencias de Brasil y Grecia, y confirmada sólo por la —muy poco acreditada, como se dijo en su momento— del Japón<sup>144</sup>; mientras luego la solución escogida (todos lo saben) fue la de la rigidez gradual, distinguiendo las revisiones menores de las totales o relativas a temas fundamentales, «como recientemente se ha experimentado en Venezuela»<sup>145</sup>. Asimismo, con relación a los límites absolutos de la revisión, fueron presentados varios ejemplos, tanto para el tema de la «forma política», como para el de la integridad territorial, con particular referencia a la reciente Constitución portuguesa<sup>146</sup>. Respecto a los procedimientos de revisión, se sostuvo por parte de la Agrupación Independiente del Senado que la iniciativa popular se niega al pueblo en los regímenes «de pretensión o estructura autoritaria» y que «el artículo 89º de la Constitución francesa de 1958 pudiera ser una buena muestra de ello»<sup>147</sup>.

El argumento que comunica el procedimiento de revisión con la justicia constitucional se encuentra en las modificaciones constitucionales implícitas (elaboradas inclusive para atribuir nuevos significados a las palabras de la Constitución): a tal fin, fueron retomadas las Constituciones holandesa y alemana, y se propuso que cada revisión indicara expresamente las disposiciones que se debían modificar o adicionar<sup>148</sup>.

<sup>143</sup> Peces-Barba Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 5.6.1978, n. 59, p. 2033.

<sup>144</sup> Alzaga Villaamil, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 20.6.1978, n. 93, p. 3470.

<sup>145</sup> Recuerda que la Ponencia hacía tal consideración Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 20.6.1978, n. 93, p. 3471; Id., con referencia también a la Confederación suiza, *ibidem*, Sesión Plenaria, 20.7.1978, n. 115, p. 4531.

<sup>146</sup> Carro Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 20.7.1978, n. 115, pp. 4532 s.

<sup>147</sup> Enmienda n. 648 del texto aprobado por el Congreso.

<sup>148</sup> Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 8.9.1978, n. 52, p. 2518.

En relación con el tema de la justicia constitucional, en fin, siguiéndose un *trend* al parecer difundido, se verificó una fuerte hibridación de modelos, aunque acoplada con soluciones autóctonas<sup>149</sup>. La solución acogida en el texto definitivo de la Constitución fue elaborada efectivamente teniendo en cuenta los modelos clásicos, así como los de las experiencias estadounidense, pero sobre todo alemana e italiana de la segunda posguerra<sup>150</sup>. En orden a la estructura del Tribunal Constitucional, por ejemplo, el senador Villar Arregui recordó las soluciones adoptadas en Alemania y en Italia<sup>151</sup>. Peces-Barba Martínez se refirió a *Marbury vs Madison* para aplaudir el abandono de la anticuada visión montesquiana del juez como «boca de la ley»<sup>152</sup>. Alzaga Villamil manifestaba su temor, ignorando las experiencias italiana y alemana, de que el mecanismo de control incidental confiriera a los jueces el poder de decidir, introduciendo un sistema a la «americana», mientras la tendencia se dirigía en el sentido de la concentración de poder en manos de un único Tribunal especializado para la decisión de la inconstitucionalidad de la ley<sup>153</sup>. A lo cual respondía, mencionando precisamente las soluciones adoptadas en Italia y Alemania, el mismo Peces-Barba, declarando que su Grupo era favorable a recorrer un camino tan provechosamente experimentado<sup>154</sup>.

## 11. LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y SU FUNCIÓN COMO MODELO

El análisis desarrollado en los párrafos precedentes —queremos confirmarlo— no tenía como fin analizar sistemáticamente los principios y las disposiciones de la Constitución española, con la intención de medir, tal vez solo cuantitativamente, los aportes del Derecho extranjero en la elabo-

<sup>149</sup> Cfr. para un análisis en profundidad, del propio autor, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>150</sup> Entre los primeros en señalarlo F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES, «La giurisdizione costituzionale nella Costituzione spagnola del 1978», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI, (curadores), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., p. 782. Bibliografía actualizada y con referencias al debate constituyente, con la observación de que el modelo de referencia ha sido el alemán, con alguna variación importante, en J. LOZANO MIRALLES y A. SACCOMANNO, *El Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 31 ss.

<sup>151</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria, 8.9.1978, n. 52, p. 2023. La observación de tales modelos inspiradores es pacífica entre la doctrina: por todos v. R. BLANCO VALDÉS, *La politica e il diritto: vent'anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)*, cit., p. 15.

<sup>152</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 16.6.1978, n. 91, p. 3435.

<sup>153</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas, 19.6.1978, n. 92, p. 3454.

<sup>154</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, Sesión Plenaria, 20.7.1978, n. 115, p. 4523.

ración del producto final. Más limitadamente, se proponía verificar por medio de una muestra «tipo» la medida en la cual los argumentos del Derecho comparado han aparecido en la discusión de las Cortes, incluso para hacer referencia a temas todavía considerados marginales, o de cualquier modo raros y en cada caso poco estudiados con relación al cuadro general y a las materias ya ampliamente conocidas e ilustradas por la doctrina española y de otros países.

La (fatigosa) investigación ha comprobado que, cualquiera que haya sido la utilización hecha por las Cortes en la redacción del texto definitivo de la Constitución española, las referencias al Derecho comparado han jugado un papel indispensable para organizar el *mélange* de institutos autóctonos y de institutos importados, dando como resultado un *unicum* dentro del marco comparado, compuesto sabiamente en modo crítico y sometido a la prueba de la evolución, susceptible de ser considerado a su vez como un modelo para las recepciones externas. En efecto, aun cuando la recepción del modelo no se haya producido, o no se haya manifestado específicamente en una disposición, la proyección de las soluciones desarrolladas en el extranjero o arraigadas en la historia constitucional de otros países, ha sido tomada en consideración primero por la Ponencia, después por las Cortes, para valorar el texto y adaptarlo a las exigencias de la historia, la economía, la sociedad y la política españolas.

La historia constitucional es rica en ejemplos de recepción de modelos del *law in the books*, y de las *constitutions in the books*, que no están sujetos a la prueba de los hechos ni a la comprobación de la interpretación<sup>155</sup>, y sobre un plano ulterior, al análisis doctrinal mordaz que desde hace algunos años produce en España volúmenes y ensayos que no son solamente de Derecho *interno* o de Derecho *extranjero*, y en los que el análisis comparado no es nostálgicamente relegado a las notas a pie de página o a endebles capítulos o párrafos, sino a verdaderos textos de Derecho comparado, que incluso sirven de soporte a una crítica constitucional basada en argumentos comparados.

La Constitución española no ha tenido la posibilidad de «venderse» inmediatamente como modelo. En efecto, acabándose el ciclo constitu-

<sup>155</sup> Es suficiente pensar en las Constituciones exportadas por la fuerza (como las de la Revolución francesa, o las coloniales o las de los Países socialistas), a las recepciones de modelos impuestas, o a aquellas donde la autoridad del modelo hegemónico, unido a las carencias culturales del ordenamiento receptor, inducen los *Framers* a rendirse a los pies de un texto emblemático recientemente adoptado (y todavía no experimentado), como en el caso de numerosas Republicas de la ex U.R.S.S. Sobre los diferentes tipos de recepción de modelos cfr. L. PEGORARO y A. RINELLA, *Introduzione al Diritto pubblico comparato*, cit., pp. 62 ss. Mientras, para el análisis de Constituciones todavía no experimentadas, nos permitimos remitirnos a las páginas introductorias de L. PEGORARO, «Il sistema delle fonti giuridiche nelle Costituzioni dell'Est europeo», en *Quad. cost.*, 1995, pp. 111 ss., y en *Eur. Journ. Of Law, Phil. and Computer. Sc.*, 1995, IV, pp. 233 ss.

cional de los años 70, sólo al final de los 80 se ha inaugurado, no solamente en el Este europeo y en América latina, sino también en otros países como Sudáfrica, Bélgica, Suecia, Suiza, Grecia e Italia, una nueva fase en la cual se percibía la necesidad de renovar desde los fundamentos mismos las Constituciones obsoletas, o al menos de plantear el problema de los textos que venían siendo reputados como inadecuados a las nuevas exigencias.

El texto de 1978 ha logrado ser valorado en la medida en que se venía estructurando *in action*, supeditado a la confrontación entre la legislación orgánica y la ordinaria y de desarrollo, y sobre todo al trabajo de interpretación/adaptación hecho por el Tribunal Constitucional<sup>156</sup>, y además, como se ha dicho, a la investigación científica.

No es posible, en este momento, analizar los trabajos preparatorios de todas las Constituciones mencionadas, con la finalidad de medir los aportes del constitucionalismo español en su redacción. Nos limitaremos por lo tanto a algunas pocas anotaciones relacionadas con los temas de mayor importancia.

Respecto al tema de los derechos, los nuevos constitucionalismos del Este europeo, de América Latina, de Sudáfrica en los años 90 no han podido ignorar las innovaciones introducidas por la Constitución española, si bien, después de pocos lustros de su entrada en vigor, la enumeración del texto del 78 ya manifestaba señales inadecuadas con relación a la aparición de nuevas exigencias, tanto de solicitar la intervención del Tribunal Constitucional o del legislador para lograr su integración. Se debe anotar que el inciso 2 del art. 10° ofrece, en España, un criterio interpretativo y de adaptación original, en el sentido de que: «Las normas relacionadas con los derechos fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Es precisamente esta fórmula objeto de recepción, especialmente en Europa centro-oriental y en la ex-U.R.S.S.

En cuanto a las fuentes, la enseñanza que proviene de España es marcadamente negativa, de tal forma que ha inducido a estudiosos y *conditores legum* a investigar soluciones más coherentes, aun cuando a la pulverización del tipo legal se acompañe la conciencia de que la unidad de la categoría, en su momento vehementemente reivindicada por Ignacio de Otto, represente ahora sólo un recuerdo del pasado. Con tal propósito se hace, entre otras, la siguiente observación: si bien las leyes orgánicas han sido importadas en España de Francia, el constituyente español les ha cambia-

<sup>156</sup> ... el cual, a su vez, no deja de remitir reiteradamente desde las mismas motivaciones al Derecho comparado, como hemos intentado demostrar en L. PEGORARO y P. DAMIANI, «Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali», en *Riv. dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1999, pp. 411 ss., y en español, en *Rev. Jur. Un. Castilla-La Mancha*, 1999, pp. 209 ss.

do la naturaleza, al menos desde el punto de vista de la tipología, sujetando a su régimen la extensa materia de los derechos y de las libertades. Ayudando, de tal manera, a replantear el modelo<sup>157</sup>, ofreciendo por lo tanto sobre el «*free trade market of ideas*» una opción alternativa a la francesa: opción acogida por ejemplo por la Constitución húngara, que prescribe la mayoría de los 2/3 de los presentes para muchas leyes en materia de libertades, así como ha sido elegida también por algunas Constituciones latinoamericanas.

Una discusión análoga puede ser hecha sobre la forma de gobierno. Híbrido del modelo alemán con algunas instituciones de racionalización heredadas del Título V de la Constitución de la V República francesa, y con otros aportes tomados de Italia y de otros lugares, la Constitución española se ha, por así decirlo, metido dentro de un nuevo modelo eurístico, enseñando que el sistema palamentario puede funcionar, con la condición de que el sistema electoral pueda permitirlo. Igualmente en este caso, las recepciones del modelo efectuadas sobre todo en el Este, pero también en Italia, si bien no han sido siempre ni directamente influenciadas por el ejemplo español, lo han sido gracias a la especial atención procurada al modelo funcional —en el cual participa España— que coloca en el centro del sistema no solo el juego plural de los partidos, la relación de confianza entre el ejecutivo y el parlamento, el papel neutral del Jefe del Estado, sino también la gobernabilidad, el intercambio y el control de la oposición sobre la mayoría...

La originalidad de la descentralización territorial en España consiste en el hecho de que permite un desarrollo diferenciado respecto del regionalismo, de tal suerte que los niveles de competencia asumidos representan una variable que depende sólo (o casi) de cada Comunidad. En este caso, la capacidad de «exportación» del sistema español está demostrada *per tabulas*: al menos en Italia —país que había ofrecido a España en los años 70 no pocas ocasiones de reflexión para construir el Estado autonómico— la reciente revisión constitucional al Título V (2002) se ha inspirado directamente en el mecanismo «a varias velocidades» de matriz española.

Para finalizar, también el sector de la «justicia constitucional» es muy educativo: si bien en Italia la Comisión parlamentaria para las reformas constitucionales no la ha tenido en cuenta, la experiencia del Tribunal Constitucional ha señalado una lenta profundización del juicio incidental, favoreciendo la utilización del recurso con el fin de dirimir los conflictos entre el centro y la periferia y, sobre todo, ha demostrado que en los casos de tutela de los derechos por vía del amparo, el Juez de las leyes se encuentra completamente absorbido por dicha función. Como se ha venido resaltando por parte de la doctrina, cuidadosa al tomar los datos ofrecidos

<sup>157</sup> Cfr. L. PEGORARO, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Cedam, Padova, 1990.

por la experiencia española (y alemana), y por parte de los mismos jueces constitucionales, podemos decir que —aunque no solo ésta sea la causa— sí ha contribuido a dejar de lado el proyecto.

## 12. CONCLUSIONES

La capacidad de una Constitución para elevarse como modelo ejemplar está determinada por varias circunstancias, y pocos son los ordenamientos que han logrado elevarse a la categoría de símbolo positivo (o en algún modo negativo, como ocurre por ejemplo al régimen fascista italiano, imitado con adaptaciones profundas por el Tercer Reich y por la misma España franquista)<sup>158</sup>: es considerada ejemplar por los comparatistas la Constitución inglesa, con relación a los distintos elementos (desde la forma de gobierno hasta la tutela de los derechos, desde el sistema jurisdiccional hasta el papel de la Corona, etc.); ejemplar asimismo es el presidencialismo estadounidense, que ningún ordenamiento ha sido capaz de imitar, al punto que para designar una forma similar pero no idéntica, una parte de la doctrina italiana contrapone la forma de gobierno presidencial a la conocida como «presidencialista»<sup>159</sup>; y esto obedece a que el constitucionalismo americano ha producido otro fruto importante, el sistema federal, al cual a menudo se remite en contraposición con el modelo eurístico que proviene de las experiencias de descentralización «fuerte» como las realizadas en Canadá, Australia, Alemania, Austria, Suiza, India, etc.<sup>160</sup>; constituye también, en cierta medida, un modelo la Constitución de la V República francesa, porque todo aquel que intenta introducir la forma de gobierno «semi-presidencial» mira sin lugar a dudas el ejemplo francés del 58, y no el de Austria, Finlandia y todos los demás países que en su momento fueron considerados por Duverger para presentar un nuevo modelo tipo para las formas de gobierno<sup>161</sup>; ejemplar podría convertirse, en un contexto regional, la Constitución de la República de Sudáfrica, por las novedades institucionales que aporta el texto, así como por la capacidad de fascinación que de ella emana, en sintonía con factores como la historia, la etnología, la cultura...<sup>162</sup>.

<sup>158</sup> L. PEGORARO y A. RINELLA, *Introduzione al Diritto pubblico comparato*, cit., pp. 62 ss. y, por cuanto se relaciona con el «prestigio» negativo, 72.

<sup>159</sup> M. VOLPI, *Autorità e libertà: la classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 125 ss.

<sup>160</sup> A. REPOSO, *Profili dello Stato autonomico: federalismo e regionalismo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 13 ss.

<sup>161</sup> Cfr. por lo menos L. PEGORARO y A. RINELLA (coordinadores), *Semipresidenzialismi*, Cedam, Padova, 1977, e *ivi spec.* L. PEGORARO, *Forme di governo, definizioni, classificazioni*, pp. 3 ss., y M. VOLPI, *Esiste una forma di governo semipresidenziale?*, pp. 25 ss.

<sup>162</sup> Cfr. R. ORRÙ, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della «rainbow nation»*, Giappichelli, Torino, 1998.

¿Puede aspirar la Constitución española de 1978 a cumplir ese mismo papel?

Creemos que, como en el caso de la Carta italiana, al texto pragmáticamente elaborado hace veinticinco años le falta, para asegurarse como objeto unido de imitación, el carácter radicalmente innovador que presentaban la Constitución americana o la francesa de 1958, así como las particulares y originales connotaciones que hacen de la Constitución inglesa un *unicum* irrepetible.

Sin embargo, la Constitución española es útil, como tantas otras, para dos funciones: una apreciable en el plano doctrinal y la segunda en el plano normativo.

Sobre el primero, porque contribuye, junto con otras que se le asemejan, a forjar una «clase», que se enriquece en el campo de la liberal democracia, con su significativo aporte; en cuanto a las formas de gobierno parlamentarias con prevalencia del poder ejecutivo, se estudia según la composición actual también el ordenamiento español desde 1978; y por lo tanto ayuda a la comprensión de las características de funcionamiento de las relaciones entre los órganos superiores, ofreciendo previsiones sobre su rendimiento. El análisis de la experiencia española contribuye a mejorar la misma clase liberal democrática, bien en lo relativo a los derechos, en su formulación constitucional y en su perfeccionamiento por la legislación y la jurisprudencia, o bien por cuanto concierne a la distribución vertical del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, acerca del cual los Padres de la Constitución han ofrecido quizá el aporte más original, que se refleja inclusive en el plano nominal.

En el plano normativo, es decir de la utilidad del estudio de la Constitución española con la finalidad de recepción de modelos, si bien no se llega a traducir en un modelo ejemplar en su conjunto, puede ser significativa con relación a las soluciones particulares que se adopten: primera entre todas, como ya se ha dicho, en cuanto a la descentralización, así como en la formulación de algunos derechos, el acople de soluciones racionalizadoras del proceso de decisión parlamentario, la limitación de los poderes normativos del ejecutivo, y muchas otras todavía.

