

# DE LA II REPÚBLICA AL SIGLO XXI, LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO EN SETENTA AÑOS (\*)

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

*SUMARIO:* I. LA REVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA II REPÚBLICA COMO PUNTO DE PARTIDA. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA PRIMERA Y CON LA ÚLTIMA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. LAS IDEAS Y APORTACIONES FUNDAMENTALES.—II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO EN EL PERÍODO FRANQUISTA.—III. EL PERÍODO DE LA GRAN RENOVACIÓN: LA PROPIEDAD Y OTROS PROBLEMAS JURÍDICOS ANTIGUOS; LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, LA CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS Y LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO A PARTIR DE 1978.—IV. SOBRE LAS TENSIONES Y PROBLEMAS JURÍDICOS PENDIENTES: 1. *La posición de los jueces frente a la legalidad, la inseguridad jurídica y algunos agujeros negros del Estado de Derecho.* 2. *La pérdida de la referencia territorial: el proceso de globalización.* 3. *La nueva relación del Estado y el mercado.*

## I. LA REVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA II REPÚBLICA COMO PUNTO DE PARTIDA. ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA PRIMERA Y CON LA ÚLTIMA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. LAS IDEAS Y APORTACIONES FUNDAMENTALES

Hace setenta años se estaba produciendo en España una convulsión jurídica de alcance revolucionario, cuya intensidad tal vez no se haya conocido nunca en toda la historia de nuestro Derecho.

No es difícil justificar esta afirmación si se contrasta lo acontecido en los primeros años de la efímera vida de la II República, con los dos momentos jurídicamente más innovadores de los dos últimos siglos: la aparición del consti-

---

(\*) Un resumen de este trabajo se publicó con ocasión del 70 aniversario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (1932-2002) en un libro colectivo que recogía contribuciones sobre la evolución de la medicina, la literatura, la arquitectura, las ciencias y artes en dicho período.

Dedico esta versión completa a Francisco Rubio Llorente.

tucionalismo, con el triunfo de la revolución burguesa, que tiene su plasmación jurídica más eminente en la Constitución de 1812; y el arrumbamiento del sistema político del franquismo y la restauración de la democracia y las libertades con la Constitución de 1978.

En 1812 los constituyentes gaditanos tenían a la vista el ejemplo que veintitrés años antes había dado al mundo la Francia de la Revolución. Se habían cambiado allí, en virtud de las nuevas creencias políticas alimentadas por los filósofos del siglo XVIII, todos los basamentos del Estado y las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos. El poder personal del Rey, a quien durante todo el Antiguo Régimen se atribuye la titularidad de todas las funciones del Estado, es sustituido por la soberanía de la Nación. La soberanía pertenece al pueblo que entrega todo el poder a sus representantes elegidos, que componen la Asamblea legislativa. En este órgano supremo se hacen leyes generales, iguales para todos, a cuyos mandatos están sometidos todos los poderes públicos. A la ley general le incumbe también la capital misión de definir o delimitar los derechos y las libertades de los ciudadanos de modo que se facilite la convivencia y el ejercicio simultáneo de las libertades de cada uno sin perjuicio de los derechos de los demás.

La consolidación de esta fórmula jurídica, tan radicalmente innovadora, que subordinaba a la libertad y la igualdad el ejercicio constitucionalmente legítimo de todos los poderes del Estado, había requerido hasta la decapitación del Rey, para simbolizar el corte radical con la organización política del Antiguo Régimen.

En el otro lado del Atlántico, en los Estados Unidos, se había culminado pocos años antes que en Francia una revolución constitucional que precisó una guerra y la separación de la metrópoli para asentar el nuevo sistema político sobre soportes jurídicos semejantes: una Constitución para organizar el ejercicio del poder; y Declaraciones de Derechos para proclamar que la libertad y los derechos innatos de los ciudadanos (sobre los que se argumenta sin parar desde la Segunda Escolástica española, hasta el iusnaturalismo racionalista que, especialmente a través de J. Locke, tanto influye en la revolución americana) no son disponibles por los poderes públicos.

El constitucionalismo americano aporta, además, dos radicales diferencias con el francés, al servicio ambas de la limitación de los poderes ordinarios del Estado: primera, frente al legicentrismo francés que terminó por trasladar toda la soberanía al legislador y someter a sus dictados no sólo a los demás poderes, sino también los derechos de los ciudadanos, la revolución americana sitúa la supremacía en la Constitución y encomienda a los tribunales la vigilancia de que esta supremacía sea observada incluso por el legislador; las leyes contrarias a la Constitución serán declaradas nulas. La segunda diferencia es que no

sólo se separan las funciones del Estado entre sí y se atribuyen cada una a un poder distinto (legislativo, ejecutivo o judicial), articulándose las relaciones entre ellos de modo que se eviten los abusos, sino que también el poder se distribuye territorialmente de un modo descentralizado, situando su ejercicio efectivo en muchos puntos del territorio, de modo que se compensen y equilibren y, sobre todo, se evite que el poder se acumule en el centro.

Estas experiencias constitucionales, americana y francesa, están evidentemente presentes en el debate constitucional español de los primeros años del siglo XIX.

Pero en la lucha constitucional gaditana por cambiar el sistema político del Antiguo Régimen, los métodos son radicalmente distintos de los franceses y americanos. Los constituyentes españoles son conscientes de que tienen que hacer efectiva una revolución jurídica sin precedentes. Pero se empeñan en hacerlo como de puntillas, sin dar importancia a las radicales innovaciones institucionales que consagraron. Invocando continuamente la idea de que, en verdad, la implantación de principios que en Francia habían costado mucha sangre y la fuerza de una revolución, era muy fácil en España donde bastaba con rehabilitar derechos y formas de gobierno que habían estado vigentes en los territorios castellanos, navarros y aragoneses durante la mejor parte de nuestra historia, y que sólo la desidia de los gobiernos y los abusos de los decenios inmediatos habían apagado.

Nada expresa mejor esta idea que la doctrina de la Constitución histórica, elaborada principalmente por Jovellanos, y los conceptos que utiliza el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812, que redacta Argüelles.

Jovellanos esboza aquella doctrina en su *Discurso* de ingreso en la Academia de Historia (1780) y la desarrolla en su *Consulta sobre la convocatoria de las Cortes por Estamentos* (1809) y en su *Memoria en Defensa de la Junta central y sus Apéndices* (1810-1811). El poder del monarca, en su concepción, le ha sido atribuido en virtud de un pacto con el pueblo que ha permitido la traslación de soberanía en su favor. Es este pacto el que legitima el ejercicio del poder y justifica el acatamiento de sus decisiones. Esta forma de gobierno ha sido aceptada por los españoles durante siglos. En virtud del pacto, el pueblo puede participar en el ejercicio de las tareas legislativas. Por razón de las condiciones del pacto, el monarca no puede abusar del poder y el pueblo puede resistirse al ejercicio arbitrario del mismo.

Si España tiene esta Constitución, para qué puede hacerle falta, se pregunta Jovellanos, dotarse de una nueva, eventualmente rellena de contenidos ajenos a nuestra propia tradición. «Oigo hablar mucho —decía el político asturiano— de hacer en las mismas Cortes una nueva Constitución y aun de ejecutarla, y en esto sí que, a mi juicio, habría mucho inconveniente y peligro. ¿Por ventura no

tiene España su Constitución? Tiénela, sin duda, porque ¿qué otra cosa es una Constitución que el conjunto de las leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y de los súbditos y los medios saludables para preservar unos y otros? ¿Y quién duda que España tiene esas leyes y las conoce? ¿Hay algunas que el despotismo haya atacado y destruido?, restablézcanse. ¿Falta alguna medida saludable para asegurar la observancia de todas?, establézcase. Tal será siempre en este punto mi dictamen sin que asienta a otros que so pretexto de reformas traten de alterar la esencia de la Constitución española».

En el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz, debido esencialmente a Agustín de Argüelles, está admirablemente explicada la nueva Constitución como recuperación de un brillante pasado jurídico del que España, frente a otras naciones que habían precisado revoluciones para implantar las nuevas instituciones, podía enorgullecerse. La presencia del pensamiento de Jovellanos, así como el de Martínez Marina (que por la época ya había escrito su *Ensayo Histórico sobre la antigua legislación y principales Cuerpos legales de León y Castilla*, que luego habría de desarrollar en su impresionante *Teoría de las Cortes*), es evidente en el *Discurso*.

Como bien observó hace años Sánchez Agesta, el *Discurso* no es parangonable con ningún prólogo de las Constituciones españolas que se aprobaron sucesivamente, ni se asemeja en nada a la hermosa y simplísima explicación que antecede al articulado de la Constitución americana («Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos...»), ni a las veinte apretadas líneas que prologan la primera Constitución francesa, la de 1791. El *Discurso Preliminar* de Argüelles es una explicación inteligente y eficaz de cómo España había llegado a hacer una Constitución sin hacerla realmente. El procedimiento habría sido traer, renovadas, al presente instituciones y garantías que habían estado vigentes en España durante siglos. No es, en este sentido, la Constitución de 1812, una norma nueva, sacada de la doctrina de los filósofos o arrancada de los debates políticos de la burguesía revolucionaria. Es un conjunto de reglas íntimamente vinculadas al funcionamiento característico de los viejos reinos peninsulares. Más que un texto constitucional nuevo, lo más que el *Discurso* acepta es que se trate de la reforma de una Constitución vieja.

Las primeras palabras del *Discurso* son inequívocas en el sentido indicado: «Nada ofrece la Constitución en proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mira como nuevo el método con que se han distribuido las materias ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la nación,

o los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la dignidad y autoridad del Rey y de los Tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada y método económico y político de las provincias».

Justamente a la demostración de que la Constitución gaditana constituye una simple recuperación de nuestras instituciones históricas, con pocas concesiones añadidas a los «adelantamientos de la ciencia del gobierno» o al «nuevo método», se dedica el resto del *Discurso Preliminar*.

Y, sin embargo, no falta en la Constitución de 1812 ni la proclamación de una libertad ciudadana fundamental de las que solemnemente se relacionaron en la Declaración francesa de 1789, ni un solo principio de gobierno afectado a la eliminación de los abusos del poder de los que se apuntalaron como soportes del nuevo régimen en la primera Constitución francesa de 1791.

Más de ciento sesenta años después, cuando se produce el otro gran acontecimiento constitucional con el que hemos comparado el período de la II República española, iniciada en 1931, el método para generar un cambio jurídico revolucionario no está menos alejado de la aparatosidad, la espectacularidad o las manifestaciones expresas de ruptura radical con el pasado. Podría decirse, en este sentido, que se aproximó más a la senda del constitucionalismo gaditano que al republicano de 1931, aunque, paradójicamente, en cuanto al contenido, la Constitución de 1978 se inspiró más en la de 1931 que en la de 1812, como, por otra parte, la proximidad histórica imponía.

Los acontecimientos son más recientes y, como tales, están más próximos en el recuerdo, de manera que no será preciso relatarlos con detalle: el cambio del sistema político de una dictadura que había durado cuarenta años y se había instalado después de una cruenta guerra civil, se hace en virtud de un proceso que, supuestamente, sólo pretende «reformar» las instituciones y el Derecho anterior, pero no cambiarlas radicalmente. La «Ley para la Reforma Política» de 1977 es la que inicia este camino asombroso. Ni siquiera es preciso cambiar previamente a los representantes en las Cortes, elegidos todavía durante el franquismo, porque se avienen a aceptar el método que aquélla les propone y ellos mismos la aprueban.

Seguirá inmediatamente a aquella operación, políticamente irreplicable y mágica, un proceso constituyente caracterizado por el abandono de la idea de confrontación, incluso de repulsa expresa y manifiesta del pasado, para llevar a término una conciliación, en teoría imposible, consistente en ejecutar una revolución jurídica y política basada en el consenso. No sólo sin sangre (salvo la que los terroristas provocaron), sino también sin algaradas. Y de modo aun más prodigioso: sustituyéndose las instituciones antiguas por las nuevas en una transición ordenada y sin solución de continuidad.

La revolución jurídica de la II República, iniciada con la Constitución de

1931, firmada por Julián Besteiro como Presidente de las Cortes pocos días antes de que aquel año terminase, nada tiene de común con los otros dos períodos constituyentes que hemos utilizado para enmarcarla (el primero y el último de nuestra historia hasta el presente).

La Constitución republicana de 1931 también se sobrepone a una dictadura, pero rompe absoluta y traumáticamente no sólo con ella, sino también con buena parte de la obra legislativa de la Restauración y con algunos de los principios que habían inspirado el constitucionalismo español desde 1812.

Por lo pronto, aunque no decapitó a un Rey, lo embarcó hacia el exilio y cambió el régimen político fulgurantemente. E, inmediatamente, afrontó la renovación de las instituciones y la implantación de nuevos principios y leyes, con una resolución que no se había visto nunca en la historia de nuestro constitucionalismo (la fugacidad y la ingenuidad del período revolucionario que empezó en 1868 es incomparable).

Aunque la Constitución de 1931 sea una de las dos grandes columnas jurídicas que enmarcan el espacio de los setenta años de Derecho a los que se refieren estas reflexiones, es imposible referirse, siquiera sumariamente, a sus aportaciones, a las normas que la desarrollaron y a los conflictos jurídicos que generó enseguida un proceso innovativo con enorme carga regeneradora, inyectado a presión en el pobre sistema circulatorio de la sociedad española de la época.

La Constitución afrontó con una decisión escalofriante en una España en que tales ideas no contaban con un mínimo consenso, cuestiones tan renovadoras y centrales como la organización descentralizada del Estado, la relación de la Iglesia con el Estado, o el régimen de la propiedad. Y los desarrollos legislativos inmediatos se atrevieron con la familia (Ley de divorcio de 2 de febrero de 1932, la primera de la historia de España), con la Iglesia (disolución y confiscación de los bienes de la Compañía de Jesús por Decreto de 24 de enero de 1932, y Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 2 de junio de 1932, que limitaba señaladamente la actividad de personas e instituciones de tal carácter) el ejército (a partir del Decreto Azaña de 22 de abril de 1931 que comienza la reforma), la propiedad de la tierra (simbolizada en la reforma agraria que se acomete sobre la base de la Ley de Reforma Agraria de septiembre de 1932), etc.

No me entretendré en exponer el contenido de estas decisiones legislativas. Todas ellas bien conocidas y analizadas en una bibliografía accesible, por juristas e historiadores, se corresponden con programas políticos que se tratan de ejecutar precipitadamente sobre todo en el período reformista que abarca los años 1931-1933. Si ponemos un poco de distancia del contenido concreto de cada una de estas previsiones constitucionales y medidas legislativas concre-

tas, para buscar rasgos superiores que definan el espíritu constituyente de 1931 y la significación histórica de su labor, me parece que pueden sintetizarse, desde el punto de vista jurídico que atendemos, en lo siguiente: los constituyentes de 1931 renovaron el sistema jurídico español incorporando simultáneamente principios que procedían del constitucionalismo francés, y otros que no habían tenido ningún desarrollo en Francia, que habían empezado a implantarse tímidamente en algunos países europeos, y que habían constituido, durante siglo y medio, el rasgo diferencial más importante entre el constitucionalismo francés y el norteamericano. Estas diferencias las rompe el constituyente español de un golletazo, y aprueba un texto constitucional que incorpora, con la máxima ambición, formas de organización jurídica y política sobre las que Europa apenas tenía experiencia.

Esta aparatosa renovación se debe a lo siguiente:

Ya hemos explicado que en la primera Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, que la Francia Revolucionaria aprueba en 1789, y en la primera Constitución francesa de 1791, todo el orden jurídico político se sostiene sobre tres pilares: la consagración de los derechos inalienables del hombre, la separación de poderes, y la soberanía de la ley, que se expresa mediante mandatos generales que afectan a todos por igual. Este cuadro de principios es el mismo que se implanta en el constitucionalismo español desde 1812.

En la práctica, tanto en nuestro país como en Francia, la aplicación de estas reglas ha presentado muchos desvanecimientos. Los peores han sido los causados por los paréntesis que las guerras, los períodos autocráticos y las desviaciones de la senda constitucional que se han acumulado en la historia del siglo XIX y del siglo XX. Pero aún estando la Constitución en plenitud, aquellos principios esenciales han estado subordinados a uno de ellos, que se ha aplicado siempre de forma dominante en perjuicio de los demás: la soberanía de la ley.

Frente a la supremacía de la ley no sólo es que hayan cedido los demás poderes (para los que ha resultado difícil buscar un punto de equilibrio que modere la potestad legislativa), sino que se someten también los derechos ciudadanos, que tienen, justamente, la significación, el alcance, la fuerza de imponerse que la ley les reconoce cuando los delimita o regula. Ello significa que aunque los derechos están definidos en la Constitución —como también lo está la separación de poderes— las regulaciones de la ley soberana, que se imponen a todos, pueden sobreponerse también a la Constitución, desplazándola.

La ley estuvo siempre en el constitucionalismo europeo por encima de los derechos. Es uno de los efectos más notables del legicentrismo al que se acoge el constitucionalismo francés y que, desde él mismo, se extiende por Europa.

Sólo en el último tercio del siglo XIX y, sobre todo, en el primero del siglo XX, este estado de cosas empieza a cambiar porque en Suiza, en Alemania, en Checoslovaquia, en Austria y, en fin, en España, se establecen sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, cuya evolución comparada puede seguirse especialmente, por todos, en una espléndida monografía de P. Cruz Villalón.

Todos estos ataques al dogma de la soberanía de la ley, sobre el que estaba asentado lo que Carré de Malberg llamó el «Estado legal», ocurre precisamente cuando los sistemas políticos en que la innovación acontece se estructuran de forma descentralizada y tienen que enfrentarse con el problema de las colisiones entre las leyes de la federación y las leyes federadas, o del Estado y las regiones, o del poder central y el poder periférico autónomo, según se llamase en cada sitio. Sólo un Tribunal Constitucional, a quien se encomienda preservar la supremacía de la regulación que la Constitución ha llevado a cabo, sobre los dictados de cualquier otra norma, puede restablecer el orden superior cuando una ley lo quebranta o desconoce.

Los países europeos que asumen esta técnica, son los primeros en aprender, siempre tardíamente, una pareja de ideas implantadas desde sus inicios en el constitucionalismo norteamericano que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se generalizaran también en Europa: la limitación de los poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos precisa repudiar parcialmente el legicentrismo, proclamar la sumisión de la ley a la Constitución y la supremacía de ésta, entregando a los Tribunales el ejercicio de la función de garantía y salvaguardia. Por otro lado, la descentralización política, frente a la idea centralizadora que, después de la Revolución, Napoleón perfeccionó y exportó a toda Europa con extraordinario éxito, también ayuda a evitar la concentración del poder, el abuso, y ayuda a gobernar mejor los territorios en que el Estado se descompone.

El mérito, y seguramente una de las razones del fracaso, de la Constitución de 1931, y de la obra reformista que a partir de ella se desarrolló, fue que acogió al mismo tiempo todas las técnicas, instituciones y principios, que la experiencia constitucional comparada enseñaba que constituían el vademécum de la democracia y un sistema de garantías de los derechos virtualmente perfecto. Por ello, después del fracasado intento federalista de la I República, es durante la Segunda cuando rompe, al fin, un sistema regionalista e innovador. También se instaura un Tribunal de Garantías que resuelve los conflictos entre el Estado y las regiones y decide sobre la validez de las leyes confrontándolas con la Constitución. Y acomete estas dos esenciales renovaciones, completamente extrañas al constitucionalismo francés que habíamos imitado hasta entonces, sin perjuicio de entretenerse en dar lustre a los principios y reglas aun sostenibles de nuestro constitucionalismo histórico, y de abrir cauces para pro-

gramas políticos que resuelvan cuestiones tan centrales como las relaciones de la Iglesia con el Estado o la reforma agraria.

Y todo ello, en fin, sin la menor apariencia de consenso: cuando se debate, por ejemplo, el famoso artículo 26 de la Constitución sobre las relaciones Iglesia-Estado (con el Cardenal Segura y la cuestión de los jesuitas como prolegómenos), las discusiones son tan importantes —y el eco callejero de las mismas tan apasionado— que impulsan desde la dimisión de Alcalá Zamora como Presidente o la propuesta de Azaña, en su famoso discurso sobre aquel artículo: «España ha dejado de ser católica: el problema político consiguiente es organizar el Estado en forma tal que quede adecuado a esta fase nueva e histórica del pueblo español».

Las mismas distancias expresan las ideas de los constituyentes en otra cuestión crucial como la descentralización política. Jiménez de Asúa, que explicó el criterio que había seguido la Comisión Jurídica Asesora, que terminó por prevalecer, decía: «deliberadamente no hemos querido decir en nuestra Constitución que España es una República federal, no hemos querido declararlo porque hoy, tanto el unitarismo como el federalismo están en franca crisis teórica y práctica». Por ello proponen que sólo accedan a la autonomía los territorios que libremente lo decidan y elaboren, en consecuencia, un proyecto de estatuto. Este criterio, que probaría ser el mayoritario, se enfrentaría, sin embargo, con el de constituyentes del prestigio de Ortega y Gasset, que basó su enmienda a la totalidad del proyecto en su queja de que éste ofrecía «una división en dos Españas diferentes: una compuesta por dos o tres regiones ariscas; otra integrada por el resto más dócil al poder central». Ortega pretendió la generalización igualitaria del sistema de autonomías, sin privilegios ni asimetrías.

## II. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO EN EL PERÍODO FRANQUISTA

La ambiciosa renovación jurídica intentada precipitadamente durante la II República, quedó totalmente abortada con la guerra civil. El Derecho cederá todo su sitio, desde entonces y en los años inmediatamente posteriores a la conclusión de la guerra, a una situación de poderes excepcionales y de falta de garantías para los derechos.

Sería, no obstante, extremo afirmar que los cuarenta años del período franquista fueron uniformes en lo que al Derecho concierne. No será igual, en efecto, la situación del Derecho público y la del Derecho privado, ni lo mismo los años de la posguerra que el período vecino con el cambio final del régimen político.

Desde el punto de vista del Derecho privado, el franquismo mantuvo la vigencia de los códigos y grandes leyes procesales aprobadas en los últimos años del siglo XIX. También las leyes administrativas de la misma época más vecinas a la legislación civil, como la Ley de Aguas de 1879 o la de Puertos de 1880. La mayor parte de aquellas regulaciones civiles afectaban a las relaciones de los ciudadanos entre sí en el ejercicio de sus derechos privados, materia en la que el poder público no podía quedar condicionado de ninguna manera. Además, la aplicación ordinaria y pacífica de aquellas normas servía para mantener la normalidad en el ejercicio y reivindicación de derechos patrimoniales que interesaban de manera especial para dar credibilidad a la ideología emergente de paz y progreso que el Nuevo Régimen alimentaba.

Las generaciones de civilistas, mercantilistas y procesalistas que trabajan en este período harán un esfuerzo extraordinario de renovación y de sistematización de las respectivas disciplinas y de exégesis de las leyes respectivas, ayudadas por una jurisprudencia invariablemente bien formada y rigurosa. De elegir algunas transformaciones del Derecho privado en el período dignas de ser reseñadas, tendría que señalarse la progresiva expansión del instituto de la responsabilidad civil extracontractual, regulada inicialmente en el artículo 1902 del Código Civil, pero que se enriquecerá con nuevas fórmulas que admiten la responsabilidad objetiva junto a la responsabilidad por culpa o negligencia propia del citado precepto del Código, y también, junto a éstas, la apertura de la jurisprudencia a formas de responsabilidad en las que media culpa leve y a la responsabilidad por riesgo.

Junto a esta transformación, acaso merezca también entrar en el cuadro de las principales el reconocimiento de los derechos civiles forales o especiales con ocasión de la reforma del Código Civil hecha efectiva en 1974. La idea, que ponía en entredicho la unificación regulatoria que la primera versión del Código intentó, daría lugar, primero, a la codificación de los derechos civiles forales, y después, una vez aprobada la Constitución de 1978, y en virtud del artículo 149.1.8.º de la misma, a que se desplegaran nuevas regulaciones forales o especiales del Derecho Civil, recuperando no sólo reglas positivas, sino también costumbres antiguas, y restableciendo el derecho foral incluso donde estaba extinguido desde hacía decenios. Un fenómeno éste de diversificación del Derecho Civil que es, sin duda, de los de más bulto que han afectado al Derecho privado al final del siglo XX.

Otro acontecimiento destacado será el desarrollo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como disciplina jurídica nueva, requerida por la importancia creciente del contrato de trabajo, antes tratado desde el Derecho Civil, y la evolución de las formas de protección de los trabajadores ante toda clase de contingencias.

La apelación a la iniciativa privada para que intervenga en la recuperación económica del país, reclamará una renovación del régimen de las sociedades mercantiles, de la que es abanderada la ley de Sociedades Anónimas de 1951, que también propicia una renovación profunda de todas las instituciones vecinas del derecho mercantil, que empezará a inclinarse enseguida al estudio de los problemas de funcionamiento de los mercados, la competencia y la regulación de los sectores económicos.

En fin, las leyes procesales de finales del siglo XIX, sin perjuicio de mantenerse, como ya hemos dicho, son completadas por otras especiales que se refieren a procedimientos nuevos, o son sometidas a modificaciones parciales a la búsqueda de nuevos procedimientos, o para dar respuesta a las reformas de la planta de la Justicia.

En el área del Derecho público la situación es, durante todo el período franquista, mucho más tensa. Está más presente la situación política del país, que se refleja inevitablemente.

El Derecho Constitucional, que apenas había llegado a tener desarrollos doctrinales importantes durante el primer tercio del siglo (A. Posada es una de las excepciones de obligada cita), desaparece y se transforma en dos clases de sucedáneos: el Derecho Político, donde se explican ideas políticas, sistemas políticos, o la organización del Estado, pero que no trata de los derechos y sus garantías, ni utiliza, propiamente, técnicas jurídicas para sus análisis; y el Derecho Constitucional comparado, que es un buen desahogo para quienes aspiran a seguir estudiando Derecho y sus técnicas propias, aunque sea en sistemas ajenos.

El Derecho Administrativo será, con diferencia, la rama del Derecho público que más progresa y se afianza. Así como el debate político sobre la formación democrática de la ley están excluidos, la disputa con la Administración Pública en el contencioso-administrativo se comprende en seguida que es cuestión inocua para la pervivencia del Régimen y que puede permitir la reivindicación judicial de derechos reconocidos por las leyes, sin que los cimientos del sistema se conmuevan lo más mínimo.

Las garantías de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública son objeto de tres regulaciones legales que asombran por ser paracontextuales y tempranísimas en la evolución del Régimen: la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en la que no sólo se perfeccionan y mejoran el procedimiento y las garantías expropiatorias, sustituyéndose la ley de 1879, sino que, además, se regula la responsabilidad civil de la Administración como responsabilidad objetiva o sin culpa (basta la existencia de una lesión patrimonial imputable a la Administración para que ésta deba reparar el daño); la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26

de diciembre de 1956, que sustituye a la anterior de 1888 y amplía las posibilidades de impugnación y control de las resoluciones y normas administrativas. Y la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que somete la actuación administrativa a patrones de comportamiento estandarizados y arbitra una amplia serie de garantías de los ciudadanos frente a la infracción de las formas por los órganos de la Administración Pública.

La jurisprudencia interpretó y administró estas importantísimas regulaciones con una prudencia comprensible. Pasaron muchos años todavía hasta que el instituto de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública llegó a su plena potencia. No menos tiempo fue necesario para desalojar del contencioso administrativo todas las trabas y excepciones existentes para el enjuiciamiento por los tribunales de las decisiones de la Administración, y más, incluso, para despejar los obstáculos para la plena ejecución de las sentencias condenatorias.

Aunque el Derecho Administrativo (del que también se desgajó como hijuela, con fuerza creciente, el Derecho Tributario cuando la regulación de los impuestos y la recaudación alcanzó más complejidad), llegó a la Constitución de 1978 pudiendo ofrecer más experiencia y técnica que ninguna otra rama del Derecho en lo que concierne al control del poder y la garantía de los derechos de los ciudadanos, dejó un vacío importante en el estudio y sistematización de la actividad material de la Administración. Se estudiaron más las formas que otra cosa. Cómo actúa la Administración, más que lo que la Administración hace y cuáles son sus obligaciones sustanciales para con los ciudadanos. Todavía hoy las sistematizaciones generales existentes adolecen de este defecto general, que es, desde luego, importantísimo.

El Derecho Penal, en fin, avanzó mucho en el terreno de la construcción teórica, como el Derecho Administrativo, apoyado en aquel caso por generaciones enteras de especialistas que bebieron en fuentes comparadas, sobre todo alemanas, donde se estaban produciendo los más lúcidos análisis de la técnica penal, lo necesario para compensar los déficits existentes en la doctrina española.

La práctica del Derecho represivo era, desde luego, otra cosa. Tanto en el ámbito administrativo como en el puramente penal. En estos dominios la naturaleza del Estado franquista no pretendió nunca comportarse con disimulo.

Por lo que concierne a las sanciones administrativas, los juristas que estudiaron las desviaciones del ideal de un Estado de Derecho (la cita de L. Martín-Retortillo es, en esta materia, la más justa) criticaron un sistema sancionador que no respetaba ninguno de los principios básicos de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, que se extendía a la privación de libertad, y que no seguía procedimientos contradictorios en cuyo marco fuera posible una de-

fensa cumplida del inculpado, especialmente cuando se trataba de sanciones por razón de orden público.

Sólo al inicio de los años setenta, cuando el Régimen está al final de su tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo empieza a corregir sistemáticamente ese estado de cosas y a exigir la utilización en materia de sanciones administrativas de los mismos principios que rigen la potestad punitiva penal.

La potestad punitiva penal, regulada en el Código Penal, permanentemente sometido a revisiones y reformas, sí atendía, por imposición de dicho Código y de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que se mantuvo siempre vigente, a los principios de legalidad, culpabilidad, tipicidad, proporcionalidad, debiendo ser ejercida en el marco de un procedimiento justo y con todas las garantías.

Otra cosa, decía antes, era la práctica.

El Régimen franquista organizó su autodefensa usando herramientas penales, además de las gubernativas. Para ello hasta pudo tomar ejemplo de las regulaciones penales especiales en las que también se enfangó la legislación republicana con su «Ley de Defensa de la República» propuesta por el gobierno Azaña, inspirándose parcialmente en la Ley de Defensa de la Democracia que la República de Weimar había aprobado en 1925. La Ley de Defensa de la República se especializó en penalizar conductas criminales comunes, cuando tenían alguna derivación política, y también algunas formas de activismo político difícilmente encajables en los tipos penales que razonablemente deben existir en una sociedad democrática.

Las leyes de Orden Público del régimen franquista, y el Tribunal de Orden Público, también establecieron un sistema represivo basado en aquellas mismas preocupaciones y por cualesquiera otras que pudieran suponer riesgo de subversión del sistema establecido.

Pero no será preciso descender a las especialidades para comprobar el insatisfactorio funcionamiento de la potestad punitiva penal en aquel período.

Hasta que se aprobó la Constitución de 1978 estaban en plena vigencia en España defectos del sistema represivo penal que no habían sido erradicados. Podemos recordarlos siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. La crítica que en ella se formula se dirige contra las prácticas del siglo XIX que, pese a los nuevos principios establecidos por el constitucionalismo, estaban, en ocasiones, ancladas en formas de actuación del siglo XVIII. Pues bien, la misma situación que trató de superarse en 1882 se mantuvo, de manera que la lúcida crítica de la Exposición de Motivos es extensible también a las prácticas del sistema represivo penal del franquismo.

Resumiré solamente algunas muestras de la formidable descripción contenida en el Preámbulo mencionado. Un primer problema fundamental era la du-

ración de los procesos. «No es raro —decía— que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo ese tiempo la prisión preventiva de los acusados». Otro, la absoluta impunidad de quienes iniciaban procesos escandalosos que terminaban con una «absolución de la instancia», sin que se compensase a los procesados «de las vejaciones sufridas», en tan dilatado período. En el centro del sistema punitivo estaba la gravísima cuestión de que «el Juez que instruye es el mismo que pronuncia la Sentencia», con lo que siempre tiene interés en demostrar la eficacia y corrección de sus imputaciones iniciales. También los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario tienen normalmente interés en que prospere la acusación. En fin, la práctica se organiza de modo que se causan daños irreparables a la honra de los ciudadanos sin motivos suficientes y, sobre todo, sin necesidad. La inseguridad que genera la apertura de una causa penal es total.

### III. EL PERÍODO DE LA GRAN RENOVACIÓN: LA PROPIEDAD Y OTROS PROBLEMAS JURÍDICOS ANTIGUOS; LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, LA CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS Y LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO A PARTIR DE 1978

El hito fundamental de las transformaciones del Derecho español en los últimos setenta años ha sido, sin contestación posible, la aprobación de la Constitución de 1978. La segunda de todo el siglo, que ya va a cumplir sus primeros veinticinco años y que está desenvolviéndose con una estabilidad y aceptación que le aseguran larga vida. Por esta razón y por el largo vacío que impuso el régimen franquista, el siglo XX ofrece un vivo contraste con la sucesión vertiginosa de períodos constituyentes que caracterizó al siglo XIX.

La Constitución de 1978 retoma la mayor parte de los argumentos que ya exployó la Constitución de 1931. Dejó fuera, desde luego, algunos de los que más tensión ideológica habían generado en los debates de ésta última, como la ardua cuestión de la intervención pública en la propiedad privada, las expropiaciones (que sólo requerirían la «adecuada indemnización» y no un justiprecio estricto) y la socialización de la propiedad, asuntos todos estos regulados en un apretado artículo 44, que motivó una viva discusión en la que sobresalió, por los socialistas, el discurso de Besteiro, y luego el intento conciliador de Alcalá-Zamora, y la dimisión que se siguió y sus peculiares formas.

El desarrollo de la noción de la función social de la propiedad privada, aunque apareció en los debates de 1931 (en el proyecto se aludía a la «función útil» de la propiedad), no se había desarrollado entonces como ocurriría des-

pués en el marco del Estado social que consagran las Constituciones de la segunda posguerra europea. En este nuevo marco constitucional no sólo se abandona la idea de la propiedad como derecho absoluto, sino que se rompe completamente con la regulación general y uniforme de este derecho que se había mantenido en los Códigos civiles. No habrá en lo sucesivo una sola clase de propiedad, sino muchos tipos, con regímenes jurídicos diferenciados. Las facultades del propietario serán definidas en cada supuesto por la ley y también por las reglamentaciones y planes administrativos, que someterán más o menos a las necesidades públicas el ejercicio de las facultades privativas del propietario, según la relevancia social del objeto sobre el que la propiedad recae. Todas estas acomodaciones o delimitaciones de la propiedad podrán hacerse sin indemnización porque, como la doctrina y los tribunales constitucionales concluyen, tales regulaciones de la propiedad no son expropiaciones, sino delimitaciones de su contenido normal, son la definición del contenido de las facultades de un propietario compatibles con el fin social de la propiedad.

El artículo 33 de la Constitución de 1978 se limitará a recoger esta nueva concepción social de la propiedad, que se implantará sin ninguna tensión en un país que ya conocía la experiencia europea y aun la propia en el mismo sentido, ya que la idea de la función social se había empleado también en muchas regulaciones de sectores económicos (y desde luego, en relación con la propiedad urbana y la agrícola).

Tampoco la cuestión religiosa, ni la regulación constitucional de la enseñanza en el artículo 27 de la Constitución de 1978 merecieron las acaloradas disputas que se produjeron en 1931, ni el problema tenía ya el menor eco en los movimientos populares. Lo que quedara de anticlericalismo en 1978 se consumió y sacrificó en el famoso consenso constitucional, sin que nadie levantara la voz significativamente.

Los referidos son, quizás, los dos grupos de regulaciones polémicas que no reaparecen en 1978 y que se resuelven sin dogmatismos, sin empecinamientos ideológicos, y con la seguridad de que podían establecerse, y se acogieron previsiones constitucionales que permitirían en el futuro desarrollar cualquier política, conservadora o progresista, sobre los extremos mencionados.

En lo demás, la Constitución de 1978, aunque pasada, desde luego, por la modernización que imponían cuarenta y siete años de distancia, y aunque siguiera los modelos que ofrecían las constituciones más recientes de otros países europeos (la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, se tuvo continuamente a la vista), retoma algunos de los argumentos centrales de la Constitución de 1931 e incluso la imita abiertamente en la regulación de alguno fundamental.

Lo fundamental es el retorno a la democracia y al Estado de Derecho (es,

justamente, la primera declaración que se encuentra en la Constitución, artículo 1.º: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...»), con toda la organización y garantías a su servicio. El Estado de Derecho exige la declaración y protección de los derechos de los ciudadanos estableciéndose un sistema de garantías firme y objetivo cuya observancia se encomienda finalmente a los jueces y tribunales (artículos 24 y 117). El Derecho se contiene en las regulaciones de la Constitución y las leyes principalmente. Aunque, como ya dijimos que ocurrió también en la Constitución de 1931, la de 1978 sitúa la soberanía de nuevo en la Constitución y pone sus principios, valores y reglas por encima de la ley, encomendando a todos los órganos judiciales, y especialmente al Tribunal Constitucional, que preserven esta relación.

La nueva situación de la ley y la posición de los jueces en el nuevo sistema jurídico español, plantean problemas de enorme relevancia a los que todavía no nos hemos adaptado plenamente, como explicaré con más detalle en el apartado siguiente.

La más evidente conexión entre la Constitución de 1931 y la de 1978 está, sin embargo, sin ninguna duda, en las soluciones dadas a la descentralización política, a la articulación de las autonomías territoriales en el marco del Estado unitario. No sólo la concepción general en que se inspira el texto de 1978, sino muchas de las regulaciones y técnicas concretas que utiliza, proceden de la Constitución de 1931.

En cuanto a la comprensión general, los constituyentes republicanos se enfrentaron con la alternativa de establecer en España un sistema federal, que se caracterizaría, sobre todo, por el reconocimiento de autonomía política a todos los territorios que la integran, o, por el contrario, limitar la descentralización a algunos territorios. A aquellos, justamente, que por su tradición, cultura o características peculiares, lo demandasen particularmente.

Esta alternativa está expresada en muchos momentos de los debates constituyentes, pero quizás en ninguna parte quedara referencia más exacta al dilema que en el preámbulo del Anteproyecto de Constitución que redactó la Comisión Jurídica Asesora. Se decía allí, para defender que no se generalizara necesariamente la autonomía política a todo el territorio, que «las provincias han adquirido, en el curso de un siglo, personalidad y relieve que nadie puede desconocer; y en la mayor parte del territorio nacional nadie protesta contra esa organización, ni reclama otra. Hubiera sido, pues, arbitrario, trazar sobre el papel una república federal que por lo visto no apetece a la generalidad del pueblo a quien había de serle impuesta. Mas con igual claridad en otras regiones españolas han surgido o apuntan anhelos de una personalidad autónoma, en términos tan vivos, con razones tan fuertes y con apasionamiento tan con-

siderables, que el cerrar los caminos a su expansión sería sobre una injusta negación del sentido de la libertad, una insigne torpeza política».

Aunque la opción fuera vivamente contestada por ilustres constituyentes que prefirieron la generalización de las autonomías, ordenada en el propio texto de la Constitución, fueron las ideas que expresa el párrafo transcrito las que prevalecieron.

Sin expresarlas con la misma rotundidad, son las mismas convicciones las que recogió la Constitución de 1978. La configuración de las autonomías territoriales en ella se apoya en el denominado principio dispositivo, cuya extraordinaria virtud consiste, precisamente, en dejar abierto en la Constitución un extremo tan capital en la vida de un Estado como es su propia organización. El principio dispositivo, recogido en los artículos 143 y siguientes de la Constitución, impone que la transformación de las provincias españolas, solas o agrupadas, en Comunidades Autónomas, depende de su voluntad. De modo que la Constitución no impuso la transformación autonómica de todo el territorio, sino que aceptó dicha posibilidad sin renunciar, al propio tiempo, a otras que pudieran consistir en el mantenimiento de la anterior organización centralizada para partes importantes del territorio del Estado.

El mimetismo con lo acaecido en 1931 fue tan manifiesto, que el tal principio dispositivo no agotaba su valor en lo dicho sino que, además, cada provincia o grupo de provincias interesadas en transformarse en Comunidad Autónoma, debían elaborar el proyecto de su Estatuto de autonomía y decidir qué clase de competencias, de entre las constitucionalmente disponibles, asumían. Todo ello igual que en la II República. Como también, en fin, sería igual el método para transferir los medios materiales, personales y financieros del Estado a las Comunidades Autónomas para que pudiesen éstas ejercer sus competencias (sistema de Comisiones Mixtas) y el procedimiento final de resolución de conflictos (entregado al Tribunal Constitucional). Otros paralelismos podríamos añadir aun entre las soluciones regionalistas del 31 y del 78, pero bastará con lo dicho para resumirlas.

La homologación se rompió, sin embargo, enseguida en la práctica. En verdad, se había empezado ya a romper antes de que la Constitución de 1978 fuera redactada.

En el período que transcurrió entre la aprobación de la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977 y la aprobación de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, se había desarrollado en España un singularísimo proceso, que arranca con el Real Decreto-Ley de 29 de septiembre de 1977, por el que se restablece la Generalidad de Cataluña, que condujo a la implantación de regímenes llamados de preautonomía que (aunque con significación política distinta del restablecimiento de la Generalidad) se generalizará en todos los territorios españoles.

Bastaba con contemplar la realidad de esta avanzadilla para suponer que las cosas habían cambiado mucho en España y que la circunstancia autonómica iba a tener otro ritmo y otra significación ahora. La larga ausencia de la democracia se había terminado vinculando a la fuerte centralización preexistente, de manera que el restablecimiento de aquel valor se vinculó por todos los partidos políticos a la descentralización. Una y otra reclamación se impusieron juntas.

A esta primera rectificación anticipada, siguió otra inmediata a la puesta en marcha del sistema: un efecto del principio dispositivo, que hubiera podido permitir que las Españas centralizadas y descentralizadas al tiempo, tuvieran que convivir, ya había quedado descartado por el hecho de que las preautonomías se generalizasen anunciando que todas las provincias españolas iban a ser Comunidades Autónomas o integrarse en alguna de las que se establecieran. El otro efecto del principio dispositivo, que permitía que los estatutos designasen libremente las competencias que desease asumir cada Comunidad Autónoma y el ritmo de su traslación desde el Estado, podía también producir la notabilísima peculiaridad organizativa de que la estructura y los servicios de responsabilidad del Estado difiriesen según los territorios, con los problemas organizativos y financieros que ello conllevaría.

Este problema, junto a un importante conjunto de oscuridades de la regulación constitucional que era necesario esclarecer, fue estudiado por una Comisión de Expertos en materia de autonomías, que rindió un informe con un importante paquete de propuestas. Consecuencia del informe fueron los Pactos Autonómicos de 31 de julio de 1981, firmados por el Gobierno y su partido (UCD) y el Partido Socialista Obrero Español, que trataron de generalizar y uniformar en lo posible el sistema de autonomías, corrigiendo los principales problemas que planteaba el principio dispositivo.

También fue fruto de dichos Pactos el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, fulminado poco después por una Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, fundamentalmente por entender el Tribunal que la pretensión del proyecto era esclarecer la Constitución estableciendo interpretaciones generales de la misma, misión interpretativa ésta que, según el Tribunal, le correspondía a él mismo en exclusiva. Al margen de la corrección técnica de esta doctrina (de la que me permití entonces discrepar por extenso en un artículo titulado «La interpretación de la Constitución, la armonización normativa y otras cuestiones», que se publicó en el núm. 9 de esta *Revista*), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se separó nunca de las interpretaciones de la Constitución y las explicaciones de la significación de los conceptos que se establecieron en aquel período de los Pactos Autonómicos y en el fracasado proyecto de ley.

La historia de la transformación de un Estado centralista multiseccular para

convertirlo en un Estado fuertemente descentralizado es, seguramente, el acontecimiento jurídico del siglo. Tanto por su importancia como por el tiempo brevísimo en que se ha ejecutado. Ha habido otros de mayor significación aun, como la entronización de la democracia y las libertades como fundamentos del orden constitucional, pero su mantenimiento, garantía y desarrollo, no han requerido el esfuerzo acumulado de tantas iniciativas jurídicas y políticas, ni han llevado a situaciones tan delicadas, ni han planteado problemas y tensiones tan importantes.

Los otros logros jurídicos de la Constitución más visibles en cuanto concierne a la transformación del Derecho recibido, es la sustancialísima ampliación de las garantías de los derechos, la reducción de las inmunidades del poder público.

Las conquistas en este punto se deben a la meritoria labor del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, interpretando la Constitución y concretando sus exigencias. De esta jurisprudencia, por ejemplo, ha resultado: la extinción de la categoría de los actos administrativos exentos de control jurisdiccional; la ampliación de las posibilidades de enjuiciamiento de cualquier clase de conductas o decisiones de los órganos administrativos; la renovación total de la justicia cautelar; la ponderación y reducción de los supuestos en que la Administración Pública puede utilizar poderes de ejecución forzosa; una nueva modulación de la potestad sancionadora administrativa; la consolidación de la responsabilidad del legislador; la nueva definición del derecho al proceso, de la imparcialidad judicial, del procedimiento sin dilaciones, de la prueba, etc., etc.

#### IV. SOBRE LAS TENSIONES Y PROBLEMAS JURÍDICOS PENDIENTES

Me referiré, por último, a algunos de los grandes retos y problemas jurídicos actuales que reclaman construcciones y respuestas que son todavía inciertas en el Derecho actual, y que necesitarán un esfuerzo de depuración técnica y de creación de soluciones en el futuro inmediato.

##### 1. *La posición de los jueces frente a la legalidad, la inseguridad jurídica y algunos agujeros negros del Estado de Derecho*

Paradójicamente el primero de todos ellos deriva, como efecto, de la mayor y más importante innovación jurídica producida en los setenta años de tiempo a que se refiere esta crónica: la aprobación de la Constitución de 1978.

La estabilización de una Constitución como norma superior de todo el ordenamiento jurídico, supone una transformación de enorme envergadura que afecta al conjunto del sistema jurídico recibido que precisa adaptarse inmediatamente a esa novedad.

Durante cerca de doscientos años de constitucionalismo, el imperio máximo, la soberanía, fue trasladada a la ley, que fue siempre la norma irresistible a la que no puede oponerse ni razón ni poder alguno. Los constituyentes anteriores habían aceptado que la Constitución fuera poco más que un marco de referencia moral, un cuadro de valores y criterios organizativos y de principios a los que debían atenerse los legisladores. Pero ninguna consecuencia se derivaba de la trasgresión por la ley de esos principios, valores y referencias, porque no se habían establecido garantías que sirvieran para preservar a la Constitución de las agresiones del legislador. Ni siquiera se estableció un medio de reacción cuando el legislador desconocía, o modificaba, o imposibilitaba el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

El cambio sobre dicho estado de cosas es radical cuando, como ha ocurrido en 1978, la Constitución se proclama como norma superior a la ley y se establece que todos los tribunales están obligados a preservar los principios, valores y regulaciones contenidos en aquélla, siempre por encima de lo que establezcan las leyes ordinarias. Estas, además, quedan sometidas al juicio de constitucionalidad y, en consecuencia, a las decisiones interpretativas o, en su caso, de anulación que dicte el Tribunal Constitucional.

Todo el sistema jurídico debe interpretarse a partir de 1978 en clave de constitucionalidad. Los principios de la Constitución y, muy especialmente, los derechos fundamentalmente reconocidos en la misma se sitúan por encima de la legalidad y deben ser observados y aplicados con preferencia. El cambio es de extraordinaria relevancia porque, por primera vez en la historia de nuestro constitucionalismo, los derechos se sitúan por encima de la ley. Y con ellos también los jueces, que no pueden atenerse exclusivamente a lo que determinan los preceptos de las leyes, sino que tienen que manejar también, al aplicar el Derecho y resolver las controversias que se les someten, principios y reglas que están por encima de la ley.

He aquí, sin embargo, enunciado, uno de los principales problemas del Derecho español de nuestro tiempo: el desplazamiento de la legalidad por la constitucionalidad, o, si se prefiere, la necesidad de aplicar la legalidad en clave de constitucionalidad, otorga a los jueces y tribunales una posición que no habían tenido desde el Antiguo Régimen, antes del período constitucional, cuando la ley no rellenaba todo el espacio decisorio cerrando casi completamente la discrecionalidad de la decisión judicial (recuérdese que el desideratum central del pensamiento de Montesquieu que constituye el dogma esencial de la doctrina

de la separación de poderes es que el juez no sea otra cosa que «la boca que pronuncia las palabras de la ley», por tanto que actúa en un proceso decisorio automático y no innovativo). La alteración de la posición de la ley en relación con los derechos no sólo autoriza, sino que impone a los jueces una vigilancia estrecha para impedir que puedan prevalecer regulaciones ablativas o inadmisiblemente limitadoras del contenido constitucional de aquéllos.

El nuevo orden constitucional subvierte, por tanto, una regla básica del sistema jurídico que había prevalecido desde la Revolución Francesa, y pone a los jueces y tribunales en una posición preeminente. El proceso aplicativo del Derecho se convierte en algo mucho menos automático. El método de la subsunción, que se limita a comprobar si los hechos examinados por el juez son los contemplados en la norma para, inmediatamente, aplicar las consecuencias previstas en esta última, no se desplaza totalmente, pero sí queda matizado y enriquecido porque el juez tiene que incluir valoraciones ajenas a la regulación legal antes de decidir. No para desplazar la ley, pero sí para interpretarla, contemplarla y enmarcarla en el contexto constitucional que tiene que servir para confrontar cualquier decisión de los poderes públicos.

Este retorno, o recreación si se prefiere, del poder innovativo de las decisiones judiciales es, posiblemente, el mayor reto de nuestro Derecho en la actualidad. Sencillamente porque es un fenómeno nuevo que debe ser enmarcado justamente.

La cuestión que suscito es amplia y compleja (incluso podría decirse que, en la práctica preconstitucional, los jueces, de hecho, adoptaban decisiones con interpretaciones tan flexibles o laxas de la legalidad, que equivalían prácticamente a desplazarla; podría señalarse, en este sentido, que el arbitrio judicial no ha desaparecido nunca ni del sistema jurídico más firmemente legalista) de modo que resultará imposible desarrollarla aquí. Pero me referiré sucintamente sólo a dos problemas esenciales que conlleva: la estabilidad y seguridad de las decisiones judiciales, y la utilización del arbitrio para actuar contra la libertad.

En cuanto a lo primero: la seguridad, que los filósofos del siglo XVIII y los revolucionarios franceses querían implantar frente al sobresaliente dominio del arbitrio judicial que les permitía crear los procedimientos y el derecho aplicable, singularmente incluso, caso por caso, se cifró en la atribución a la ley de la regulación general y abstracta que debía contener las soluciones para cualquier controversia. Un universo de reglas, objetivamente fijadas, debía sustituir el criterio cambiante de los tribunales.

La ampliación, en la actualidad, del papel que los jueces y tribunales tienen, habida cuenta su misión como conservadores y aplicadores de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución, no puede suponer una merma importante de la seguridad jurídica, sino que es necesario encontrar al-

ternativas para mantenerla en igual nivel de satisfacción. El modo más simple de conseguirlo es recortar la potestad innovativa de todos los tribunales para obligarles a estar a lo resuelto en ocasiones similares, atenerse al precedente, y no modificar bruscamente la doctrina establecida.

No es preciso corregir en nada nuestra tradición jurídica para que las desviaciones de la legalidad que pueden cometer los jueces y tribunales sean corregidas, aunque sea tardíamente, en el marco de los correspondientes recursos. Más difícil, sin embargo, es la cuestión de imponer a los jueces y tribunales la vinculación a los precedentes establecidos por las instancias de apelación o por el Tribunal Supremo, y a estos últimos una estricta autovinculación a sus decisiones anteriores.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada interpretando la Constitución es vinculante para todos los órdenes judiciales (artículo 5.1 LOPJ). Lo mismo ocurre con la del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea respecto de las interpretaciones que establece del Derecho comunitario. Sin embargo, no existe ninguna declaración expresa en la legislación vigente que indique que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga fuerza para imponerse a los tribunales inferiores, por más que sirva para complementar el ordenamiento jurídico, como dice el artículo 1.6 del Código Civil.

En nuestro país, aunque exista una cierta tradición de que los tribunales se sientan vinculados por su propia doctrina, no hay organizada ninguna práctica, objetivamente bien formada, de respeto al precedente y a la estabilidad de la jurisprudencia establecida por los tribunales de apelación y Supremo, como es absolutamente común en los países anglosajones. Al ser en éstos la creación de Derecho por los tribunales una base fundamental del sistema jurídico, ha sido imprescindible organizar esa función creativa, evitando una descoordinación y discrepancias totales en los criterios seguidos por los diferentes órganos judiciales al resolver asuntos similares o idénticos.

Sólo la autovinculación del máximo Tribunal a su propia doctrina, la vinculación horizontal de todos los tribunales de apelación del mismo nivel a la jurisprudencia que van estableciendo, y la vinculación de todos los jueces y tribunales inferiores a las decisiones adoptadas por los superiores, puede contribuir a ordenar un sistema en el que el peso de los tribunales en la definición del Derecho es creciente.

La desvinculación del precedente y la total libertad creativa conducen derechamente al descrédito del sistema por incapaz de explicar la solución diferente de casos iguales, y a una insoportable inseguridad de los justiciables. El respeto ordinario al precedente mejora, en cambio, el funcionamiento de la justicia porque para los aplicadores del Derecho es más predecible lo que los jueces van a decidir en cada caso, se evitan procesos y apelaciones inútiles, los

abogados pueden preparar mejor sus defensas, los propios jueces se sienten más confortados al seguir resoluciones ya asentadas para casos semejantes y, en fin, el método de adivinación de lo que los tribunales van a decidir en cada caso (que en eso, según Holmes, consiste el estudio del Derecho) puede acogerse a pautas científicas y no a la invocación del azar o el milagro.

El segundo supuesto es la utilización del arbitrio para actuar contra la libertad, lesionando las libertades y derechos de los ciudadanos y el orden de valores constitucionales que los arropan y les dan sentido.

El ejemplo más manifiesto de lo que tratamos de explicar se está dando, con una frecuencia y reiteración asombrosa, en la instrucción penal española de estos días nuestros, sin que, pese a ser cuestión conocida, ni los legisladores ni los órganos judiciales que podrían hacerlo, hayan acertado a establecer correcciones radicales.

Como hemos dicho antes, si la relación entre los derechos fundamentales, la legalidad y los jueces se ha modificado después de la Constitución, no es porque los jueces puedan separarse siempre de la legalidad sino porque deben tener en cuenta las exigencias de los derechos fundamentales a la hora de interpretarla y aplicarla. Lo que resulta inverosímil, por tanto, es que los jueces pudieran emplear la mayor flexibilidad de su relación con la ley para limitar los derechos, recortarlos o establecer interpretaciones *contra libertatem*.

Y, sin embargo, como antes he dicho, esto último ocurre en el derecho penal postconstitucional de nuestro tiempo. Situación que, para mayor gravedad, se festeja a veces en algunos medios de comunicación que, sin duda, no han medido con seriedad la inoportunidad de su alborozo.

Aclararé que, como es obvio, no me refiero ni a todo el sistema penal en su conjunto (todos los procesos y todas las regulaciones de los delitos y las faltas), ni a todos los jueces y tribunales, sino sólo a alguno de ellos. Pero basta con el mantenimiento consentido de actuaciones de esta clase por parte de un solo juez para que todo el orden de lo penal quede afectado y puesto en entredicho.

Con estas limitaciones, puede afirmarse, sin embargo, que en la utilización de la potestad punitiva penal del Estado está el mayor y más preocupante problema jurídico de nuestro Derecho actual, y el más evidente agujero negro del Estado de Derecho.

Muy sucintamente explicaré que estas relevantes afirmaciones se basan en las siguientes circunstancias:

En España, hoy, el ejercicio de la potestad punitiva penal está sometida a una discrecionalidad incontrolable que, además, no está siempre dominada por el Gobierno, que sería el único órgano constitucional que podría ejercerla legítimamente, sino por funcionarios que la usurpan con una facilidad asombrosa, sin ningún título que les legitime.

La discrecionalidad, en efecto, es un fenómeno general característico de las actuaciones más ordinarias de cualquier poder público. Pero, mientras que cuando se trata de decisiones del poder ejecutivo que puedan afectar a la libertad, la propiedad u otros derechos de los ciudadanos, el Derecho Administrativo y la jurisprudencia especializada han creado técnicas satisfactorias para reducir la discrecionalidad a los límites de lo razonable, en el ámbito del ejercicio de la potestad punitiva penal cuya activación se atribuye al Ejecutivo y se emplea a través del Fiscal General, órgano vinculado al Gobierno, no hay ninguna posibilidad de control. Ni aun en el caso de que la decisión sea arbitraria y, en tanto que tal, contraria a la prohibición expresa contenida en el artículo 9.3 de la Constitución.

La transformación de la legalidad penal es también un fenómeno de extraordinaria trascendencia en el mundo actual. La ley única, expresada en un cuerpo legal claro, bien ordenado y simple como habían querido los codificadores y los más notables nomófilos del siglo XVIII, inspirados en las relevantes propuestas de Montesquieu o de Bentham, ha sido sustituida por un conjunto de reglas, abigarrado y denso, de procedencia no sólo estatal, sino también internacional, europea o regional. Fenómeno éste que afecta indudablemente al Derecho Penal porque el Código no basta para definir los delitos, ya que las conductas a que el Código se refiere están reguladas, fuera de él, por otras normas que, además, muchas veces tienen simplemente valor reglamentario. Cuando la materia es muy especializada incluso el Código cede por entero la regulación a normas externas a él mismo, fenómeno éste conocido como el de las normas penales en blanco.

Pues bien, si esta abundancia y diversidad de procedencia de las reglas positivas del Derecho actual es un problema difícil con carácter general, lo es mucho más si ocurre en el Derecho Penal. Algo tan trascendente como el conocimiento de una norma que contiene regulaciones que pueden servir, nada menos, para privar de la libertad a un ciudadano, queda en una nebulosa de difícil penetración. La situación no es siquiera parangonable con lo que ocurre en el Derecho Administrativo: existen en este sector muchísimas más normas aún, pero su desconocimiento o vulneración no sólo no acarrea consecuencias tan graves, sino que, además, suele ser más difícil porque las Administraciones Públicas advierten ordinariamente de las normas aplicables a todos los que inician relaciones especiales con ellas.

Un ordenamiento confuso permite, sin embargo, a algunos jueces penales, en la fase de instrucción, algo tan grave como moverse con total libertad en cuanto al procedimiento que emplean para instruir y las reglas materiales que usan para imputar. Retoman, en consecuencia, el viejo arbitrio característico de toda la justicia del Antiguo Régimen, pero especialmente de la penal, para

usarlo tanto *in procedendo* como en la determinación del derecho material aplicable. En este último punto, si los hechos no encajan bien en los tipos penales, se abre la norma, se reinterpreta y amplía su contenido. Con la confianza, en fin, de que no se corre ningún riesgo porque, a la postre, en el juicio plenario la Sala juzgadora restablecerá la legalidad y el buen sentido jurídico. Tardíamente lo hará, en fin, porque la pena está en el proceso, según la famosa advertencia, que los juristas castizos de nuestro país han traducido como la «pena de banquillo».

Sin el menor ánimo de exhaustividad mencionaré otros algunos aspectos más dignos de ser atendidos con preocupación.

Aunque una de las garantías del procedimiento penal es que los jueces no puedan elegir los asuntos en los que intervienen, ello resulta todavía posible en España, si se buscan fórmulas para evitar la aplicación de las reglas de reparto. La invocación de la conexión de un nuevo asunto con otros que lleve el mismo juez, es una fórmula posible con la que resulta fácil disimular la inaplicación de la legalidad. Como hay algún juez que, cuando conoce de algún asunto interesante, amplía la investigación sucesivamente a nuevas y nuevas materias, es decir hace pesquisas generales, es difícil que en la megacausa que resulta finalmente no haya docenas de flecos con los que pueda conectarse cualquier evento nuevo.

Menos refinado que lo anterior es establecer conexiones puramente artificiales, involucrando en una causa asuntos que nada tienen que ver con ella para forzar la intervención de un juez concreto. Suele mediar aquí la connivencia del acusador. Situación ésta que sería suficiente para que las partes de tal acuerdo fueran seriamente sancionadas. Pero una de las características de tales desviaciones es que suelen poder hacerse con perfecta consciencia de la impunidad.

Cuando la instrucción comienza puede durar, incluso si se sigue el llamado procedimiento abreviado, años y años. El imputado queda sometido al arbitrio del juez, que resulta imposible de corregir. Ciertamente la Constitución, artículo 24, consagra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pero su invocación difícilmente conducirá a nada productivo: el juez siempre se escudará, aunque no sea cierto, en la complejidad de la investigación, las Salas superiores no tendrán ningún criterio para valorar tal complejidad hasta que conozcan de la causa en fase de plenario y, en el mejor de los casos, tendrán que limitarse a declarar que, en efecto, se ha vulnerado el mencionado derecho, pero sin que ello repare el padecimiento del imputado ni suponga exigencia alguna de responsabilidad al juez. Instrucciones abiertas durante años en causas complejas con conexiones múltiples permiten, a veces, a algún juez, mantener bajo su inmenso poder a la mitad de un sector económico o a grupos enormes de ciudadanos.

Las dimensiones del poder del instructor, incluso para actuar sin fundamento y producir, sin incurrir en responsabilidad, daños irreparables al imputado, son inmensos: el instructor señorea omnipotente la causa produciendo decisiones siempre aparentemente justificadas. Se presume, además, el fundamento y razonabilidad de sus resoluciones. Pero es posible que la justificación se base en hechos sin contrastar, o que la imputación se haga a una persona sin relación con los hechos, en la hipótesis de que aquéllos fueran ciertos y punibles. La discrecionalidad de que disfruta el instructor para relatar hechos, tomarlos de la realidad o, al menos parcialmente, imaginarlos, y para imputarlos a personas, es prácticamente total. Cuando incurre en arbitrariedad al conjugar hechos y personas, difícilmente podrá ser su actuación corregida antes de que el juicio oral, ya en la fase de plenario, comience, porque aunque los interesados recurran las resoluciones del juez, las Salas de lo Penal, que no conocen ni la realidad de los hechos ni la relación con ellos de las personas, tenderán a ratificar la decisión de aquél, presumiéndola bien fundada y evitando que se anticipe un juicio sobre su adecuación a Derecho.

Es fácil, además, para el juez que instruye valerse de peritos que, a veces (supóngase la intervención de inspectores de Hacienda en los delitos fiscales), han actuado en vía administrativa y tienen ya un juicio inamovible e interesadamente formado sobre el asunto. La opinión de los peritos tiene, además, un valor decisivo cuando se trata de resolver sobre el sentido de regulaciones o prácticas especializadas completamente ajenas a la técnica del juez penal. La imparcialidad e independencia de los Tribunales se sustituye, de esta manera, por la situación dependiente y los prejuicios de los peritos.

La enorme disponibilidad sobre la configuración de los hechos que tienen los instructores, es decir, para conformarlos y adecuarlos a su imputación, aunque no se correspondan exactamente con la realidad, repercute naturalmente en la problemática utilización de la potestad que tienen conferida para adoptar medidas provisionales, tanto de orden personal como patrimonial, respecto de las que, al no actuar el juez de instrucción como verdadero garante de la objetividad y de los derechos de los imputados, tampoco existen salvaguardas suficientes. El efecto de esta situación es que se puedan causar lesiones patrimoniales y morales a los imputados realmente irreversibles.

Dejo en lo dicho la crítica (que amplio y justifico en mi estudio «De los delitos y las penas: ayer y hoy» incluido en el libro por mí dirigido *Los grandes procesos de la historia de España*, Crítica, Barcelona, 2002), que, a la postre, podría resumirse en la más seria advertencia y preocupación porque los dos derechos más principales del hombre, que justificaron la invención del constitucionalismo contemporáneo, la libertad y la propiedad, son, precisamente, los que más riesgo sufren en el Estado de Derecho español, por causa de un sis-

tema penal en el que concurren los gravísimos defectos mencionados y que no ofrece las garantías debidas en la fase de instrucción.

Diré, por tercera vez, que no son todos los jueces ni todas las regulaciones, ni todos los procesos, los afectados por esta situación. Pero basta con que haya un solo caso, sobre todo si se manifiesta de modo reiterativo, sin el menor riesgo de incurrir en responsabilidad, para que la gravedad del problema deba ser destacada con el mayor énfasis.

## *2. La pérdida de la referencia territorial: el proceso de globalización*

La segunda gran ebullición de las instituciones y técnicas jurídicas pendiente aún de un asentamiento definitivo, resulta de la pérdida de referencia territorial que ofrecía hasta ahora el Estado en relación con la creación del Derecho y su aplicación. A partir del ingreso de España en la Comunidad Europea, activándose la previsión contenida en el artículo 93 de la Constitución, se han transferido a una organización supranacional poderes que antes estaban atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas. Ha emergido así una nueva fuente de producción del Derecho. Tan vigorosa es que las decisiones normativas de origen europeo no sólo suman ya una cantidad ingente de disposiciones, sino que también repercuten en el Derecho y las instituciones del Estado hasta el límite de poder afirmar que la integración europea implica, desde el punto de vista del Derecho, una mutación constitucional. G. Jellineck llamó de esta manera a las modificaciones de la Constitución que se producen sin que medie una reforma expresa, pero que alcanzan a afectar a sus instituciones del mismo modo que las reformas verdaderas. Hace años expliqué cómo la afectación de la Constitución por el hecho comunitario no se refiere sólo a algunas regulaciones concretas, sino a todo el orden de competencias y poderes establecidos, porque se sobrepone a ellos un sistema institucional y jurídico nuevo en cuyo marco aquéllos se transforman por completo (S. Muñoz Machado, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza Editorial, 1993).

Además de la afectación general al ejercicio de los poderes y las competencias que tienen constitucionalmente atribuidas, la jurisprudencia comunitaria ha consagrado muchos principios generales que son de obligada observancia en la interpretación del Derecho por las jurisprudencias nacionales. Algunos de ellos eran aplicados comúnmente por los Estados miembros o, al menos, por España. Otros han renovado o generalizado principios que no eran utilizados por la jurisprudencia de nuestro país, o que se empleaban con una significación mucho más limitada.

Principios de esta clase son, por ejemplo, el de certeza del Derecho (Sentencia Tagaras de 1991), el de obligación de motivación (Sentencia Municipio de Ámsterdam de 1990), el de confianza legítima (Sentencias Lemmerz-Werke, de 1965, Comisión contra Consejo de 1975, Alpha Steel de 1982, etc.) el de proporcionalidad (Internationale Handelsgesellschaft de 1970), la aplicación de medidas cautelares (Factortame I de 1990, Zuckerfabrick de 1991, Atlanta de 1995, etc.). Muy especialmente, la expansión del principio de responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho Comunitario, a partir de la Sentencia Francovich de 1990, cuya doctrina han desarrollado y aplicado luego a otras hipótesis Sentencias capitales en la historia del Derecho Comunitario como Brasserie du Pêcheur, Factortame III, Lomas, Dillenkofer, Denkavit, etc.

La ampliación de la perspectiva territorial en la que el Derecho emerge y se aplica, se ha situado, sin embargo, actualmente, muy por encima de la región europea, sobre todo en los últimos años del siglo xx.

La elevación a un nivel supraestatal de la lucha por la protección de los derechos fundamentales obtuvo un éxito decisivo con la aprobación de la Convención europea de 1950. Sobre este ejemplo se han producido luego regulaciones semejantes como la Convención Americana de Derechos Humanos de 1978 o la Carta Africana de Derechos de los Hombres y los Pueblos de 1981. También, al lado de las declaraciones relativas a los derechos fundamentales, el proceso de globalización ha llevado al establecimiento de objetivos de interés común de las naciones que son regulados por normas con pretensiones de aplicación mundial. Algunos textos de referencia son la Convención sobre Derechos del mar de 1982, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y la Agenda 21, aprobadas en la Cumbre de la Tierra celebrada en Brasil en 1997, donde se impone que los Estados «cooperen con espíritu de sociedad global en la conservación, protección y restauración de la salud y la integridad del ecosistema de la tierra».

La globalización económica lleva también de la mano un proceso de globalización jurídica que está suponiendo la traslación de la soberanía que pertenecía en exclusiva a los Estados hacia instancias mundiales de decisión que, al menos, comparten con el Estado, cuando no le imponen, regulaciones que aspiran a ser aplicadas sin atención a las fronteras.

Este fenómeno exige repensar las instituciones y reflexionar seriamente sobre si la pérdida de soberanía de los Estados debe compensarse con la creación de un orden jurídico mundial dotado de los mismos equilibrios y compensaciones entre poderes que sirvieron para establecer la convivencia pacífica en el seno de los Estados, de manera que aseguren el funcionamiento sobre bases democráticas de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Richard Falk, A. Cassese, David Held, Danilo Zolo, Jürgen Habermas, entre otros, se han ocupado en los últimos años de reflexionar sobre las oportunidades de este nuevo equilibrio. El contraste que mejor sirve para establecer las diferencias entre el globalismo jurídico que se superpone a la absoluta soberanía de los Estados, y la organización del Derecho, hasta ahora dominante, basado en aquella misma soberanía estatal, es el que expresa la comparación entre lo que aquellos autores han denominado el «modelo de Westfalia», y el «modelo de la Carta de las Naciones Unidas».

En el «modelo de Westfalia», los sujetos del Derecho internacional son exclusivamente los Estados; no existe un legislador internacional dotado de poder para dictar normas con efectos ejecutivos inmediatos; el ordenamiento jurídico internacional está constituido casi exclusivamente por normas primarias, mientras que faltan normas secundarias, de organización y aplicación; la soberanía de los Estados y su igualdad jurídica son principios absolutos e incondicionados; todo Estado tiene derecho a recurrir a la guerra o a cualquier medida coercitiva análoga para ejecutar sus propias decisiones o proteger sus intereses, etc.

En cambio en el «modelo de la Carta de las Naciones Unidas», la comunidad mundial está compuesta por Estados soberanos, pero también los individuos y los grupos tienen un papel importante como sujetos de las relaciones internacionales; se garantiza el derecho al reconocimiento a los pueblos oprimidos y a las minorías; se restringe el uso indebido de la fuerza, incluso de la fuerza económica; se establecen nuevas reglas, procedimientos e instituciones para implantar un sistema legal que ordene los asuntos internacionales; se implantan limitaciones al comportamiento de los miembros de la comunidad internacional; se estabiliza la preocupación por los derechos individuales que se sobrepone a la actuación de los Estados; la promoción de los derechos humanos y la justicia social se convierten en una prioridad, etc.

Ciertamente, a partir de estos cambios se está produciendo una erosión efectiva en el poder de los Estados y se consolidan, cada vez más, normas de alcance mundial y órganos encargados de vigilar su observancia. La transformación es de enorme alcance, aunque, desde luego, no sea suficiente como para establecer un pronóstico seguro a corto plazo sobre la sustitución y el final del Derecho de los Estados.

### 3. *La nueva relación del Estado y el mercado*

La última gran transformación que está ocurriendo en el período de entresiglos, ya en la fase final del tiempo al que se refiere esta crónica, es el cambio de la posición de los Estados europeos y, desde luego, del poder público español en relación con los mercados y el funcionamiento de la economía.

Los límites que se han impuesto a esta colaboración impiden un desarrollo, siquiera sea en escorzo, del referido argumento capital. Me limitaré por ello a enunciarlo.

A pesar de las pretensiones de los primeros representantes de la economía clásica, a partir de Adam Smith cuya doctrina tiene reflejo en los reformistas ilustrados españoles y muy singularmente en Jovellanos, el Estado no ha limitado nunca su acción sobre la economía a la realización de las obras públicas que no pueden ser acometidas por los sujetos privados. Las Reales Fábricas y Manufacturas, las compañías privilegiadas, la organización del servicio de correos, el desarrollo del ferrocarril, la implantación desde el primer liberalismo de los servicios sociales de educación, beneficencia y sanidad, el mantenimiento, pese a la desamortización, de un régimen particular para el dominio público y de otras propiedades del Estado, como los montes o las minas, el desarrollo de un sistema financiero fuertemente influido por las regulaciones públicas, etc. demuestran que ya a finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, el Estado interviene en la economía como titular y participante en empresas mercantiles, y no sólo como regulador.

Sin embargo, el desarrollo del nacionalismo económico, en el primer tercio del siglo XX, y la propagación en toda Europa de una ideología económica favorable a la monopolización y a la reserva al Estado de determinadas clases de servicios económicos y empresas, intensificó la presencia de las Administraciones Públicas en los mercados como sujetos de las relaciones económicas.

Esta circunstancia motiva que, desde comienzos del siglo XX, los juristas, especialmente desde el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, desarrollen la doctrina del servicio público, en cuyo marco sobre todo L. Duguit explica que la característica fundamental del Estado, su justificación, es ser una corporación cuya función radica en la organización y prestación de servicios públicos a los ciudadanos. El Estado se hace titular, en consecuencia, de los servicios económicos fundamentales, y los gestiona, bien directamente, o bien mediante concesiones otorgadas a sujetos privados, sometidos siempre a su supervisión y control.

Esta ideología del servicio público da cobertura al crecimiento de la presencia del Estado en los mercados, en términos de titular y gestor de monopolios y empresas, no sólo en los sectores estratégicos, sino, ulteriormente, en relación con cualquier actividad económica, sea a título de suplir la iniciativa privada, sea para compensar los fracasos de esta última o para mantener empresas socialmente relevantes.

En el último cuarto del siglo XX, esta situación empieza a cambiar radicalmente, en virtud de un proceso de privatización y liberalización de la economía, empujado en Europa muy principalmente por la Comunidad, que obliga al

Estado a desprenderse de los monopolios industriales, de producción y comerciales, y más tarde de la práctica totalidad de los monopolios de servicios. Simultáneamente, las empresas de propiedad estatal que no se privatizan totalmente, quedan sometidas a un régimen de organización y financiación que asegure que no gozan de privilegios de ninguna clase para competir en el mercado en perjuicio de las empresas privadas.

La transformación de la relación del Estado con el mercado, producida también con gran aceleración, exige resituar el papel que aquél debe ejercer sobre los sectores económicos liberalizados. En lo sucesivo, ya no los controla a título de *dominus*, los servicios públicos empiezan a dejar de tener la concepción regaliana que había primado en todo el ámbito europeo, sino que su función se constriñe a asegurar el mantenimiento de las condiciones que hacen posible la competencia, el funcionamiento regular de los servicios, la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, etc. El Estado reaparece en el mercado como regulador.

Esta función de regulación tiene contenidos enormemente amplios porque alcanza desde la producción de normas hasta las potestades de intervención y sanción sobre empresas. Pero en muchos aspectos, para la mayor parte de los Estados europeos, es una función relativamente nueva que ha de ejercerse a través de agencias o comisiones dotadas de un estatuto de independencia con respecto del Gobierno, y que requiere ser desarrollada con técnicas que, aunque bien ensayadas en países donde se había mantenido una concepción de la relación del Estado con el mercado mucho más favorable a la libertad de éste, son en buena medida extrañas al conjunto de reglas jurídicas que sirvieron para ordenar la economía de mercado en los tiempos en que dominó la ideología del servicio público.

El otro aspecto final, de máxima importancia, que esta transformación trae consigo, es la definición de las obligaciones de servicio público que el Estado y las demás Administraciones Públicas deben seguir manteniendo (sostenemos que la crisis de la ideología del servicio público no afecta, en este sentido, a los servicios sociales, sino que tan sólo impone una remodelación de la intervención en las actividades económicas relevantes), así como los deberes de servicio público que deben recaer sobre las empresas privadas que se ocupan ahora de la prestación de actividades que son relevantes para el interés general.

La idea de las obligaciones de servicio público de las empresas privadas y la técnica del servicio universal, son algunas de las fórmulas para cubrir la última exigencia mencionada.

