

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

43

(2014)

Autonomia
Unità e pluralità nel sapere giuridico
fra Otto e Novecento

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

BARTOLOMÉ CLAVERO

DESAPEGO DE REPÚBLICA
Y CORTOCIRCUITO DE DERECHOS

(A propósito de Rafael Escudero Alday, *Modelos de democracia en España. 1931-1978*, Barcelona, Península, 2013)

¿Habrán quien diga que no son constitucionales los artículos de nuestro Proyecto que prohíben la guerra como medio de política nacional, que establecen la disolución de las Órdenes religiosas, que instauran el divorcio, que suprimen la pena de muerte y los indultos colectivos? Menos todavía puede decirse que no son propios de un Código político los derechos sociales.

Luís Jiménez de Asúa (1931) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Reus, 1932, p. 52, ampliando su discurso de presentación del proyecto constitucional ante el pleno de las Cortes Constituyentes el 27 de agosto de 1931 en su calidad de presidente de la Comisión de Constitución. Los extremos aludidos quedaron sustancialmente incorporados, con alguna que otra modulación, al texto final. Al autor, penalista de especialidad, se le rindió en vida tributo en el exilio, un exilio que fue de por vida: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, con amplia participación internacional. Otros tributos, ya póstumos, los hay, pero no que se centren en su tarea de significación constitucionalista por razón de materia y por su sensibilidad para con los derechos en el campo penal: *Diccionario Crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispanícos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, ed. José Manuel Peláez, Zaragoza, Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Málaga, 2005-2006, vol. 1, pp. 434-437. Recuérdese su *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia* (1928), 7ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1984, en algunas ediciones con subtítulo más desglosado o con otro segundo: *Vieja y nueva moral sexual*. Se limita prácticamente a reproducir su discurso parlamentario de presentación del texto constitucional Enrique Díaz-Aranda, *El extraordinario Luís Jiménez de Asúa, en Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, Fernando Serrano Migallón (coord.), México D.F., Porrúa, 2003, pp. 189-202. Para una vida paralela de jurista

1. Constituciones, democracia, historia, monarquía. — 2. 1931 versus 1978: I. República, republicanismo, constitucionalidad. — 3. 1931 versus 1978: II. Derechos y garantías constitucionales e internacionales.

1. *Constituciones, democracia, historia, monarquía.*

Modelos de democracia en España. 1931-1978 trata de las dos Constituciones españolas del siglo XX. La primera rigió en territorio español, pues se intentó seguir manteniendo en el exilio, hasta 1939, cuando cayó víctima de la guerra civil provocada por un golpe militar de corte fascista que abriera paso a una larga dictadura; la segunda es la vigente; Constitución una de la Segunda República española y la otra, de la enésima Monarquía. Ambas pueden considerarse en efecto democráticas al menos en sus planteamientos, pues más problemático resulta el calificativo para sus respectivas prácticas, si aplicamos el doble criterio de identificación plausible de una democracia constitucional. Uno consiste en el reconocimiento del sufragio universal de la ciudadanía sin discriminaciones, ni de género ni de ningún tipo, para la legitimación del sistema que instituyen. El otro asume que la participación ciudadana constituye un derecho entre otros derechos, de los personales a los sociales, para cuya promoción y garantía se ponen medios tanto judiciales como políticos. Satisfaciendo de entrada sus textos estos criterios, para ambas Constituciones el principio de no discriminación en materia de derechos es de alcance general sin excepciones (1931, art. 25: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios»; 1978, art. 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») (2).

exiliado, también penalista, Yolanda BLASCO y Tomás SAORÍN, *Las universidades de Mariano Ruiz-Funes. La lucha desde el exilio por la Universidad perdida*, Murcia, Universidad de Murcia, 2014. Sobre la efectiva devastación de la institución universitaria por la dictadura franquista, Jaime CLARET MIRANDA, *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Barcelona, Crítica, 2006.

(2) ESCUDERO ALDAY no se plantea la cuestión preliminar de las ediciones de los textos constitucionales que utiliza. La que parece más a mano en internet, por tratarse de toda una colección de *Constituciones Hispanoamericanas* históricas y presentes (<http://cervantesvirtual.com/bib/portal/> constituciones) no resulta muy recomendable: comienza por incluir como Constituciones textos dictatoriales y llega a manipular algún texto, como precisamente el del citado art. 25 de 1931; ESCUDERO ALDAY (p. 320) detecta

Hay exposiciones de la historia constitucional española, no sólo manualísticas, que hablan de Constituciones democráticas para otros dos casos, éstos del siglo XIX, de 1812 y de 1869. Hablar de democracia en grado alguno para la primera, la conocida como Constitución de Cádiz por la ciudad donde se ultimó, es un puro despropósito anacrónico ⁽³⁾. Para la segunda tiene más sentido. La Constitución de 1869 considera el sufragio como un derecho entre otros derechos para los que se prevén garantías. Sin embargo, lo que añade o más bien antepone, como elemento de base que ni siquiera aborda, es una serie de discriminaciones, muy en particular la discriminación de género. Aquella Constitución, la de 1869, se refiere un par de veces a « sufragio universal » (la principal en su preámbulo: « La Nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal... »), pero sobrentendiendo que la mujer seguía excluida del universo constitucional, de la participación política como de otros derechos fundamentales. Cuando emplea el masculino, significa masculino (1869, art. 16: « Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar... »; art. 17: « Tampoco podrá ser privado ningún español: Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones... Del derecho de reunirse pacíficamente... Del derecho de asociarse... »; art. 27: « Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos... »). La experiencia de esta Constitución encierra desde luego sumo interés para el registro y la garantía de

lo mismo en colecciones de uso corriente. Una cuidada *working edition* de 1931 se puede encontrar en la recopilación *Constituciones históricas. Ediciones Oficiales*, ed. Raquel Rico, Sevilla, Universidad de Sevilla, 3ª ed., 1999. La edición oficial de 1978 se contiene en una tirada especial del *Boletín Oficial del Estado*, año 318, núm. 311.1, de 29 de diciembre (<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>), con versiones, todas oficiales, en castellano, catalán, gallego, valenciano y euskera o vasco.

⁽³⁾ Marta Lorente y José María Portillo (coords.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011; B. CLAVERO, *Cádiz 1812. Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución*, en estos « Quaderni Fiorentini », 42 (2013), pp. 201-279. Aprovecho para una corrección: si algo cambiaría hoy en mi *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989, sería el capítulo de Cádiz, aparte por supuesto de que introduciría al final lo que 1978 ya lleva recorrido de historia. El epígrafe final sobre la Constitución en vigor (pp. 235-237) respondió a recomendación editorial a la que no supe resistirme: no me veía con perspectiva crítica para ubicar históricamente 1978 sin saber definir bien la causa; según lo veo hoy, todavía estaba cautivo del alivio de la salida de una dictadura organizada para sobrevivir al dictador.

derechos ⁽⁴⁾, y especialmente de los de índole política en el constitucionalismo democrático ulterior, pero esto no justifica en modo alguno que se le catalogue y considere dentro de esta categoría. Sólo las dos Constituciones del siglo XX pueden decirse democráticas ⁽⁵⁾.

Si hacemos abstracción del proceso constituyente que en ningún caso cabe calificar en rigor como democrático, en 1931 por excluirse todavía a las mujeres del sufragio activo en las elecciones constituyentes y en 1978 por no haberse celebrado comicios estrictamente tales ni poder suplirlos un referéndum de texto cerrado sin alternativas constitucionales ⁽⁶⁾, las únicas Constituciones españolas que hayan entrado en vigor y que sean merecedoras de alguna consideración como demo-

⁽⁴⁾ Jesús VALLEJO, *Orden, Libertad, Justicia. Figuración constitucional republicana (1873)*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 67 (1997) (Homenaje a Francisco Tomás y Valiente), pp. 821-845; Carmen SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1869-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; J. VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Carlos Garriga (coord.), México D.F., Instituto Mora-Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2010, pp. 173-199.

⁽⁵⁾ No se espere este tipo de precisiones ni otras de especie constitucionalista no intemporal en los estudios que acompañan los volúmenes *Las Constituciones Españolas*, ed. Miguel Artola, Madrid, Iustel, 2007-2010; para estos casos, los del vol. 2, del mismo M. ARTOLA y Rafael FLAQUER, *La Constitución de 1812*, 2008, y del vol. 5, de Manuel PÉREZ LEDESMA, *La Constitución de 1869*, 2010. Para otra valoración, Antonio-Filiu FRANCO, *Nuevas pautas para el estudio de las Constituciones españolas (1808-1978)*, en « Historia Constitucional » (revista en línea), 12 (2011), pp. 465-471.

⁽⁶⁾ Ferran GALLEGU, *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Barcelona, Crítica, 2008, hasta el momento de unas elecciones generales bajo control del aparato heredero de la dictadura de las que surgiera un parlamento que asumió la facultad de constituir por sí mismo, sin más intervención ciudadana constituyente que la acción de refrendo: B. CLAVERO, *Transición y Constitución, ¿qué relación guardan en España que importe hoy?*, en « Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad » (revista en línea), 6 (2014). Sobre la falta de transparencia del proceso de elaboración del texto 1978, Soledad GALLEGU-DÍAZ y Bonifacio DE LA CUADRA, *Crónica secreta de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1989; Mercedes RIVAS ARJONA, *Génesis del título I de la Constitución Española de 1978 en el seno de la ponencia*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001. Respecto a la experiencia constituyente de 1931, no se adentra en ella, desafortunadamente, el repaso histórico de Gerardo PISARELLO, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, caps. 2 y 3. Tampoco se introduce en la comparación de los respectivos procesos constituyentes ESCUDERO ALDAY. Para visión histórica hoy generalizada incluso entre constitucionalistas, sin más criterio de discernimiento en sustancia que entre un 1931 « excluyente », por laico y por reformista, y un 1978 « incluyente », por connivente y por deferente, Manuel ÁLVAREZ TARDÍO, *El camino a la democracia en España, 1931-1978*,

cráticas son en efecto estas dos, las de 1931 y 1978, despejada a nivel constitucional la discriminación de género (7). Viniendo en segundo lugar, la última Constitución, la actual, podría pensarse que aprovecha la experiencia de la primera tanto en su planteamiento como en su desenvolvimiento, el práctico y el doctrinal. De hecho tienen más cosas en común, como principalmente un régimen de autonomía territorial a iniciativa regional y una jurisdicción constitucional no sólo para arbitrar conflictos entre sujetos políticos, el estatal y los regionales, sino también como garantía adicional, junto a la justicia ordinaria, de los derechos constitucionales de titularidad individual. Son razones suplementarias, si es que hiciera falta sumárseles. Al fin y al cabo, autonomía y amparo, se vinculan estrechamente a los requisitos más generales de participación ciudadana y de derechos sin discriminaciones. Todo ello abunda en la conveniencia de tomar de continuo en consideración 1931 en la práctica y el estudio de 1978 por encima y a pesar del periodo radicalmente inconstitucional de dictadura. Mas no ocurre así en absoluto. Si por algo se caracteriza hoy al respecto el constitucionalismo tanto práctico como doctrinal es por su empecinamiento en ignorar la experiencia de 1931 o, en casos que se singularizan precisamente por menos usuales, en abordarla en términos más bien adversativos, como si se tratase de un contraejemplo a prevenir y no de un precedente a valorar y aprovechar. En cuanto que posición doctrinal, es tendencia que procede de los tiempos de la dictadura, aun con un amago de giro algo apreciativo hacia sus finales que, tras la recuperación de Constitución, no se ha consolidado (8). En la medida escasa en la que la

Madrid, Gota a Gota, 2005, ofreciendo en definitiva ideología contra 1931 y apología sobre 1978.

(7) Amelia VALCÁRCEL (est. prel.), *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002; M^a Dolores PELAYO DUQUE, *Mujeres de la República. Las diputadas*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006; Mary Nash (coord.), *Ciudadanas y protagonistas en la II República y la Guerra Civil*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2009. Respecto a hoy, con registro también de 1931, Patricia CUENCA, *Mujer y Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución de 1978*, en «Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política», 8 (2008), pp. 73-103.

(8) *Estudios sobre la II República Española*, ed. Manuel Ramírez, Madrid, Tecnos, 1974, con concurrencia divergente; el mismo M. RAMÍREZ, *Las reformas de la II^a república*, Madrid, Túcar, 1977. Inmediatamente tras 1978, destacaron además una serie de estudios sobre jurisdicción constitucional bajo 1931, único extremo que se considerara entonces, en aquella coyuntura, de interés como precedente, más que nada a contrastar: José Luis GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid, Editora Nacional, 1980; Martín BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*

apreciación se mantuvo, no se ha hecho viva como análisis de 1931 en comparación con 1978 ni apenas tampoco por sí mismo, salvo monografías aisladas ⁽⁹⁾.

¿Cómo no cambió la posición respecto a 1931 por el advenimiento de 1978? El nuevo texto constitucional mismo no vino a favorecer este concreto cambio. Ni en su preámbulo ni en su articulado ni en sus disposiciones finales hace referencia alguna al precedente. Una hay, pero no explícita: « Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía » ven ahora revalidado ese ejercicio de iniciativa (1978, Disposición Transitoria Segunda). Se trata de Cataluña, el País Vasco o Euskadi y Galicia, que efectivamente habían superado dicho plebiscito bajo la Constitución de 1931. Éste es « el pasado » que ni siquiera se identifica por la norma constitucional en 1978 pese a no ser por supuesto un secreto para nadie y a pesar también de la trascendencia que tal revalidación podría alcanzar. Por su vía, la autonomía de tres regiones españolas trae causa constitucional y puede traer título último de legitimidad de la Constitución republicana de 1931 por encima de su dispensación por la Constitución monárquica de 1978. Ha de recordarse que la posibilidad de autonomía durante la República Española fue producto de la reconducción de la proclamación del Estado Catalán en el seno de la

de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981; Rosa M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, Bosch, 1982; con el interés suplementario de la comparación, como adelanto del libro que luego citaré, Pedro CRUZ VILLALÓN, *Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 5 (1982), pp. 115-146. Como la dictadura franquista había establecido un control político por parte de órganos corporativos y del partido único, hubo algún estudio cercano amagando la conexión: José Luís MEILÁN GIL, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española*, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 543-599. Para la bibliografía disponible por aquellos años, Paloma ROMÁN y Francisco J. VANACLOCHA, *Repertorio bibliográfico sobre aspectos jurídico-políticos e institucionales de la Segunda República Española*, en « Revista de Derecho Político » (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 12 (1981-1982), *Cincuenta Aniversario de la Constitución española de 1931*, pp. 399-415.

⁽⁹⁾ ESCUDERO ALDAY ofrece una bibliografía nada exhaustiva, pero suficiente a su propósito, no proponiéndose una reflexión historiográfica, a la que tampoco voy a proceder aquí salvo para algún punto en el que me detendré, como el de la justicia constitucional de 1931 cuya literatura más específica ya he empezado a registrar.

Federación de las Repúblicas Ibéricas ⁽¹⁰⁾. En todo caso, 1978 dejaba abierto el alcance de la autonomía para tales territorios no sólo por dicha remisión, sino también mediante disposiciones adicionales, transitorias y derogatorias de forma que no deja de estar ahí, registrada en la Constitución, porque no se haya aprovechado hasta hoy a fondo ⁽¹¹⁾.

Aquí nos interesa esto por lo que importa a la existencia de un nexo de carácter normativo entre la Constitución republicana de 1931 y la Constitución monárquica de 1978 que hace todavía más inexplicable la inconexión imperante ⁽¹²⁾. No se ha hecho valer con su fuerza constitucional. Y la historiografía no es que contribuyera. Los mismos intentos de ubicación de 1931 en su tiempo constitucional, si conduce

⁽¹⁰⁾ Tras Carlos Alberto CHERNICHERO, *El Estado integral en la Constitución de la II República: proceso político, sistema parlamentario y conflictos sociales*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2007, mantiene un interés no circunscrito territorialmente Manuel GERPE, *L'Estatut d'Autonomia de Catalunya i l'Estat Integral*, Barcelona, Edicions 62, 1977, o también *Los nacionalismos en la España de la II República*, eds. Justo G. Beramendi y Ramón Máiz, Madrid, Siglo XXI, 1991.

⁽¹¹⁾ «Iura Vasconiae. Revista de Derecho Histórico y Autonomico de Vasconia», 7, 2010, VIII *Simposio de Derecho Histórico y Autonomico de Vasconia: Sociedades Plurinacionales y Cambio Constitucional*, con contribuciones y referencias no sólo vascas en asunto sumamente controvertido desde que el constitucionalismo doctrinal predominante niega tal apertura constitucional respecto a determinados territorios que conoce otras manifestaciones en la misma Constitución. Como, ya advierto, no voy a entrar en el asunto de la autonomía de las Regiones de 1931 y las Comunidades de 1978, aunque habré de referirme, cuando hablemos de republicanismo cívico y de su dudosa posibilidad bajo la Constitución vigente, a la cuestión de si el mismo resulta hoy plausible en territorios determinados, como Cataluña o el País Vasco, integrando, activando y reforzando ciudadanía propia.

⁽¹²⁾ Nos instalamos, lo digo así porque me incluyo como ciudadano y como profesor, en una visión que no esperaba nada de 1931 porque juzgaba a 1978 superior, y esto seguramente más por la esperanza en las posibilidades que la segunda estaba abriendo para aquel presente que por lo que la misma realmente nos estuviese garantizando para este futuro no tan lejano, al tiempo de una generación apenas. Es lo que creo que se encerraba en la forma como por entonces, entre finales de los setenta y principios de los ochenta, solía concluir sus conferencias sobre historia constitucional Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, vol. 5, p. 3933: «Y aquí estamos, ante una Constitución que a mí me parece que da mucho juego, que a mí me parece que es cualitativamente distinta a la del 76, semejante en unas cosas y mejor en otras que la del 31...». 76 es la Constitución de 1876, la de una primera restauración de la Monarquía tras una República y, también aunque incomparablemente menos sangriento, un golpe de Estado por medio; 31 es naturalmente 1931.

a la reconexión, es tomándose distancias ⁽¹³⁾, pese a todas las relaciones existentes no sólo entre las dos Constituciones españolas del siglo XX, sino también respecto a los correspondientes contextos europeos estrictamente constitucionales ⁽¹⁴⁾. En España, estamos con todo ante lo que una narradora de *Episodios de una guerra interminable* ha caracterizado como el síndrome de « la humildad acomplejada y culpable con la que la izquierda había mirado hacia 1931 desde la muerte de Franco ». La derecha siguió abrigando una mal disimulada satisfacción por el derribo de aquel constitucionalismo tras 1936. En estas condiciones, ¿cómo va a procederse a la recuperación de la relación entre 1931 y 1978? En ello estamos gracias ahora a *Modelos de democracia en España* ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Javier CORCUERA, *El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931*, en « Historia Contemporánea » (Revista de la Universidad del País Vasco), 6 (1991), 1931: *Una Constitución y un sistema político*, pp. 15-46; *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*, en « Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional », 2 (2000), Joaquín Varela Suances (coord.), *Modelos Constitucionales en la Historia Comparada*, pp. 601-653; aquí, p. 630: « Muchas de las influencias que pudieran presumirse entre nuestra actual Constitución y la Republicana son sólo aparentes », lo que es cierto precisamente, entiendo, por la desconexión que se ha inducido desde el propio momento constituyente último, el de 1978. El propio número monográfico de *Historia Contemporánea* ilustra con creces la toma de distancias. Al mismo efecto cabe también remitirse a la entrega citada de la *Revista de Derecho Político*.

⁽¹⁴⁾ En lo que interesa a 1931, está dándose hoy un cierto regreso de la obra más representativa del contexto constitucional europeo en el que la Constitución de la República española vino resueltamente a inscribirse, la obra de Boris Mirkine-Guetzévitch: Dvozinar KÉVONIAN, *Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt*, en « Archives Juives. Revue d'Histoire des Juifs de France », 34 (2001-2002), *Juifs russes à Paris*, pp. 72-94; Stéphane PINON, *Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch*, en *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, ed. Carlos Miguel Herrera, París, Kimé, 2005, vol. 2, pp. 61-123; también, respecto al mismo Mirkine-Guetzévitch, Samuel MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, a publicarse en « Yale Human Rights and Development Law Journal », anticipado en el sitio *Social Science Research Network*, con una primera versión en *Understanding Human Dignity*, ed. Christopher McCrudden, Nueva York, Oxford University Press, 2013. Aprovecharemos aquí la obra de Mirkine-Guetzévitch por lo que importa al 1931 español. Moyn la caracteriza de forma adversativa en relación a la Constitución irlandesa de 1937, introduciendo la cuestión de la religión que aquí tocaré tan sólo a su propósito, al propósito de lo que se entiende como un *newer constitutionalism* de trasfondo religioso.

⁽¹⁵⁾ La narradora émula de los *Episodios Nacionales* de Benito Pérez Galdós, la saga novelística de la historia española durante el siglo XIX, es Almudena GRANDES,

He repetido adrede algo tan evidente como que 1931 es Constitución de República y 1978, de Monarquía, pues esto creo que explica algo o quizás bastante. No sólo se trata de que estemos ante dos formas de Estado distintas como principal punto de diferencia entre ellas, pues este solo detalle no bastaría para dar cuenta de distanciamiento tan pronunciado en extremos tan cercanos y relevantes como el de los registros de derechos, de garantías, de democracia y de autonomías. En 1978, a efectos constitucionales, la Monarquía, con todo el apoyo militar interno y político exterior de que gozaba, se sabía débil por su origen dictatorial y por su indisposición a someterse a plebiscito. Un constitucionalismo improvisado entendió cual tarea propia su apuntalamiento mediante la fórmula de situarla sobre la Constitución como si esto fortaleciera sin más a ambas, también a la segunda. Como signo más evidente, la Monarquía, que había jurado el régimen de dictadura por dos veces, al ser instaurada por el general Franco la primera ocasión y al sucederle la segunda, no juró ni acató en modo alguno de carácter formal la norma constitucional. Muy al contrario, la sancionó y promulgó como si se tratara de una *Charte Octroyée*: « Don Juan Carlos I, Rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren; sabed que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente Constitución [...]. Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado ». Bajo estos supuestos, a efectos tanto prácticos como doctrinales, más bien convenía olvidar 1931 desde un arranque: « Como Presidente de las Cortes Constituyentes, y en su nombre, declaro solemnemente que éstas, en uso de la soberanía de que están investidas, han decretado y sancionado lo siguiente: España, en

Episodios de una guerra interminable, III, *Las tres bodas de Manolita*, Barcelona, Tusquets, 2014, p. 747, en apéndice de fuentes. La serie de esta autora me parece que se ajusta mejor a la categoría de novela histórica, respondiendo a la verosimilitud del componente ficticio, en comparación con otros empeños paralelos de parecido éxito que cargan la mano en un trasfondo teñido él mismo de ficción ideológica más que de historia verificable: Antonio MUÑOZ MOLINA, *La noche de los tiempos*, Barcelona, Seix Barral, 2009; Andrés TRAPIELLO, *Ayer no más*, Barcelona, Destino, 2012. Sobre las posiciones más exhibicionistas de una historiografía todavía cómplice de 1936, Francisco Espinosa Maestre, *Contra el olvido. Historia y memoria de la guerra civil*, Barcelona, Crítica, 2006, cap. 10; Alberto REIG TAPIA, *Anti Moa. La subversión neofranquista de la Historia de España*, Barcelona, Ediciones B, 2006; el mismo, *Revisionismo y Política. Pío Moa revisitado*, Madrid, Foca, 2008.

uso de su soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución... »⁽¹⁶⁾.

Dada en suma la forma como la Monarquía se ha reinstaurado, la pretensión constitucional de una legitimidad de tracto histórico, abstractándose la operación de la dictadura, no se sostiene (1978, art. 57.1: « La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica... »). La Monarquía actual no es además una forma de Estado huera o, por decirlo de forma menos negativa, representativa sólo en un sentido sustancialmente protocolario (art. 56.1: « El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes »), y esto pese a su irresponsabilidad constitucional (art. 56.3: « La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad... »). No es Monarquía la española que resulte homologable a otras monarquías de la Unión Europea. En la Constitución precede a todas las instituciones más propiamente constitucionales, incluso a las Cortes o parlamento. Cuenta con competencias de posibilidades exorbitantes: « Corresponde al Rey: (...) d) Proponer el candidato a Presidente del Gobierno (...). h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas. i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley... » (art. 62, con arreglo a previsiones normativas el primer y el tercer supuestos, lo que incluye la necesidad de refrendo gubernativo, mientras que tal cosa no se especifica en cambio respecto a la posición militar). Sintomáticamente, en cuanto a la restricción de la dispensación de gracia, se mantiene en vigor una Ley de Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto que data de 1870 con reforma posconstitucional, de 1988, eliminando el requisito de la motivación⁽¹⁷⁾. Digo lo de sintomático porque, en general, para cuanto

(16) La sanción y promulgación de 1978 se puede ver en el citado número del *Boletín Oficial del Estado*, sólo en la edición castellana puesto que en las versiones a las otras lenguas oficiales no se incluye. En ediciones posteriores, incluso oficiales, tampoco suele reproducirse. Ni comúnmente se recuerda por la doctrina constitucional, la cual subraya el valor del referéndum de 1978 como si pudiera suplir la carencia de elecciones constituyentes y el correspondiente debate ciudadano sobre alternativas constitucionales.

(17) Sobre la Monarquía y la gracia, con un Ministerio de Gracia y Justicia, por este orden, en tiempo que se dice de edad contemporánea, la constitucional por Europa, no hay para España nada equivalente a Monica STRONATI, *Il Governo della 'Grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana, 1848-1913*, Milán, Giuffrè,

concierno específicamente a la institución de la Monarquía, se mueve en un limbo jurídico ante la extrema dificultad de regularla conforme a las previsiones de la Constitución sin poner más en evidencia sus dimensiones menos o nada constitucionales, habiendo de por medio además discriminación⁽¹⁸⁾. Si la defensa de la Monarquía se entiende como defensa de la Constitución por parte del constitucionalismo preponderante tanto práctico como doctrinal, ¿qué interés se va a tener en volver la vista hacia una Constitución republicana como la de 1931? Republicana, como nos dirigimos a ver, va a significar, en contraste con 1978, algo distinto, por más sustantivo, que no monárquica.

En 1977, entre la muerte del dictador y el fenecimiento de la dictadura colegiada que el mismo dejara institucionalizada con cabeza de Monarquía, se produjo la emisión de una serie de sellos postales dedicada a la dinastía de Borbón que se entronizara en España a principios del siglo XVIII. Fueron diez estampillas de importe escalonado creciente desde las cinco pesetas de Felipe V de Castilla y IV de Aragón, aunque este detalle dinástico diferenciado no se registrara en el sello, hasta las cien pesetas de Juan Carlos I de España (Luis I, también cinco; Fernando VI, ocho; Carlos III, diez; Carlos IV, doce; Fernando VII, quince; Isabel II, veinte; Alfonso XII, veinticinco; Alfonso XIII, cincuenta). Es más, bastante más, que una anécdota sin mayor valor hoy

2009. Se tiene bibliografía solvente sobre la posición militar de la Monarquía en la historia de tiempo constitucional que llega a 1931, pero no en cambio acerca del intento de recuperación en 1978. Algo tan imprevisible normativamente como el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, mediante secuestro del Congreso y el Gobierno, ha servido para dar por justificada la posición militar de la Monarquía, que se empleó para la salida de dicha situación, sin intento de elaboración de algún signo sustancialmente constitucionalista. Sobre el cambio efectivo en todo caso habido, Lorenzo COTINO HUESO, *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

(18) No sólo se trata de la propia discriminación que supone la misma sucesión dinástica en la Jefatura del Estado por impedimento de participación ciudadana y por privación de libertad personal a los miembros de la dinastía, sino también, para la Monarquía de 1978, la implicada por el extremo aún más sensible de la discriminación de género en la línea de sucesión, dada la preferencia de varón en el mismo grado, y la distinción de título entre los consortes de quien suceda: «La Reina consorte o el consorte de la Reina...» (1978, arts. 57.1 y 58); y todavía podría añadirse la discriminación por opción usual al consagrarse constitucionalmente en la cúspide del Estado el estereotipo de la familia de matrimonio heterosexual. Para un extremo de inmediata contaminación, prevenido en 1931 pero no en 1978, B. CLAVERO, *Sexo de derecho, acoso de justicia (Comentario de jurisprudencia)*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 52 (1998), pp. 189-217.

salvo para coleccionistas de productos filatélicos. Comenzaba diligentemente a programarse la ubicación de Monarquía instituida por encima de Constitución eventual. Su peso finalmente desorbitado acaba incidiendo más en la cultura que en la práctica del constitucionalismo actual en España ⁽¹⁹⁾. Es el factor principal provocador del divorcio entre 1978 y 1931 o, más bien, del repudio de una Constitución de Monarquía contra una Constitución de República. Es vejamen que alcanza a la misma línea de flotación de la historiografía constitucional. Junto a la cultura inconstitucional que inyectó la dictadura, es el principal virus de desapego a la República. La Monarquía cortocircuita y se basta para hacerlo a medida que dicha cultura va lentamente diluyéndose, aunque no sea éste el cortocircuito al que se hace referencia por el título de estas páginas.

2. 1931 versus 1978: I. República, republicanismo, constitucionalidad.

He ahí el contexto en el que debe ante todo valorarse la aparición del libro *Modelos de democracia en España. 1931-1978* de Rafael Escudero, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Viene a entrar en pugna con percepciones dominantes: « Este libro nace con la pretensión de proporcionar al lector claves e instrumentos para que valore la relación que existe entre las dos constituciones promulgadas en la España del siglo XX. Una, la del 31, a la que sus enemigos impidieron que empezara a surtir los efectos que se predicaban de toda constitución; otra, la de 1978, considerada por sus apologetas como el texto que ha generado la época de mayor paz y bienestar de nuestra historia. Que sea el lector quien extraiga sus propias conclusiones al respecto » ⁽²⁰⁾. Es invitación que estoy aceptando de lo más gustoso. Para eso se publican libros, para que los complete la lectura. Por mi parte, este complemento quiere suministrarlo el texto. Las notas,

⁽¹⁹⁾ Para una provocativa reflexión centrada en 1978 en relación a precedentes igualmente monárquicos, Arnaldo SANTOS, *Monarquía o República. Consideraciones acerca del significado político de la actual democracia española*, Madrid, Fundamentos, 2005, de prosecución más problemática: *Golpismo o democracia. Consideraciones acerca de la disolución política del vigente sistema constitucional en el 75 aniversario de la proclamación de la II República Española*, Madrid, Fundamentos, 2007. Para un contraste empeñado, el de la visión predominante que podría ilustrarse más expresivamente por hemeroteca, Miguel Ángel AGUILAR, *España contra pronóstico. De cómo conquistamos nuestras libertades y del cuidado que requieren*, Madrid, Aguilar, 2013.

⁽²⁰⁾ R. ESCUDERO ALDAY, pp. 19-20. Las siguientes referencias, si son meras citas, irán en texto entre paréntesis.

como vendrá advirtiéndose, las aprovecho además para alguna que otra excursión propia con el pie de la lectura.

No estamos ante una obra de investigación histórica, sino de reflexión jurídica sobre el testimonio primario de las normas constitucionales de 1931 y 1978 y la constancia contrastada de las evidencias rendidas por los estudios existentes que resultan interesantes a los efectos de la comparación. No se piense que el término de *modelos* se utilice en sentido alguno de ejemplaridad para ninguna de las referencias comparadas. Su significado es neutro como modo de anunciar que no se trata de un cotejo de pormenores, sino de la confrontación de los sistemas que representan una y otra Constitución con todas sus vectores de coincidencias, pero, también y sobre todo, con el conjunto de sus significativas divergencias, mediante un acercamiento crítico que se aplica tanto a 1931 como a 1978. Es lo que puede esperarse de un jurista significado por su patente insatisfacción con respecto a la transición política de salida de una dictadura hacia un constitucionalismo que diera empeñadamente la espalda no sólo al precedente de una república de tal carácter constitucional, sino también a las responsabilidades criminales y políticas del régimen inconstitucional interpuesto⁽²¹⁾. Esto también constituye contexto del interés por la comparación entre 1931 y 1978. ¿Cómo ha podido plantearse o entenderse esta última Constitución para que no haya garantizado un derecho como el de la tutela judicial efectiva a las víctimas de la dictadura? Además del de acceso a la justicia, ¿hay más derechos registrados, pero no bien acreditados por 1978? No sólo así estamos ante preocupaciones subjetivas del autor, sino también ante motivaciones objetivas de la obra⁽²²⁾.

Hay relación. Una historia de pasado aún presente no puede

(21) R. ESCUDERO ALDAY, *El derecho a saber*, prólogo a F. Espinosa Maestre, *Callar al mensajero. La represión franquista entre la libertad de información y el derecho al honor*, Barcelona, Península, 2009, pp. 15-34 (también en la edición actualizada: *Shoot the Messenger? Spanish Democracy and the Crimes of Francoism: From the Pact of Silence to the Trial of Baltasar Garzón*, Brighton, Sussex Academic Press, 2013, pp. xii-xxv: *The Right to Know*); últimamente, el mismo R. ESCUDERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, en «Human Rights Quarterly», 36 (2014), pp. 123-146 (buen estado de la cuestión para lectura española y no española); con *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, eds. Carmen Pérez González, Madrid, Trotta, 2013.

(22) A esto también importa la colección donde aparece, Atalaya de Península, bajo la dirección del editor reciente y prematuramente fallecido Manuel Fernández-Cuesta. Para otra novedad de la misma colección que interesa al contexto, Alfredo GRIMALDOS, *Claves de la Transición, 1973-1986 (para adultos). De la muerte de Carrero Blanco al referéndum de la OTAN*, Barcelona, Península, 2013.

abstraerse del presente mismo. El proceso que condujo a la Constitución de 1978 se planteó y desarrolló entre tales condicionamientos que sobre la marcha se generó el síndrome, si no del olvido imposible, de la ignorancia cultivada a fin de cancelárseles para que fueran irrelevantes a los efectos de legitimación y puesta en práctica del orden constitucional. Dicho de otro modo, como elemento integrante de un peculiar proceso constituyente se alentó una amnesia redoblada ⁽²³⁾. Por una parte, la amnistía a la que se procedió de los crímenes de una dictadura procedente de un golpe militar extremadamente sangriento contra el régimen constitucional de 1931, dictadura que siguió derramando sangre sin proceso con garantías y atropellando derechos hasta la misma muerte del dictador, se tornó en amnesia. Por otra parte, la misma amnesia que respecto al régimen constitucional precedente se había impuesto por la propia dictadura no sólo se mantuvo, sino que incluso se ha acrecentado por parte de la cultura política y jurídica fomentada y construida en auxilio de la Constitución vigente ⁽²⁴⁾. Acudir a la operación de compararla con el constitucionalismo de 1931 supone enfrentarse a la doble amnesia, no sólo a la que afecta a la historia constitucional, sino también a la que interesa a la impunidad inconstitucional. No son desmemorias independientes ⁽²⁵⁾.

Ya en antecedentes, procedamos a la lectura. No voy a hacer una

⁽²³⁾ Paloma AGUILAR, *Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada*, 2ª ed. muy ampliada, Madrid, Alianza, 2008 (1ª ed., *Memoria y olvido de la guerra civil española*, 1996); R. Escudero Alday (coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid, Catarata, 2011; Michael RICHARDS, *After the Civil War: Making Memory and Re-Making Spain since 1936*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; B. CLAVERO, *España 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

⁽²⁴⁾ Últimamente, pudiendo ya remitirse a *Modelos de democracia*, R. ESCUDERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, p. 132: «Just as the Franco supporters had to renounce the dictatorship, democrats had to renounce the former Republic and the 1931 Constitution. This created an ideological and political middle ground: a halfway point between dictatorship and democracy, between the Franco regime and the Spanish Republic».

⁽²⁵⁾ Para estos precisos puntos, respecto a confusión de evidencias, particularmente de las de índole o de interés constitucional, en sus dos extremos temporales, R. ESCUDERO ALDAY (pp. 39-42, 50-51 y 304) confronta justamente las posiciones muy representativas de Santos JULIÁ, historiador que, en la referida colección de *Las Constituciones Españolas* dirigida por M. Artola, se encarga del *Estudio Preliminar* del vol. 8, *La Constitución de 1931*, Madrid, Lustel, 2009, pp. 13-86, donde se tiene, pp. 28-74, una crónica política, sin análisis constitucional, del proceso constituyente. Para más de su parte sobre las posiciones representadas por S. Juliá y hoy por hoy predominantes, R.

reseña particularizada de la serie de cuestiones por las que va desvolviéndose la comparación constitucional (soberanía popular; república y monarquía; ley, gobierno y justicia; defensa jurisdiccional de la Constitución; estado y nación; ciudadanía y poderes económicos; derechos humanos, familia y poder clerical; igualdad constitucional y derechos sociales...), sino a resaltar aquellas que nos permitan acudir a una reflexión sobre los términos más generales del resultado de la competición entre *modelos*, el de 1931 y el de 1978. Los llama el autor de este modo en plural para dejar bien claro desde un primer momento que, por muchas relaciones que haya entre una y otra Constitución, lo que interesa es marcar las distancias y analizar las diferencias. Todo libro puede tener más de un título. ¿*Modelos de democracia en España, 1931 — 1978?* En la portada figuran, haciendo columna con las fechas respectivas, los colores de las banderas republicana y monárquica, estos segundos también de la dictadura franquista, incrustados entre título y subtítulo como si formasen parte del apelativo del libro. Éste podría haberse titulado *República y Monarquía en España, ¿qué hay en dos nombres?* No qué nos dicen unos nombres como rostro de un Estado, sino qué se encierra dentro de ellos como entraña de unas Constituciones. No voy a corregir la plana, pero algún título que hubiera evitado la palabra *democracia* habría sintonizado mejor con los cuestionamientos y las modulaciones del libro. Hablar de *República y Monarquía en España* habría animado a escudriñar relaciones de 1931 con 1873, la Primera República, y de 1978 con 1876, la penúltima Monarquía, interesando en mayor grado lo primero ⁽²⁶⁾.

ESCUADERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, pp. 138-140.

⁽²⁶⁾ Alguna indicación hay, precisamente en el extremo de la justicia constitucional que, en lo que respecta a 1931, vamos aquí a contemplar: ESCUDERO ALDAY (p. 313). Como muestra de una historiografía sobre republicanismo que no penetra en la dimensión constitucional, sirvan José A. Piqueras y Manuel Chust (comps.), *Republicanos y repúblicas en España*, Madrid, Siglo XXI, 1996; *El republicanismo español*, eds. Ángel Duarte y Pere Gabriel, Madrid, Marcial Pons (*Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, 39), 2000; para gestaciones en el contexto de la bifurcación de largo alcance entre repúblicas americanas y monarquía española, Juan Francisco FUENTES, *República — España*, en *Diccionario político y social del mundo iberoamericano. La era de las revoluciones, 1750-1850*, Javier Fernández Sebastián (dir.), Madrid, Fundación Carolina, 2009, pp. 1321-1331. En cuanto a 1876, fue el primer caso de restauración constitucional tras la instauración militar de Monarquía. Tal vez merecería una mayor extensión en el tiempo, no diré que hasta hoy, el título literal de M^a Cruz ROMERO, *Una farsa trágica o la imposible monarquía constitucional*, en « Historia Constitucional » (revista en línea), 6 (2005), pp. 467-471, refiriéndose sólo a una monarca anterior, a la Isabel II que, como

Mas no desbordemos el asunto del libro, que ya es bastante. Ante todo y sobre todo se interesa por una República, la constitucional de 1931. Como tal puede comenzar por establecer una Jefatura del Estado que, por electa, responsable y temporal, cabe que asuma posición y competencias que no caben, no debieran haber constitucionalmente las segundas, en una Monarquía (1931, art. 67: «El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación....»; art. 72: «El Presidente de la República prometerá ante las Cortes, solemnemente reunidas, fidelidad a la República y a la Constitución...»; art. 75: «El Presidente de la República nombrará y separará libremente al Presidente del Gobierno...»; art. 76: «Corresponde también al Presidente de la República...», con un etc.) (27). Es un contraste con Monarquía de institución a institución que no basta ni con el que este libro se contente. Caracteriza incluso el republicanismo sin atenerse de entrada estrictamente a 1931. Entra en materia destacando en concreto que republicanismo ha sido y es más, mucho más, algo mucho más sustantivo, que una alternativa a la Monarquía como forma de encabezamiento de Estado o incluso como forma de Gobierno con alguna intervención en su organización y desenvolvimiento. Lo ha sido en la tradición latamente constitucional y lo es en posiciones actuales revitalizadoras del constitucionalismo. Puede el republicanismo dotarse de una densidad difícilmente participable a forma alguna de constitucio-

hemos visto, acabara valiendo, en forma de sello, veinte pesetas, la quinta parte del valor de la imagen filatélica del monarca actual cuando accedió al trono.

(27) Por si no fuera poco con la enemiga del sector que conspiró contra la República desde 1931 y con un contexto europeo ya de por sí crecientemente desfavorable, su primer Presidente intentó forzar sus competencias postulando además con urgencia impaciente reformas que en parte proyectaban frustraciones propias sobre prácticas constitucionales: Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *Los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid, Espinosa, 1936, *seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, Madrid, Civitas, 1981, con notas de su hijo, Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (al que citaremos como procesalista en el exilio), y otras ediciones; otros materiales no menos sesgados procedentes del padre han venido publicándose con manipulaciones de diverso género, inclusive últimamente por parte de descendientes suyos de segunda generación. La edición de *Los defectos* de 1981 es muy sintomática de cómo tiende a producirse la recuperación, si así puede decirse, de 1931 tras 1978. Para noticia del hijo, *Diccionario de catedráticos españoles de derecho, 1847-1943* (en línea en el sitio de la Universidad Carlos III), sin especial atención a lo que se presenta como «desafección al régimen franquista», adoptándose así la calificación utilizada por la disposición que le depurara al término de la guerra civil. Se podría en cambio definir en términos positivos su posición constitucionalista aunque, como su padre con anterioridad, defeccionase de la República en armas.

nalismo no republicano ⁽²⁸⁾. Diciéndolo sumariamente, el republicanismo es una moral ciudadana, una moral voluntariosamente operativa en 1931 y dudosamente presente en 1978 ⁽²⁹⁾. En el siglo XIX, el republicanismo representa una moralidad pública de garantía de derechos dados en comunidad ciudadana de varones padres de familia propietarios con poder privado sobre mujeres y sobre trabajadores, heredero en todo esto todavía de una sociedad de *status*. En el siglo XX, el republicanismo deviene o cabe que devenga en la moralidad pública y privada de promoción empeñada tanto de derechos sin discriminación como de ciudadanía integral con solidaridad humana y el compromiso ante todo de las reformas sociales, económicas y políticas necesarias a todo este efecto ⁽³⁰⁾. Hoy por hoy, este republicanismo está más vivo en

(28) La referencia hoy principal la hizo tan esforzada como fallidamente suya el último presidente de gobierno socialista, José Luis Rodríguez Zapatero: Javier VALENZUELA, *Viajando con ZP*, Barcelona, Debate, 2007, p. 212: «¿De dónde sacaron sus nuevas ideas? De muchas fuentes. En el caso del leonés [Zapatero], una fue el politólogo irlandés Philip Pettit», cuyo *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1977, había sido diligentemente traducido: P. PETTIT, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999 (hay también traducción catalana invirtiendo términos titulares: *Llibertat i govern: Republicanisme*, Barcelona, Angle, 2010), y quien se mostró agradecido con el político español: P. PETTIT, *Examen a Zapatero. Balance del gobierno socialista*, Madrid, Temas de Hoy, 2008.

(29) Sobre la normatividad moral de potencial constitucional, precisamente del mismo R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000 (tesis doctoral, realizada bajo la dirección de Gregorio Peces Barba, presentada en 1999 bajo el título *Sistema jurídico y justicia: sobre la relevancia moral de la estructura jurídica*); y *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

(30) R. ESCUDERO ALDAY, pp. 37 y 303-304 (refiriéndose para posiciones actuales, junto al citado P. Pettit, a Cass R. SUNSTEIN, de quien en castellano, de mayor interés al efecto, se tiene la traducción de *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003; *Republic.com 2.0*, Princeton, Princeton University Press, 2009, no está aún traducido), no es excepción respecto a la proverbial falta de atención de la literatura republicana a la envergadura del lastre que, no sólo durante el XIX, impone el republicanismo tradicional al constitucionalismo de derechos. Respecto a éste en general, para el registro del gravamen sobre mujer, trabajo y, tampoco se olvide por cuanto se arrastra hasta hoy, humanidad no europea o euroamericana, B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007. Para materiales sobre la concreta tendencia identificada hoy como republicanismo, aun prestandose todavía en momentos al equívoco del tracto histórico con republicanismos pasados, *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, ed. Andrés Hernández, Bogotá, Siglo del Hombre, 2002; *Nuevas Ideas*

España entre ciudadanía regional, como la catalana, que por medios de la política y la cultura constitucionales de Estado, generándose tensiones y enfrentamientos poco favorables a las mismas posibilidades republicanas ⁽³¹⁾.

En el reformismo activado y mantenido por ciudadanía partícipe insiste el autor de *Modelos de democracia en España* como signo de republicanismo en general y, en particular, como rasgo característico de 1931 que 1978 no comparte o que no hace suyo en términos de derechos. Dejémosle la palabra: « Conviene tenerse claro a qué se está haciendo referencia cuando se habla de valores republicanos. Con carácter general, éstos podrían sintetizarse en los siguientes enunciados: imperio de la ley, pluralismo democrático, lealtad constitucional, garantía de los derechos fundamentales y de la justicia social, búsqueda del interés general, virtud cívica, compromiso ciudadano por las instituciones, defensa de lo público, así como honestidad y austeridad en los comportamientos privados »; « lo relevante desde esta perspectiva teórica [republicana] no es tanto quien ostenta la jefatura del Estado, sea un sujeto elegido democráticamente o un monarca dotado de legitimidad dinástica, cuanto que ese Estado genere una ciudadanía comprometida con los valores, principios e instituciones del mismo. Una ciudadanía participativa en la *res publica*, lo que implica la institucionalización de mecanismos que hagan posible y eficaz tal participación y la creación de las condiciones socio-económicas básicas — con especial atención a la formación y la educación — que permitan a los ciudadanos participar en los asuntos públicos. En la participación está la virtud; en la participación está la libertad » (pp. 35-37). A estas precisiones sigue la pregunta clave para el libro, la que habrá de llevar a conectar o desconectar 1931 y 1978: « ¿Cabe el republicanismo sin república? Sí,

Republicanas. Autogobierno y libertad, comps. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella, Barcelona, Paidós, 2004.

⁽³¹⁾ ESCUDERO ALDAY no afronta específicamente la eventualidad en la España actual de republicanismo cívico por determinados espacios territoriales dentro de la Monarquía, como Cataluña o el País Vasco, ni la alternativa de una independencia en forma de República que realmente lo fomentase (pp. 205-221: « La España de las autonomías », concluyendo con la constancia de un fracaso y proponiendo el replanteamiento federal). El caso de dicho republicanismo sustantivo se está dando por ejemplo, dentro del Reino Unido, en Escocia contrastando con Inglaterra. Respecto a este horizonte más allá de la dicotomía entre Monarquía y República o entre Federalismo y el híbrido de centralismo y regionalización que resulta el Estado de las Autonomías, aun con un estilo primario que no favorece ni la información ni la comunicación fuera del propio círculo de convicciones, se tiene ahora a Antonio Baños, *La rebelión catalana. España ante sus naciones*, Barcelona, Roca, 2014.

siempre que se ponga el acento en las dimensiones del republicanismo vinculadas a la consecución de una virtuosa ciudadanía libre y se pase por alto la importancia de la conformación de la jefatura del Estado », de que pueda ello alcanzarse, se entiende, dentro del sistema constitucional sustantivo que, Monarquía aparte, quedara establecido en 1978 (p. 42).

He ahí bien definida la tarea que afronta la obra. Sus conclusiones se anuncian francamente desde unos prolegómenos. La moral republicana del siglo XX y no sólo la República como forma de Estado está presente y viva en 1931. En cambio, 1978, aunque pudiera haber activado y estar activando un republicanismo sin república y a veces se pretende que así ocurre, no presenta las características fundamentales ni los elementos claves para operar de dicho modo. Si algo muestra esta obra, es que el republicanismo de 1931 es ya en sustancia el republicanismo actual de derechos y ciudadanía, así como, por su parte, que el mismo no cabe en el constitucionalismo de 1978 y esto además no sólo por su carácter monárquico, sino también y sobre todo por la forma como registra y garantiza los derechos y como, sobre bases de representación más que de participación, mantiene a raya y a distancia a la ciudadanía. La Monarquía no es el lastre único o ni siquiera principal de 1978. Desde el primer al último capítulo sustantivo, desde el de la soberanía popular hasta el de los derechos sociales, se va mostrando hasta qué punto y en qué grado 1931 es republicano y 1978 no puede serlo. La contraposición no resulta absoluta, pues no dejan de marcarse también relaciones y confluencias mejor reconocidas hoy, pero el desgranamiento del análisis conduce a tales conclusiones anticipadas desde el arranque del libro, no porque sean prejudiciales, sino porque, como suele ocurrir, las primeras páginas son las últimas que, investigación mediante, se escriben. Es también una buena forma de poner sobre aviso a quienes, como es pauta actualmente en el constitucionalismo español tanto práctico como doctrinal, lo que prefieren es rehuir las evidencias y hacerse ilusiones.

Como está advertido, no me dispongo a recorrer la serie de cuestiones que, para la debida comparación, van suscitándose y desgranándose a lo largo de los capítulos del libro. Confrontemos, por lo que aporta y por lo que pueda todavía añadirse, uno que se vincula con algo tan decisivo como el carácter vinculante de la Constitución para todo el sistema institucional y todo el ordenamiento jurídico ⁽³²⁾. Es

⁽³²⁾ R. ESCUDERO ALDAY (pp. 22-28), subrayando este rasgo en común entre 1931 y 1978 como *neoconstitucionalismo* por contraste con lo que entonces sería un paleoconstitucionalismo desconocedor de dicho valor normativo de la Constitución,

asunto menos técnico y más político de lo que suele presumirse. Me refiero al capítulo de la jurisdicción constitucional, presentado bajo un título que la entidad de su materia desborda: «La Defensa de la Constitución», con dos apartados: «La justicia constitucional entre la política y el derecho» y «Si Kelsen levantara la cabeza» (pp. 173-196). Antes, inmediatamente antes, se ha tratado de la función judicial (pp. 162-172: «Juzgar con independencia»), sin haberse afrontado el problema, un problema común a 1931 y 1978, del mantenimiento de un aparato de justicia que, por plantearse en función de ley (pp. 132-149: «El parlamento, sede del poder legislativo»), resultante en los sustancial de un constitucionalismo de poderes de planta decimonónica así no revisado, se encuentra incapacitado para el amparo de derechos derivado directamente de Constitución o no necesariamente mediado por legislación y con sujeción a ella. De esta incapacidad, de su mantenimiento, precisamente procede el tipo de justicia constitucional que, con todas sus diferencias, se establece tanto en 1931 como en 1978⁽³³⁾. Diferencias las hay y son significativas. De entrada lo que se recalca es

ante lo que tengo mis reservas, pues tal distinción en tales términos deriva, no de la trayectoria de la historia constitucional en su integridad, sino tan sólo de una vertiente particular de la misma, la que podemos llamar latina, de modelo digamos que francés, por Europa y por América. Esto arrastra sus consecuencias prácticas, pues vela la peculiaridad de la inhabilitación judicial en el amparo de derechos típica de esta vertiente particular trayendo la problemática de la jurisdicción constitucional, a lo que ahora acudiremos. Otra cuestión es por supuesto la que también marca Rafael Escudero de un neoconstitucionalismo definido por los derechos sociales, por la regla de no discriminación y por la integración de la ciudadanía, añadiéndose luego la incorporación de derecho internacional a derecho constitucional y la consecuencia, en su caso, con la plurinacionalidad de la ciudadanía, lo que menos atiende. Aun mezclando elementos nuevos y no tan nuevos, la doctrina *neoconst* (márquense las consonantes finales para evitarse equívocos) suele mirar a desarrollos más recientes por latitudes determinadas: *El canon neoconstitucional*, eds. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, Madrid, Trotta, 2010; del mismo R. ESCUDERO ALDAY, *La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente*, en *Neoconstitucionalismo, Derecho y Derechos*, ed. Susanna Pozzolo, Lima, Palestra, 2011, pp. 89-117.

⁽³³⁾ La incapacidad judicial de cara al amparo directo de derechos es el detalle de partida, por la necesidad que entonces se crea de jurisdicción específicamente constitucional, de la comparación emprendida por P. CRUZ VILLALÓN, *Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, pp. 115-119. Sobre la planta decimonónica española que sigue pesando, M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007. ESCUDERO ALDAY (p. 195), remite la incapacidad judicial a secuelas de la dictadura franquista, no a la inercia de más largo tiempo del aparato judicial. Cito en el texto por páginas sus capítulos porque no van numerados.

la novedad en su momento, en dicha primera fecha: « A la hora de alabar las virtudes de esa cultura [la que llama neoconstitucional respecto al control de constitucionalidad] se realizan constantes referencias a constituciones como la italiana de 1948, sin que la constitución de 1931 merezca un mínimo comentario en dicho sentido » (p. 175). Ya lo hemos subrayado.

De salida, la diferencia principal que queda marcada es la que se refiere a la composición del órgano central de control constitucional y de amparo de derechos. 1978 establece un Tribunal Constitucional de doce miembros elegidos entre profesionales del derecho, tanto de la justicia como de la academia y de la abogacía, por los órganos constitucionales de carácter político, el Congreso, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, que no es un organismo jurisdiccional. 1931 instituye un Tribunal de Garantías Constitucionales de veintiséis miembros, entre los cuales una mayoría no procede de organismos políticos: cuatro son elegidos por las Facultades de Derecho, dos por los Colegios de Abogados y un cupo, que resultará de quince, por sufragio regional, especificándose mediante ley que en las regiones autónomas es el parlamento de la región el que elige al respectivo representante y en las no autónomas, los municipios. Añádase, para mayor contraste, que 1978 no hace previsión alguna de representación regional en el órgano de control de constitucionalidad. Frente al juicio negativo usual de parte constitucionalista respecto a la composición de 1931 ⁽³⁴⁾, Rafael Escudero creo que da en el clavo: « Tanto la composición del Tribunal [de Garantías Constitucionales] como la elección de sus miembros respondía a la filosofía republicana. Por un lado, su composición plural pretendía dar voz y, por tanto, comprometer en la defensa de la Constitución a diferentes sectores e intereses (...). Por otro, el hecho de que los miembros electivos fuera considerablemente superior al de los natos posibilitaba que fueran más las personas llamadas a participar en este procedimiento de elección » y esto « al objeto de lograr un mayor compromiso con el texto [constitucional] a través de una mayor participación e implicación en sus mecanismos de garantía » (pp. 178-179). Lo esencial es lo referente al

⁽³⁴⁾ R. ESCUDERO ALDAY (p. 179) se refiere a FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional*, en « Revista de Derecho Político » (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 16 (1982-1983), pp. 27-37, que es texto de una conferencia pronunciada en 1980. F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 3ª ed. ampliada, no ofrece esas páginas, pero tampoco criterio para la corrección o matización de dicho juicio negativo.

republicanismo sustantivo como base para el empeño de implicación y participación ciudadanas.

« El resultado, poco menos que inevitable en cualquier ambiente político, no podía ser sino el de la *desnaturalización* del órgano de control de constitucionalidad a partir de su mismo *proceso electoral* »; « en definitiva, parece difícil imaginar una composición más desafortunada desde cualquier punto de vista », ha afirmado respecto al Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 el mayor especialista español en historia del control de constitucionalidad no judicial ⁽³⁵⁾. La clave puede estar en el inciso « poco menos que inevitable en cualquier ambiente político », ¿« poco menos » y « en cualquier ambiente »? Cierto es que entre 1931 y 1939, con un minoría empeñada en destruir primero desde dentro y luego por golpe militar el constitucionalismo republicano, no hubo ambiente que favoreciese el desempeño de los órganos constitucionales en general y del Tribunal de Garantías Constitucionales en particular ⁽³⁶⁾. Mas la mala práctica no autoriza la descalificación teórica. Hay más razón en el « poco menos » que en el « cualquier ambiente ». Falló o, mejor dicho, se provocó que fallase el espíritu cívico del republicanismo sustantivo. La participación ciudadana en la recuperación del espíritu republicano con el Frente Popular de 1936 es, si es que hiciera todavía falta, prueba suficiente ⁽³⁷⁾. Por lo

⁽³⁵⁾ CRUZ VILLALÓN, *Dos modelos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, cit., p. 137, con las cursivas de la primera cita correspondiendo a comillas suyas. Ampliando los supuestos de la comparación, el mismo P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 379-380, donde la segunda cita, más rotunda, sustituye a la primera.

⁽³⁶⁾ CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pp. 336-340. Para ulterior ilustración, véanse las andanzas de un pirata de la economía, por no decir capo mafia, que, a fin de blindarse judicialmente, llegó a diputado constituyente y a magistrado constitucional electo y que, junto a Benito Mussolini, fue el principal financiador inicial del golpe militar, Mercedes CABRERA, *Juan March (1880-1962)*, Madrid, Marcial Pons, 2011, cap. 4: « El Gran Corruptor ». Sobre otras contribuciones previas al golpe como la italiana, Ángel VIÑAS, *La conspiración del general Franco y otras revelaciones acerca de una guerra civil desfigurada*, ed. ampliada, Barcelona, Crítica, 2012.

⁽³⁷⁾ Como muestra elocuente, F. ESPINOSA MAESTRE, *La primavera del Frente Popular. Los campesinos de Badajoz y el origen de la guerra civil (marzo-julio de 1936)*, Barcelona, Crítica, 2007. Por su parte, para el momento previo de desesperanza republicana durante la misma República, R. ESCUDERO ALDAY (p. 45) con referencia a Sebastián MARTÍN, *Lo Stato nella Spagna degli anni Trenta: dalla Costituzione repubblicana alla dittatura franchista*, en *Lo Stato degli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in*

demás, la preferencia de 1978 por una jurisdicción profesional de control de constitucionalidad procedente de organismos políticos y sobreordenada a representación ciudadana es un elemento a añadir a la Monarquía con competencias propias como dique frente a dicho republicanismo de fondo. La misma experiencia actual del Tribunal Constitucional, el de 1978, abona la conclusión ⁽³⁸⁾. Es una institución que ha perdido la confianza de una ciudadanía con la que nunca contó ni siquiera a los efectos de celebración de audiencias públicas o de reuniones fuera de su fortaleza capitalina, qué menos en su situación constitucional ⁽³⁹⁾. De este o de otro modo, el caso es que no muestra

Europa, ed. Guido Melis, Bolonia, il Mulino, 2008, pp. 71-90; versión abreviada en « Res Publica » (revista en línea), 23 (2010), pp. 81-92; más por extenso, del mismo S. MARTÍN, *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)*, en estos « Quaderni Fiorentini », 38 (2009), *I diritti dei nemici*, pp. 861-951.

⁽³⁸⁾ ESCUDERO ALDAY (pp. 186-196) el apartado titulado « Si Kelsen levantara la cabeza ». Aunque resulte aquí más bien figura de lenguaje o guiño entre juristas, aunque otra cosa suela ciertamente pretenderse y aunque no vayamos a entrar en la competición de las influencias, tendremos confirmación indirecta de que Hans Kelsen no es la mejor referencia de autor para abordar 1931 por sí o comparativamente con 1978. En cualquier caso, la fama, y más la gremial, es lo que es. En España hay al menos una calle Kelsen, en el campus de la Universidad Autónoma de Madrid, y ninguna por ejemplo, a lo que alcanza mis noticias, por razones que supongo distintas a la de dificultad de la grafía, calle Mirkine-Guetzévitch, a quien regresaremos. Se da además al respecto la circunstancia de cierto tracto de continuidad en la presencia kelseniana dada su manipulación franquista: LUÍS LEGAZ LACAMBRA, *La influencia de la doctrina de Kelsen en la doctrina jurídica española*, en « Revista de Estudios Políticos » (Instituto de Estudios Políticos), 96 (1957), pp. 29-40; para ubicarlo, Benjamín RIVAYA, *Kelsen en España*, en la misma revista (ahora, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 107 (2000), pp. 151-177; el mismo, *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010, con dura crítica (José Ignacio LACASTA, *Caminos de terciopelo en la filosofía jurídica española*, en « Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho », 20 (2010), pp. 171-178) y réplica blanda (B. RIVAYA, *Sectarismo, corrección política y cortesía académica en la Filosofía del Derecho española*, en los mismos Cuadernos en línea y el mismo número, pp. 179-187) que interesan al Legaz Lacambra franquista kelseniano. Sólo registro todo esto por hacer ver que nunca se sabe del todo lo que hay en un nombre sea o no de calle, particularmente si se trata de conocimiento local. Si Kelsen levantara la cabeza...

⁽³⁹⁾ Compárense prácticas y procedimientos del tribunal congénere colombiano por iniciativa propia: César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010, influyendo además fuera de Colombia: B. CLAVERO, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 94 (2012), pp. 29-60. Para ampliación

conciencia de una deficiencia de legitimidad tanto por su contexto constituyente como por su composición constitutiva ni, aún menos, de la conveniente deferencia hacia determinaciones de instancias representativas o de la propia ciudadanía ⁽⁴⁰⁾.

La justicia constitucional de 1931 no se reduce al Tribunal de Garantías Constitucionales. Para la cuestión esencial del amparo de derechos, el mismo sólo representa una instancia superior. Así es como lo presenta a este efecto la Constitución: « Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: [...] b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades » (art. 121). Entre estas otras autoridades, se cuenta por la misma Constitución con una instancia específica: « La ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales » (art. 105). La propia Constitución, siempre la de 1931, también hace previsión de participación regular de la ciudadanía en la función judicial: « El pueblo participará en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, cuya organización y funcionamiento serán objeto de una ley especial » (art. 103). Si no perdemos de vista el espíritu republicano, sería de esperar que la instancia judicial ordinaria de amparo de derechos respondiese a la previsión de participación ciudadana acercándose a un tribunal de jurado con autoridad superior a la justicia profesional que habría también de concurrir. Lo digo todo esto en condicional puesto que los Tribunales de Urgencia quedaron inéditos. Jurados de Urgencia se instituyeron en las circunstancias extraordinarias de la guerra civil, con la justicia profesional en desbandada, pero no haciéndose referencia explícita a dichas previsiones constitucionales ni

del escenario comparativo, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, eds. Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, Aldershot, Ashgate, 2006.

(40) Es un problema general de las jurisdicciones constitucionales concentradas, pese cuanto pese a Kelsen: Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard College, 2004. En España, tanto bajo 1931 como, hasta el momento, bajo 1978, los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional más adversos a determinaciones ciudadanas mediante procedimientos constitucionales han perjudicado especialmente a la autonomía de Cataluña. Para noticia del momento normativo actual, entre una amplia literatura, Joaquín TORNOS MAS, *La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, en « Istituzioni del Federalismo. Rivista di Studi Giuridici e Politici », 32 (2011-1), *La differenziazione regionale e i suoi limiti: un confronto tra Italia e Spagna*, pp. 13-46.

respondiendo de hecho a las mismas ⁽⁴¹⁾. Centrándose en el control de constitucionalidad más que en el amparo de derechos (p. 180: «El control de la constitucionalidad de las leyes es la razón de ser de la jurisdicción constitucional»), *Modelos de democracia en España* no entra en la consideración de la instancia primaria de justicia de amparo ⁽⁴²⁾.

3. 1931 versus 1978: II. Derechos y garantías constitucionales e internacionales.

Mírese el asunto comparativamente entre el antes y el después o también el mientras del establecimiento de jurisdicción constitucional específica. Entender que la misma acude, en 1931 como en 1978, a la defensa de la Constitución cual norma superior equivale a la aseveración más tradicional, de procedencia decimonónica, en el sentido de que el Tribunal Supremo se debería a defensa de ley con los poderes correspondientes sobre la misma y sobre la justicia ⁽⁴³⁾. En uno o en

⁽⁴¹⁾ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Justicia penal de guerra civil*, en sus *Ensayos de derecho procesal: civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 253-294 (originalmente, *Justice pénale de guerre civile*, en « Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé », 1938, 4, pp. 633-671). Actualmente, en la Universidad de Sevilla, Sebastián Martín dirige a Enrique Roldán en una tesis doctoral sobre la justicia durante la guerra civil en el territorio republicano. La Constitución de 1931 se mantuvo incluso en vigor tras las derrota bélica, pero ya sólo a efectos limitada y desigualmente políticos, mediante sucesión en las jefaturas de Estado, de Gobierno y de los Gobiernos autónomos catalán y vasco, con la esperanza de recuperación del tracto constitucional, posibilidad que se fue extinguiendo y sería definitivamente cercenada por golpes y giros internos de los principales partidos supervivientes de raíz republicana: Juan Antonio ANDRADE BLANCO, *El PCE y el PSOE en (la) transición. La evolución ideológica de la izquierda durante el proceso de cambio político*, Madrid, Siglo XXI, 2012 (PCE=Partido Comunista Español; PSOE=Partido Socialista Obrero Español).

⁽⁴²⁾ ESCUDERO ALDAY no se encuentra en absoluto sólo respecto a la postergación de un elemento tan clave para caracterizar el sistema: Joan Oliver ARAUJO, *El recurso de amparo en la Segunda República Española (1931-1936) y la posterior guerra civil (1936-1939)*, en « Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional », 14 (2010), pp. 323-346. Recientemente lo ha tratado de forma poco apreciativa, Ángela FIGUERUELO, *Aspectos históricos de la jurisdicción constitucional de la libertad en España*, en « Derecho en Libertad » (Facultad Libre de Derecho de Monterrey, revista en línea), 4 (2010), pp. 59-98.

⁽⁴³⁾ Para muestra a la contra de las posiciones dominantes, aun complaciente con las raíces decimonónicas, Jordi DELGADO CASTRO, *La historia de la casación civil*

otro grado, con uno o con otro término de referencia, el de la Constitución o el de la ley, la función característica de las jurisdicciones superiores ¿no ha de ser otra que la nomofiláctica? ¿No hay instancia superior que se deba, por encima incluso de norma, a la defensa de derechos? ¿No se le tiene como institución jurisdiccional de Estado, aparte de que la haya a diversas escalas internacionales en defensa de derechos humanos? ¿Y no es esa del amparo la función obligada de la propia justicia ordinaria desde su primera o básica instancia? Tampoco es que se trate de cuestiones inconexas. Al fin y al cabo, la Constitución y la ley como se defienden es promocionándose y asegurándose derechos. En total, con el nexo, parece que, para aclararnos en relación al núcleo de la comparación entre 1931 y 1978, no hace falta que entremos en la serie de asuntos tratados por *Modelos de democracia en España*. La constitucionalidad garante de derechos y los derechos mismos marcan los vínculos más estrechos entre 1931 y 1978, los que más justifican la tarea de la comparación con miras al aprovechamiento de la primera experiencia por la segunda, la actual. Vengamos entonces a lo que resulta una clave, la clave de los derechos. ¿Qué son los derechos para este par de Constituciones?

Venimos a los derechos, lo fundamental también, por supuesto, para Rafael Escudero. En el epigrafiado de los capítulos de *Modelos de democracia en España* los derechos se presentan como derechos humanos (pp. 243-275: «Tomarse en serio los derechos humanos») con un concepto particular del calificativo. Se trata de los derechos constitucionalizados, entendiéndose que tanto 1931 como 1978, aunque no lo formulen en estos términos, lo que hacen es constitucionalizar derechos humanos, los mismos además sustancialmente en una Constitución y en la otra. Ambas registran una amplia gama que va desde los derechos de

española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina, en «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso», 33 (2009), pp. 345-367. Sobre las raíces ya está registrada la cita de M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*; añádase, de la misma coordinadora, *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009. Es historia a tener en cuenta pues revela hasta qué punto está en España cargado de decisionismo jurisdiccional, por no decir despotismo, el principio de legalidad, dígase ahora también de constitucionalidad puesto que el Tribunal Constitucional no está en absoluto inmune. Como hemos visto, ESCUDERO ALDAY (pp. 35-36) presenta el «imperio de la ley» como uno de los «valores republicanos», sin mayores cautelas ni siquiera cuando llega al apartado de «El parlamento, sede del poder legislativo» (pp. 132-149).

libertad personal a los derechos de índole social, bien que produciéndose respecto a estos últimos, como enseguida veremos, la divergencia más relevante. De derechos constitucionales sólo así se trata. ¿Y qué ocurre entonces con el cuerpo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, algo que no existía en 1931 y que en cambio estaba ahí en 1978, desarrollándose además notablemente desde entonces? Dicho de otro modo, ¿qué ocurre con los llamados, sin más, derechos humanos conforme al entendimiento jurídico común? Sobre su suerte nos interrogaremos luego, aunque, como digo, este libro no los contemple distintamente. Los derechos que dice humanos son los derechos constitucionales de esa otra forma calificados para resaltar su valor: « Si desde la Constitución [la republicana de 1931] debía iniciarse el cambio social y la transformación de los equilibrios de poder existentes en la sociedad española, el impulso sólo podría completarse a través de este potente instrumento que son los derechos humanos: un conjunto de normas que garantizan el acceso a los bienes que hacen digna la vida de las personas » (p. 244). Desde una visión más filosófica, por no decir idealista, que histórica, por no decir realista, considera que tales derechos humanos vienen desarrollándose desde el liberalismo clásico (p. 31), desde un constitucionalismo que sabemos profundamente discriminatorio.

La materia neurálgica de los derechos se nos explica que se articula mal tanto en 1931 como en 1978, pero con una diferencia de extrema importancia. Mientras que esta deficiencia no tiene mayor alcance constitucional en la primera Constitución, responde en la segunda, en la vigente, a una agenda apenas oculta. La misma distingue entre derechos fundamentales, otros derechos de los ciudadanos y unos restantes derechos que no lo son, que no son en rigor derechos, con garantía decreciente de los primeros a los terceros. Aquí no nos hace falta entrar en los detalles que el libro no deja de desmenuzar (pp. 252-263). Baste con que resaltemos una discriminación entre derechos que se produce en 1978 y no en 1931. En la Constitución actual sólo los derechos fundamentales son defendibles mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53.1 y 161.1.b), un recurso cuya admisión queda además hoy, no en el diseño constitucional, a su discreción. En el extremo de inferior protección, están los derechos que no lo son, derechos que se formulan con el nombre, pero que figuran bajo epígrafe que no los anuncia como pertenecientes a la categoría: « De los principios rectores de la política social y económica » (tít. I, cap. III). Como principios y no entonces en rigor derechos, no pueden ser objeto de amparo ni constitucional ni judicial, sino sólo de atención política aún más discrecional. Ahí comparecen derechos económicos, sociales y culturales. Una prueba concluyente de su indefensión, si

necesidad hay de tenerla aparte de la textual, la ofrece la última reforma constitucional que, en 2011, por mera decisión parlamentaria sin participación ciudadana, ha sentado el principio de la estabilidad presupuestaria de todas las administraciones públicas y la prevalencia de la atención a la deuda en detrimento radical de políticas promotoras de derechos sociales e incluso, colateralmente, de garantías institucionales de libertades personales, pues todo tiene costo y para todo han de marcarse prioridades u omisiones (44). Algo así como la reforma de 2011 hubiera sido llanamente impensable bajo 1931.

Todo esto, nos explica el autor, tiene también que ver con el espíritu republicano que inspira a 1931 y no, aun pudiendo ser compatible con Monarquía, a 1978. Con los derechos económicos, sociales y culturales no sólo se garantizan aspiraciones legítimas de las personas, sino que también se contribuye a la construcción del espacio público para el desarrollo de la participación ciudadana y el fomento de la virtud cívica: « Al vincular a las personas con las instituciones, constituyen [los derechos en general] una buena oportunidad para ir cons-

(44) El mismo R. ESCUDERO ALDAY, *Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011*, en « Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad » (revista en línea), 2 (2012), pp. 86-98; también, G. PISSARELLO, *Una reforma constitucional para la periferia europea*, en « Revista de Economía Crítica », 11 (2011), pp. 160-170; José MATEOS, *Reflexiones sobre la validez y revocabilidad de la reforma de la Constitución Española producida en 2011*, en « Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas », 28 (2013), pp. 163-196; Diego López Garrido (dir.) y M^a Luz Martínez Aragón (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. Y hablándose de reforma constitucional conviene recordar que el mismo gobierno que promueve ésta, el de signo socialista ya referido porque quiso infundir republicanismo a la política y al derecho inspirándose en la obra de Philip Pettit, planteó sin éxito una que afectaba en mayor medida al texto constitucional, mas no conteniendo elemento alguno de republicanización sustantiva, sino con motivación incluso a la contra, pues intentaba cerrar el proceso de desarrollo de autonomías territoriales que la Constitución había dejado abierto, afianzar la pertenencia de España a una Europa de régimen en sí nada republicano y constitucionalizar la imagen de la Monarquía mediante la eliminación de la discriminación de género en su sucesión como si su proscripción constitucional no bastase: Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008; *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, para información ulterior más que como respaldo de mis aseveraciones. Las previsiones constitucionales sobre procedimientos de reforma (1978, arts. 166-169), en las que aquí no vamos a entrar, tampoco es que por sí favorezcan la participación o, aún menos, pues nada, la iniciativa ciudadana, en coherencia al cabo con el propio proceso constituyente.

truyendo la cultura ciudadana de respeto y compromiso con lo público » (p. 245); « su vocación integradora [de 1931] se manifiesta con toda su intensidad por medio de su comparación con el texto de 1978, mucho más 'prudente' a la hora de dar entrada a sujetos [de derechos] y materias [de objeto de derechos] en el espacio público » (p. 246); el texto de 1931 « abrigaba una visión integral de los derechos, sin establecer diferentes grados de protección en función de una mayor o menor relevancia, otorgando a todos ellos el mismo estatuto jurídico » (p. 253). Algo hay que matizar acto seguido. Bajo 1931, « fue la legislación de desarrollo la que circunscribió el recurso de amparo a ciertos derechos. En cambio, ahora [bajo 1978] es el propio texto constitucional el que ya de partida otorga mayor protección a ciertos derechos » (p. 253). « De la obsesión republicana por la máxima integración de materias y sujetos en el espacio público, de su interpretación de la constitución como un instrumento de transformación social, se pasó a la contemporización del texto de 1978, más reformista que transformador, producto de un tiempo y de unas circunstancias nada proclives a las demandas sociales y de participación ciudadana » (p. 263). Algo tan intangible como la concepción de los derechos puede desde luego materializarse.

Algún matiz ha de agregarse que el autor tan sólo deja insinuado. Bajo la Constitución de 1931, se « limitaba el recurso de amparo a las garantías individuales (junto con el añadido de la libertad sindical), recogiendo bajo esa expresión los derechos típicos de la tradición liberal », bajo la expresión de « garantías individuales » (p. 194). Es la legislación de desarrollo la que trajo estas limitaciones, ya lo sabemos, pero cierto es también que la Constitución parecía ofrecer base titulado el primer capítulo de derechos, primero del título III, como « Garantías individuales y políticas » y hablando luego para referirse al amparo de derechos, como hemos visto, tanto para los Tribunales de Urgencia como para el Tribunal de Garantías Constitucionales, en tales términos de « garantías individuales ». Garantía es el sustantivo que califica al mismo órgano de control de constitucionalidad como si su competencia de amparo, con dicha adjetivación de individualidad repetida, fuese comparativamente la más importante de entre sus funciones. ¿Todo esto ofrecía realmente base a las limitaciones en el amparo de derechos introducidas por la legislación de desarrollo? La obra no se enfrenta con este extremo para cuyo abordaje creo que ha de acudir al lenguaje constitucional de la época. Hay una pista que el propio autor nos brinda, la del constitucionalismo mexicano, la del texto de la Constitución federal mexicana de 1917, un texto bien presente en 1931. No todo pasa por Alemania ni mucho menos (pp.

282-288 y 323) ⁽⁴⁵⁾. En todo caso, tanto Querétaro como Weimar transpiraban republicanismo sustantivo. Para lo segundo, para la Constitución alemana de 1919, ha de advertirse lo mismo que para el 1931 español, esto es, que no se confunda el constitucionalismo republicano con su derrota por aquellos tiempos de acoso y derribo ⁽⁴⁶⁾.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos presentaba un primer título bajo el epígrafe « De las garantías individuales », el que se ocupa de derechos sin reducirse, por ostentar dicho nombre, a los de carácter individual. Bajo ese rótulo se registran derechos sociales como en relación a derecho colectivo del trabajo que luego se contempla por la misma Constitución o, más categóricamente, con respecto a tierras y

⁽⁴⁵⁾ *Constituciones de Europa y América. Selección de textos vigentes*, eds. Nicolás Pérez Serrano y Carlos González Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, tomo II, pp. 147-231, para la Constitución mexicana; tomo I, pp. 29-75, para la alemana; el mismo N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución Española (9 Diciembre 1931). Antecedentes, textos, comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932. También podía contarse con *Las nuevas Constituciones del mundo*, ed. B. Mirkiné-Guetzévitch, Madrid, Editorial España, 1931, con la de México como única procedente de América (no considerada obviamente en sus *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, Delagrave, 1928, aunque sí, con posterioridad, en sus *Les Constitutions des nations américaines*, Delagrave, 1932). De la Constitución mexicana, interesa en este momento el texto de entonces, de las alturas de 1931, no el actual ni el original, de 1917, pues median reformas que inciden hasta en los epígrafes como enseguida veremos. No ayuda mucho, por decir poco, M^a Pilar VILLABONA, *La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931*, en « Revista de Estudios Políticos », 31-32 (1983), pp. 199-208, con el tópico de la relación en lo que no parece precisamente que la hubiera, en materia de amparo de derechos, y el anacronismo también habitual al efecto, el de « existencia de una tradición común: la de las instituciones medievales de la Corona de Aragón » que presuntamente ya ampararían derechos (p. 207). Respecto a otras novedades constitucionales que se fueran sucediendo, como precisamente la de España en 1931, MIRKINÉ-GUETZÉVITCH daba noticia sobre la marcha en órganos periódicos de difusión transnacional, por ejemplo en « The Political Quarterly », que luego integraba en sus publicaciones exentas.

⁽⁴⁶⁾ Peter C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, Duke University Press, 1997; *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, eds. Arthur J. Jacobson y Bernhard Schlink, Berkeley, University of California Press, 2000, antología y estudios que empezaron sintomáticamente a prepararse tras 1989 bajo el entendimiento (p. xi) de que « Weimar offers a dark but useful paradigm for states in which constitutionalism and the rule of law must confront lasting and entrenched anti-democratic and anti-liberal forces ». En un proyecto de mayor aliento, Michael Stolleis, *Geschichte der öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Munich, C.H. Beck, 2002.

recursos de comunidades indígenas (47). Garantías individuales no sólo significaba garantías de derechos de individuos, sino también garantías específicas de los derechos sin más por efecto de su registro constitucional. El derecho no depende de Constitución, que los reconoce y declara, siendo su garantía lo que la misma puede aportar y aporta. Si esto es lo que se tenía a la vista en un texto de fuerte inspiración republicana en el sentido más sustancial como el mexicano, ¿no podía utilizarse la expresión de « garantías individuales » con el alcance visto en la confianza de que ello no implicaba restricción alguna, sino todo lo contrario? En la Constitución federal mexicana el epígrafe se ha mantenido sin problemas hasta recientemente, hasta una reforma de 2011 que lo ha reformulado. Actualmente reza « De los derechos humanos y sus garantías », viniendo así a anteponer derechos a garantías, no por entenderse ahora que los primeros dependen de Constitución, sino por todo lo contrario. No es que se denominen derechos humanos a los derechos constitucionales, sino que se produce la incorporación al propio ordenamiento constitucional del cuerpo normativo del derecho internacional de los derechos humanos en su mismo estado dinámico o en crecimiento no dependiente de México. Es un movimiento en auge últimamente por América Latina. El caso mexicano no es el único de tal recepción global abierta, no de todo el derecho internacional, sino, distinguiéndosele, del entero ordenamiento supra-estatal de los derechos humanos (48).

Una Constitución, la federal mexicana, que procede de tiempos anteriores al derecho internacional de derechos humanos, lo misma que la española de 1931, ha venido finalmente no sólo a reconocerlo, sino a incorporarlo. A estas alturas de la historia, resulta llamativo que *Modelos de democracia en España*, una exposición tan sensible para con los derechos, ni siquiera identifique la existencia de los derechos humanos

(47) B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, cap. 1: « Parábola de Ackerman. Originalidad constitucional americana »; Néstor DE BUEN, *El sistema laboral en México*, en *Panorama internacional de derecho social. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Patricia Kurczyn (coord.), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 125-141, ap. 2: « El nacimiento inesperado de artículo 123 constitucional en 1917 ».

(48) B. CLAVERO, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, en *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, Adriana Luna, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (coords.), México D.F., Taurus, 2012, pp. 421-453; *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 97 (2013), pp. 181-199.

como cuerpo normativo del ordenamiento internacional. Más llamativo resulta si reparamos en que una de las más palmarias diferencias con efectos constitucionales bien sustanciales entre 1931 y 1978 radica en este capítulo del derecho internacional de los derechos humanos. Comencemos señalando que la segunda Constitución, la actual, marca distancias admitiendo un valor sólo interpretativo, no directamente normativo, del derecho internacional de los derechos humanos: « Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España » (1978, art. 10.2). Podría pensarse que, conforme a las propias reglas de vigencia de los instrumentos internacionales, esto ha sido modulado por la jurisprudencia en la línea de conferirle un valor superior al derecho internacional de los derechos humanos ⁽⁴⁹⁾, pero no ha sido patentemente así. Dichas distancias constitucionales siguen severamente pesando en la práctica judicial y en la doctrina constitucional ⁽⁵⁰⁾. A lo que ahora importa, respecto a 1978, el contraste de 1931 resulta realmente acusado.

1931 contiene manifestaciones de internacionalismo por consideración y para ampliación de derechos a pesar de que todavía no existía el derecho de los derechos humanos, pero sabiendo sintonizar con una

⁽⁴⁹⁾ La actual Constitución del Perú, de 1993, frente a la posición más acogedora de la precedente, de 1979, copia la fórmula de distanciamiento española: « Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú » (Disposiciones Finales y Transitorias, Cuarta). Posteriormente, en 2004, un Código Procesal Constitucional representa un giro que en España en cambio no se ha producido. Mantiene, pues es obligado, la fórmula constitucional, pero añadiendo como término de referencia la jurisprudencia internacional, lo que puede servir para aminorar y hasta cancelar el distanciamiento: « El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte » (art. 5): FRANCISCO EGUIGUREN, *El nuevo código procesal constitucional peruano*, en « Estudios Constitucionales » (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2 (2004), pp. 351-368.

⁽⁵⁰⁾ Como muestra sangrante, B. CLAVERO, *España 1978. La amnesia constituyente*, cap. 6: « Derechos humanos, jurisprudencia española, crimen de lesa ciudadanía y responsabilidad del Estado ».

tendencia ya viva de interactividad entre órdenes constitucional e internacional ⁽⁵¹⁾. He aquí sus primeros pronunciamientos al respecto: « España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional » (art. 6); « El Estado español acatará las normas universales del derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo » (art. 7). En esto segundo adoptaba la fórmula acuñada por Weimar ⁽⁵²⁾. Para lo primero se atenía al llamado Pacto Briand-Kellog, de 1928, con su compromiso de recurrir en exclusiva a medios pacíficos, salvo en caso de legítima defensa, para resolverse diferendos entre Estados ⁽⁵³⁾. Especificaba

⁽⁵¹⁾ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Derecho constitucional internacional* (1933), Madrid, Reus, 1936; hay reedición, Clásicos Reus, 2009, con estudio preliminar prescindible. Para la ubicación de 1931 en el constitucionalismo más renovador de su época, presta ayuda Mark MAZOWER, *Dark Continent. Europe's Twentieth Century*, Nueva York, Knopf, 1998, cap. 1: « The Deserted Temple: Democracy's Rise and Fall » (con traducciones: *La Europa negra, Le Continent des ténèbres, Le Ombre dell'Europa...*). Para la vertiente internacional, el mismo M. MAZOWER, *Governing the World: The History of an Idea*, Nueva York, Penguin, 2012, cap. 5: « The League of Nations ».

⁽⁵²⁾ El ejemplo que no ofrecía México, puesto que seguía al propósito el tenor de la Constitución de los Estados Unidos vecinos (art. 133: « Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión... »), lo brindaba en este punto ciertamente Weimar: « Las reglas del derecho de gentes universalmente aceptadas rigen como parte integrante y obligatoria del Derecho del *Reich* alemán » (art. 4: trad. citada de N. Pérez Serrano y C. González Posada, sin verter « Reich » por Estado o por República; art. 1: « El *Reich* alemán es una República... »). En la edición *Las nuevas Constituciones del mundo*, ed. B. Mirkine-Guetzévitch, se traduce, pero sin sustituir: « *Reich* (Estado) ». Hay versiones de Weimar con la traducción equívoca de *Imperio*: « El Imperio alemán es una República ».

⁽⁵³⁾ League of Nations, *Treaty Series. Publication of Treaties and International Engagements registered with the Secretariat of the League of Nations*, vol. 93, 1929-1930, n° 2123, pp. 343-363: *Règlement Pacifique des Différends Internationaux — Pacific Settlement of International Disputes*. Ana M^a Tamayo Barrena, *España ante el Pacto Briand-Kellog*, en « Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea » (Universidad Complutense de Madrid), 5 (1984), pp. 187-213, apenas alude al final, sin concederle mayor transcendencia, al momento constitucional de 1931; previamente el Pacto había sido ratificado por el general Primo de Rivera como parte de su política de pantalla en procura de la aceptación internacional de la dictadura que encabezaba. Compensan desde luego escritos de la época: José Ramón de ORÚE, *Preceptos internacionales en la Constitución de la República española*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », 160 (1932), pp. 385-465 (hubo tirada exenta, Reus, 1932), en particular pp. 416-426; B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, Reus, 1934 (Clásicos Reus, 2013), cap. 8: « La nueva Constitución española y el *Ius*

más: « Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquellos se disponga » (art. 65); « Los proyectos de Convenio de la Organización Internacional del Trabajo serán sometidos a las Cortes en el plazo de un año y, en caso de circunstancias excepcionales, de dieciocho meses, a partir de la clausura de la Conferencia en que hayan sido adoptados. Una vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República suscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones » (art. 76); « El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones » (art. 77) ⁽⁵⁴⁾. 1931 también adoptaba el germen de derecho de derechos humanos que entonces existía o comenzaba a gestarse: el Estado defenderá a la infancia « haciendo suya la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño » (art. 43), declaración que la Sociedad de Naciones había adoptado en 1924 ⁽⁵⁵⁾.

Gentium Pacis » (no incluido en las ediciones de *Les nouvelles tendances du droit constitutionnelle*, Marcel Giard, 1931, y LGDJ, 1936); anteriormente, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH y Egidio REALE, *L'Espagne*, París, Delagrave, 1933, se habían ocupado de la materia constitucional, pero sin detenerse especialmente en el capítulo de derecho internacional. S. PINON, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, en « Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques », 46 (2007), pp. 183-212, subraya, sin explorarla (p. 187), la influencia de este constitucionalista en la España de la República.

⁽⁵⁴⁾ Respecto a la recepción del derecho internacional del trabajo, único elemento de toda esta operación constitucional de incorporación normativa que toma en consideración, R. ESCUDERO ALDAY (p. 284) la remite a la política de ratificaciones de la República y no al mandato de su Constitución.

⁽⁵⁵⁾ Geraldine VAN BUEREN, *The International Law of the Rights of the Child*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 6-9: esta Declaración de 1924, como la de Naciones Unidas de 1959, se plantea en términos de protección de la infancia más que de derechos de niños, niñas y adolescentes, lo que sólo se corregirá por las mismas Naciones Unidas, aunque esta discontinuidad no se resalte por Van Buren, con la Convención de Derechos del Niño de 1989 y la obra consiguiente del Comité sobre los Derechos del Niño. No suele hoy recordarse aquel arranque de 1924: Clark BUTLER, *Children's Rights: A Historical and Conceptual Analysis*, en el propio *Child Rights: The Movement, International Law, and Opposition*, ed. C. Butler, Lafayette, Purdue University Press, 2012, pp.

Los perfiles de 1931 y 1978 respecto a derecho internacional no pueden ser más contrapuestos, lo cual puede que también se encuentre en relación con el espíritu republicano propio de una Constitución y no en la otra. El internacionalismo guardaba desde luego correspondencia con el republicanismo sustantivo. Se identificaba con él en su vertiente de solidaridad transnacional, de una solidaridad que se extendía más allá de la propia ciudadanía. El internacionalismo fue uno de los elementos de identificación de lo que se entendió como nuevo constitucionalismo o, según suele decirse hoy sin mucha constancia de la trayectoria histórica, *neoconstitucionalismo*. Era un horizonte de evolución constitucional que intentó recuperarse tras la hecatombe de los fascismos de Estado y la guerra total. ¿Sus claves a las alturas de 1931? La primacía de los derechos, los mecanismos de garantía, la elevación de principios e incluso procedimientos a escala internacional y, tampoco se olvide, aunque de esto no hayamos aquí tratado ⁽⁵⁶⁾, un replan-

13-36. La preterición me llevó a minusvalorar el alcance en su momento de la Declaración de 1924 dentro del apartado de «derecho supranacional» del capítulo de la Constitución de 1931 de mi *Manual de Historia Constitucional de España*, aunque lo usual sea no registrar ni siquiera este tipo de detalles en las exposiciones manualísticas. Por esto que ahora nos importa, lo significativo es que 1931 asumiera sin reservas y como derecho constitucional aquella pieza en todo caso pionera de derecho internacional, un detalle de contraste mayor con la posición de 1978 de cara a los derechos humanos ya a sus alturas existentes.

⁽⁵⁶⁾ M. MAZOWER, *Dark Continent. Europe's Twentieth Century*, p. 20, presenta la Constitución española de 1931 como «the most modern in inter-war Europe» en el sentido de la más evolucionada, no de la más reciente o última de aquel periodo pues esto hubiera supuesto ignorar la Constitución irlandesa de 1937, de la que ahora se ocupa, como ya sabemos, S. MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*. Pues bien, tal valorización la realiza en base a la potenciación del poder ejecutivo haciéndole incluso partícipe de funciones legislativas frente a la enervación de la democracia por la primacía del parlamentarismo, lo cual, añadamos, es desde luego más plausible constitucionalmente en una República como la de 1931 que en una Monarquía como la de 1978, Monarquía que ha acentuado el reforzamiento del poder ejecutivo. En todo caso, este elemento resultó tan problemático que su principal valedor doctrinal, no otro que Mirkine-Guetzévitch, lo acabaría dando por fracasado: J. CORCUERA, *El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931*, p. 43. Hemos hecho referencia a la frustración que derivara de la potenciación de la Presidencia de la República. Convendrá aquí recordar que el fortalecimiento del poder ejecutivo se inició de forma más bien solapada en el siglo XIX en relación con la expansión del colonialismo, factor que debiera tomarse en consideración por la historia constitucional: B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*; M. Lorente y J. Vallejo (coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Plantean la cuestión en términos comparados, incluyendo el caso español, Lauren

teamiento de la dinámica de los poderes más políticos, el legislativo y el ejecutivo, de forma que se contrarrestasen los perjuicios causados por un entendimiento de la soberanía, dígase tanto nacional como popular, no situada en el contexto de los derechos conforme al sentido del doble criterio de democracia aquí expuesto al inicio ⁽⁵⁷⁾. Como republicanismo transnacionalista, era más que constitucionalismo de Estado. Para la cultura académica, podía todo ello resultar tan difícil de asimilar como fácil de desahuciar, lo que no quiere decir que fuera lo mismo para la cultura política y social, una cultura por entonces, en la República, de fuerte impronta socialista y anarquista ⁽⁵⁸⁾. Hoy, salvándose las distan-

BENTON, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; sin incluirlo, Stephen MORTON, *States of Emergency: Colonialism, Literature and Law*, Liverpool, Liverpool University Press, 2013; para el caso muy expresivo de la Jamaica británica, R.W. KOSTAL, *A Jurisprudence of Power: Victorian Empire and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005; sobre España, Josep Maria FRADERA, *Colonias para después de un Imperio*, Barcelona, Bellaterra, 2005.

⁽⁵⁷⁾ La obra paradigmática para todo esto fue la de Boris Mirkine-Guetzévitch. La insistencia en lo nuevo de sus títulos que se habrá advertido, no se refiere tan sólo a lo reciente en el tiempo, sino a una renovación sustantiva del constitucionalismo que enlazó su trayectoria de antes y de después de la guerra mundial, con una visión así del hoy llamado *neoconstitucionalismo* de más amplia *durée* de lo que ahora suele tomarse en consideración y en la que, por lo que toca a España, se ubica, con todo, más 1931 que 1978. Lo digo también porque, sin servirse al efecto de Mirkine-Guetzévitch, tal es en sustancia la perspectiva que resulta de ESCUDERO ALDAY. Por su parte, S. MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, entiende que Mirkine-Guetzévitch está superado porque el mismo constitucionalismo de derechos se habría revelado insuficiente, propugnando la superposición del valor de la *dignidad humana* al de los *derechos humanos*, y esto no para integrar culturas que no reconocen la categoría de los derechos, sino para recuperar en el universo constitucional religión y, más en concreto, cristianismo. Recuérdese S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard College, 2010. La propuesta de constitucionalismo de derechos de fundamento cristiano, incluso católico, la denomina Moyn *newer constitutionalism*, más nuevo que el nuevo, *novoneoconstitucionalismo* si seguimos con el gusto de las palabrotas. Ante esto y con todos sus condicionamientos históricos e incluso extravíos, alguno admitido como el de la potenciación incauta del poder ejecutivo, Mirkine-Guetzévitch está vivo, merece estarlo, y con ello, en España, 1931.

⁽⁵⁸⁾ Para la cultura académico-política, S. MARTÍN, *Sobre olvidos históricos, semblanzas jurídicas y estrategias políticas*, en « Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija — Revista de Historia de las Universidades », 12 (2009), pp. 217-242; *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945)*, en « Historia Constitucional » (revista en línea), 11 (2010), pp. 89-125, y 12, 2011, pp. 161-201; siempre del mismo Sebastián Martín (ed. y estudio), *El Derecho Político de la*

cias marcadas por el desenvolvimiento del derecho internacional, podrían acusarse no sólo en España problemas semejantes de cara al valor normativo de los derechos con independencia de su reconocimiento por el Estado ⁽⁵⁹⁾. Otra cara de la moneda es la modulación doctrinal de los derechos humanos subordinándolos a categorías menos normativas como la de dignidad humana o la de valores constitucionales no identificados estrictamente con los derechos mismos ⁽⁶⁰⁾. *Modelos de democracia en España* tiene también este otro contexto de ubicación.

Segunda República: Francisco Ayala, Eduardo L. Llorens, Nicolás Pérez Serrano, Madrid, Universidad Carlos III, 2011. Para constancia de la cultura político-social que asumía la Constitución, pero no se encerraba en ella, o que, dicho de otro modo, era republicana antes y más que constitucional, Julio ARÓSTEGUI, *Largo Caballero. El tesón y la quimera*, Madrid, Debate, 2013. Pero éste es otro tema o, dicho mejor, otra dimensión del mismo tema del republicanismo sustantivo, la dimensión que definitivamente no se reclinaba en norma de Estado ni aunque fuese la constitucional, fuera de la cual hay vida e incluso vida constitucional. Interesan a efectos comparativos tanto a 1931 como a 1978, dos Constituciones precedidas por dictaduras y por una historia más larga de constitucionalismo deficiente, trunco y lastrado, mal llamado liberal, estos «Quaderni Fiorentini», 28 (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*.

⁽⁵⁹⁾ Una gráfica ilustración se tiene con la acuñación de la categoría de *bloc de constitutionnalité* por el Consejo Constitucional francés y su recepción por el Tribunal Constitucional español, en el primer caso para remediar la falta de registro de derechos en la Constitución propia incorporando una declaración del mismo Estado, la de 1789, y en el segundo para articular con la norma constitucional los Estatutos de Autonomía territoriales; en ningún caso para integrar derechos humanos del orden internacional: Louis FAVOREU y F. RUBIO LORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991. Por América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligación de los Estados de un control de convencionalidad, sumado al de constitucionalidad, en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no al derecho internacional global, con lo que la categoría de bloque de constitucionalidad, allí donde se le ha recibido también, llega a extenderse al derecho supraestatal regional: Manuel Fernando QUINCHE, *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*, en «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional», 12 (2009), pp. 163-190; Jorge Andrés MORA MÉNDEZ, *El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del derecho*, en «Revista Republicana» (Corporación Universitaria Republicana), 12 (2012), pp. 217-237.

⁽⁶⁰⁾ Para constancia de una diversidad de posibilidades, pues no sólo existe la de miras religiosas de S. Moyn, el mismo volumen citado *Understanding Human Dignity*, ed. C. McCrudden. Hay intercambio previo en el que puede ya apreciarse que cabe una modulación de los derechos humanos por consideración a culturas con las que puede haber mejor comunicación a través de la categoría más general o menos jurídica de dignidad humana: Paolo G. CAROZZA, «*My Friend is a Stranger*»: *The Death Penalty and*

El autor de *Modelos de democracia en España* también se distingue en el terreno de la solidaridad transnacional que trasciende al constitucionalismo de Estado, no reclusándose en los espacios de la cultura académica ⁽⁶¹⁾, por lo que todavía parece más intrigante la ausencia clamorosa del derecho internacional, inclusive el de derechos humanos, entre la serie de capítulos de su comparación de 1931 con 1978. ¿Cómo puede producirse tal cortocircuito, tamaño apagón, tan grave avería, de los derechos humanos efectivamente normativizados? ⁽⁶²⁾. No es caso único, de individuo o de escuela, por lo que más procede todavía poner

the Global 'Ius Commune' of Human Rights, en «Texas Law Review», 81 (2003), pp. 1031-1089; C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, en «The European Journal of International Law», 19-4 (2008), pp. 655-724; P.G. CAROZZA, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply*, en la misma revista europea, 19-5 (2008), pp. 931-944; Jürgen HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, en «Metaphilosophy», 41-4 (2010), *Symposium on Human Rights: Origins, Violations, and Rectifications*, pp. 464-480. Entre dichas culturas más receptivas a dignidad que a derechos no cabe desde luego incluir a España o a otras latitudes europeas o americanas donde, especialmente durante dictaduras, se ha usado y abusado de la alegación religiosa o más en concreto cristiana de la dignidad humana precisamente contra derechos humanos.

⁽⁶¹⁾ *Segregados y reclusos. Los palestinos y las amenazas a su seguridad*, ed. R. Escudero Alday, Madrid, Fundación Iepala, 2008, donde no faltan páginas sobre derechos humanos en su sentido de cuerpo normativo internacional tomados en serio. Del mismo *Los derechos a la sombra del Muro. Un castigo más para el pueblo palestino*, ed. R. Escudero Alday, Madrid, Catarata, 2006; también, *Intervención divina. El fracaso del Derecho en Palestina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, a propósito de la película de 2002 de Elia Suleiman, *Intervención divina. Una crónica de amor y odio*.

⁽⁶²⁾ Alguna referencia hay, pero enteramente ocasional y en términos de oportunidad, no de normatividad: R. ESCUDERO ALDAY (p. 61). Sin embargo, tratando de la impunidad de los crímenes de la dictadura, atiende el valor normativo directo del derecho internacional de derechos humanos: R. ESCUDERO ALDAY, *Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain*, p. 133. Dejo aparte la posibilidad de que el eclipse en *Modelos de democracia en España* pueda, si no deberse a escuela, recrudescerse hasta el punto visto por un determinado medioambiente académico: *Historia de los Derechos Fundamentales*, eds. Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, José Manuel Rodríguez Uribes, Rafael de Asís Roig y Francisco Javier Ansoátegui Roig, Madrid, Dykinson, 1998-2007. Gregorio Peces Barba fue *founding father* en 1978 y uno de los responsables directos del artículo 10.2 de la Constitución. En vano se buscará esclarecimiento de la reticencia ante el derecho internacional de los derechos humanos, por reducción de la categoría a objeto de filosofía y no de ordenamiento positivo o por desconfianza hacia instituciones como las internacionales difícilmente controlables por partidos políticos de Estado, en el propio G. PECES BARBA, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,

de relieve la extraña dificultad existente no sólo en España para integrar en el ordenamiento el derecho positivo de los derechos humanos globales ⁽⁶³⁾. Como concluyo es con la incógnita por la sencilla razón de que, sinceramente, no sé cómo explicarla sin extenderme desmedidamente, para un comentario sobre un libro en unas páginas de revista, respecto al complejo fenómeno del peso agobiante de una cultura jurídica que, por mucho que se esfuerce en superarlo, sigue identificando derecho con Estado y así reduciendo derechos humanos a derechos constitucionales de una forma que no suma garantía, sino que puede incluso restarla. La cultura de Estado y de ley no acaba de ceder a favor de una cultura de derechos y de garantías ni siquiera entre los sectores que se proponen y esfuerzan por dar el paso.

Acerca de que este libro, *Modelos de democracia*, merezca lectura y reflexión dentro y fuera de España, incluso con sus trabas, no creo que quepa duda razonable. Su consideración de la última República española como una modalidad de republicanismo sustantivo ya de por sí, solo por esto, trasciende al caso de una determinada Monarquía. Su

1988. Instalados en la ilusión, otros relatos de otros padres constituyentes tampoco resultan muy fidedignos.

⁽⁶³⁾ Véase en España una reciente demostración de parte que precisamente se plantea la integración de derecho supraestatal y no la concibe sino a escala regional, como pueda serlo la europea en la línea del control de convencionalidad interamericano referido, y que así estrictamente no es de derechos humanos aunque tal cosa se predique: LUÍS IGNACIO GORDILLO, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. Sobre dificultades del control de convencionalidad en el seno de la Unión Europea, JÖEL RIDEAU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: les orphelins de la pyramide*, en « Revue du Droit Public et de Science Politique en France et à l'Étranger », 2009, 3, *L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile*, pp. 602-630, acentuándose el debate en Francia ante la entrada en vigor en 2010 de la reforma constitucional que introduce la excepción de inconstitucionalidad como acción de parte: « Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques », 137 (2011), *La question prioritaire de constitutionnalité*. Para constancia de la predicación fraudulenta de derechos europeos como derechos humanos en los mismos orígenes del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ISSA G. SHIVJI, *The Concept of Human Rights in Africa*, Londres, Council for the Development of Economic and Social Research in Africa, 1989, p. 64, n. 11. Para contraste más general, puedo finalmente remitir a B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, que es recopilación, con alguna actualización, de artículos publicados en estos « Quaderni Fiorentini » (2009, 2011 y 2012) y en *Storia e Diritto. Esperienze a confronto*, ed. Bernardo Sordi, Milán, Giuffrè, 2013, pp. 455-481: *¿Historia del Derecho sin fronteras? Los derechos humanos como historia*.

forma de abordar las dificultades de la democracia constitucional en la España actual puede interesar al derrotero de otros Estados europeos, republicanos o monárquicos que sean, y a la Unión Europea misma. No son buenos tiempos para el desenvolvimiento del constitucionalismo, dígase con o sin prefijo añadido, de lo cual *Modelos de democracia en España* ofrece constancia, análisis y diagnóstico.