

## RECENSIONES



ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Discursos parlamentarios (y otras disertaciones)*, Marcial Pons, Fundación Concordia y Cultura, Madrid, 2019<sup>1</sup>.

## I. ÓSCAR ALZAGA, UN PROFESOR EN EL PARLAMENTO

### 1. Los discursos parlamentarios de Alzaga

En el año 2019, la Editorial Marcial Pons publicaba otro libro del Profesor Óscar Alzaga Villaamil, sin lugar a duda, uno de nuestros grandes Maestros del Derecho Constitucional. Con el título *Discursos parlamentarios (y otras disertaciones)*, esa publicación tuvo lugar solo dos años después de que también viera la luz en la misma Editorial la segunda edición de su bien conocido *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*. Una obra con la que importaría al estudio de nuestro derecho constitucional una sistemática propia de la ciencia jurídica alemana. En ella ya avanzó en su primera edición de 1978 muchos de los problemas de carácter teórico-práctico a los que enfrentaría nuestra Constitución con el devenir del tiempo. Esta obra fue, desde luego, avanzada a su tiempo.

Si su *Comentario Sistemático a la Constitución Española* recogió la visión externa de un académico sobre el resultado constituyente, sus *Discursos Parlamentarios* muestran a un Alzaga protagonista del proceso

de elaboración de la Constitución y de las leyes llamadas a desarrollarla. Aquellos *Discursos* recogen sus intervenciones, como diputado de UCD, en defensa de las posiciones de partido sobre a) la elaboración de algunos de los preceptos más vidriosos de nuestra Constitución (en la legislatura constituyente 1977-1979) y b) cómo se debía de proceder a su desarrollo normativo (en la primera y la segunda legislatura (1979-1982 y 1982-1986)). Si algo queda claro de sus discursos es que no fue un simple profesor en política, fue un Profesor en el Parlamento. No fue un mero diputado, fue legislador.

Quizás para la comprensión de la labor que desempeñó Alzaga en su andadura parlamentaria susciten mayor interés sus discursos pronunciados entre 1977 y 1982 desde un gobierno en minoría. Esa labor la describió Victoria Prego en su *Diccionario de la Transición*: «Su actitud le hizo acreedor de ciertas reticencias en el seno del partido, pero su sólida formación jurídica le hizo imprescindible para el partido en momentos claves de la vida política». En este destacado papel tuvo gran relevancia que el partido percibiera sus escasas dotes para la política y en su escaso interés en ocupar cargos de responsabilidad, habiendo rechazado, al menos tres veces, el cargo de Ministro (p. 14).

Eso permitió que pudiera asumir un cierto status de independencia dentro del partido y seguir desempeñando en sus

1 Este trabajo se publica conjuntamente en las Revistas *Historia Constitucional y Teoría y Realidad Constitucional* en el marco de la colaboración entre ambas.

discursos su condición de profesor. Como afirma nuestro Legislador: «casi todos los discursos parlamentarios aquí compilados están involuntariamente impregnados de la condición profesoral de quien hablaba» (p. 16). Lo cierto es que sus intervenciones ejercieron la función consustancial a una democracia parlamentaria: «la defensa racional de una tesis, bien ante parlamentarios a que se aspira a convencer para obtener sus votos, o impulsarlos hacia una enmienda transaccional... Un debate parlamentario que merezca tal nombre ha de situarse en las antípodas de los diálogos de sordos y estar presidido por razonamientos dialécticos de quien defiende una tesis frente a otras tesis que, de ordinario, también merecen respeto» (p. 15).

Esta es visión retrospectiva que aporta Alzaga casi 40 años después sobre sus propios *Discursos parlamentarios* en las páginas de su Presentación, cuya lectura permite constatar lo acertado de su juicio. Sin embargo, en ella, es lógico, no ha sido capaz de constatar algo, sin embargo, evidente para quienes han asistido al desarrollo de su pensamiento como académico con el devenir del tiempo, que plasmó a lo largo de un buen número de publicaciones y que impregnó posiblemente lo que ha sido su mayor contribución a nuestra ciencia: la Revista *Teoría y Realidad Constitucional*, que dirigió, con la imprescindible colaboración de prestigiosos profesores, desde 1998 hasta 2020<sup>2</sup>.

«Razón de ser» del n.º 1/1998 y «Fin de etapa» del n.º 45/2020, escritos por el

2 Una Revista en la que se recoge periódicamente una sección denominada *semblanzas* donde se recupera la obra de grandes maestros del Derecho político... tanto del XIX (Ramón de Salas, Antonio Alcalá Galiano, Manuel Colmeiro, Gumersindo de Azcárate, Vicente Santamaría de Paredes...) como del XX (Adolfo Posada, Fernando de los Ríos, Nicolás Pérez Serrano, Carlos Ruiz del Castillo, Manuel García Pelayo...).

propio Alzaga, representan quizás el cuaderno de bitácora de su pensamiento académico. En su despedida como Director en 2020, exteriorizaría la misma filosofía que impregnó sus Discursos parlamentarios de 40 años atrás: el imperio de la dialéctica, el respeto a las posiciones opuestas y su orientación hacia el realismo científico: «Estas páginas siempre han estado abiertas al ancho abanico de visiones de altura sobre las materias que debíamos abordar, dando prioridad a la conexión Derecho Constitucional y realidad socio-política» (p. 14).

Al amparo de esta visión académica suscitan alguna curiosidad algunas de las posiciones defendidas en sus Discursos parlamentarios que reflejan quizás por qué, como afirmara Victoria Prego, su «sólida formación jurídica le hizo imprescindible para el partido en momentos claves de la vida política». La firme defensa de las posiciones kelsenianas sobre la jurisdicción constitucional en su intervención en el proyecto sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (p. 131 y ss.) y el recurso al decisionismo schmittiano en el debate sobre la Ley Orgánica de Estados de alarma, excepción y sitio (p. 163 y ss.) expresaban dos esquemas de pensamiento que, hoy es posible saberlo, no vertebraban, en el fondo, la concepción académica de Alzaga.

Ello permite descubrir cómo su tarea en sus discursos parlamentarios fue poner sus sólidos conocimientos jurídicos al servicio de la defensa de posiciones de partido que, sin ser científicamente asumidas por él, si entraban, al menos, dentro de lo tolerable. El hecho de que reconozca en la Presentación de su Libro que se negó entonces a participar en defensa del modelo de Estado autonómico, por sus firmes convicciones federalistas (p. 14) no deja de confirmar esta impresión. La lectura de sus Discursos permite constatar cómo su formación jurídica le hubiera puesto en disposición de defender prácticamente cualquier posición con

un grado de racionalidad y de capacidad de convicción tal que los hubieran convertido en difícilmente rebatibles por la oposición.

Sostenidos sobre los presupuestos de la dialéctica, comenzaban con la exposición de las tesis a rebatir, procediendo a desmontarlas a partir de argumentos teóricos y jurídicos (que más adelante se analizarán), para proceder posteriormente a la construcción de sus propios planteamientos. El lector de sus *Discursos parlamentarios*, como quizás también sus adversarios políticos entonces, acaba por convencerse de la idoneidad de unas tesis que, en principio, podrían ser difícilmente asumibles. Viendo la dinámica que se ha instalado en nuestro Parlamento en los últimos tiempos, el libro de Alzaga nos adentra en un modo de proceder que posiblemente ya no volverá a la vida pública.

## 2. Los roles de Alzaga en sus Discursos parlamentarios

En sus Discursos parlamentarios sería posible identificar dos grandes roles: a) el de constructor de consensos, que buscó plasmar en los textos normativos la transacción entre diferentes fuerzas políticas y b) el de académico y jurista. El primero de ellos se percibe, entre otros, en la conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI, recogida en su *Contribución de la oposición a una salida del franquismo* (págs. 17 y ss.) y en sus intervenciones parlamentarias sobre los arts. 1,3 (monarquía parlamentaria) y 15 (libertad ideológica y religiosa) del proyecto de Constitución. Con la asunción de este rol, se situó en la estela del espíritu de la transición política, que él mismo tuvo la ocasión de encomiar el 20 de enero de 1977 en Madrid, en su conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI.

Conforme a ese espíritu, contribuyó a abandonar la trágala que había inspirado

la aprobación de nuestras constituciones históricas y a diseñar una Constitución abierta que permitiera que los distintos partidos políticos pudieran llegar a gobernar con el mismo texto constitucional. Sin embargo, su rol como constructor de consensos no fue incompatible con el rol de académico y de jurista que resulta más acentuado en otros discursos. Este rol se aprecia, entre otras, en sus intervenciones en los proyectos de leyes orgánicas: a) del tribunal constitucional, b) de estados de alarma, excepción y sitio y c) la reguladora del estatuto de los centros escolares. Que aquí se hayan seleccionado esos y no otros se debe a la originalidad de los planteamientos teóricos y jurídicos que introdujo en sede parlamentaria. Impropios de aquel tiempo, pero también de la actualidad.

Esto llama especialmente la atención porque Alzaga procedía de la escuela del Derecho Político. Desde la defensa de su tesis doctoral en 1972 sobre los *Orígenes de la Democracia Cristiana en España* ocupó en diferentes Universidades distintos puestos como profesor de Derecho Político, hasta la obtención de su Cátedra en la Universidad de Oviedo desde 1977 hasta 1979, en la que tuvo la ocasión de coincidir con el gran Maestro de constitucionalistas Ignacio de Otto y Pardo. Fue justamente en ese tiempo cuando Alzaga adquiriría la condición de diputado, algún tiempo después de las primeras elecciones democráticas en 40 años, celebradas el 15 de junio de 1977 a la legislatura constituyente. En enero de 1978 el ya Catedrático de Derecho Político en Oviedo se convirtió en diputado después de que Landelino Lavilla, Ministro de Justicia, nombrara Fiscal General del Estado a quien le había precedido en las listas por Madrid.

Se convirtió, así, en el único Catedrático de Derecho Político que tuvo UCD en sus filas. Sin embargo, contrariamente a otros profesores de la misma disciplina

en las Cortes (Entre otros, Enrique Tierno Galván, Antonio López Pina, Luis Sánchez Agesta, Manuel Fraga Iribarne o Jordi Solé Tura), transitó muy rápidamente hacia los presupuestos del Derecho Constitucional que imponía la aprobación de nuestra Constitución. Sería en 1979 cuando obtendría la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Su dominio de los presupuestos del Derecho Constitucional se aprecia en dos clases de argumentos que utilizó frecuentemente en defensa de sus posiciones: a) la doctrina extranjera más autorizada vinculada no solo a la teoría del Estado, sino a la de la Constitución, y b) el derecho comparado, basado en un sólido conocimiento del derecho positivo constitucional y legislativo, también de la jurisprudencia de otros Estados.

La lectura de sus Discursos parlamentarios permite aventurar la perplejidad que debió de suscitar en la oposición que introdujera en las discusiones sobre el proyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 1981, el modelo kelseniano de una jurisdicción constitucional como legislador negativo, sin menoscabo del principio de división de poderes. En un momento, además, en el que se pugnaba por reforzar el papel del legislador democrático en el Estado constitucional. Pero también la teoría schmitiana del dualismo del rango de las normas constitucionales en los debates sobre la Ley orgánica de estados de alarma, excepción y sitio, también de 1981, para poder defender la suspensión de derechos fundamentales y de las facultades ordinarias de los poderes del Estado en aras de la protección de un núcleo constitucional.

Pero a estos argumentos vinculados a la teoría del Estado y de la Constitución, desligados de exclusivos planteamientos del derecho político, se unieron otros, como se ha apuntado, vinculados a

las fuentes del derecho comparado. Ello fue seguramente inevitable en aquellos momentos en los que no se había desarrollado aún en España una verdadera ciencia del derecho constitucional. Era necesario apoyarse, para poder construirla, en regulaciones y planteamientos de terceros Estados, como hicieron también los trabajos académicos que se publicaron durante los primeros años que tuvieron como propósito el estudio de nuestra Constitución. Eso Alzaga lo hizo en sus Discursos Parlamentarios con gran solvencia.

En ese contexto de construcción de nuestra disciplina científica, quizás lo que más llame la atención de sus Discursos es que en ellos fue ya capaz de anticipar una teoría de la interpretación constitucional a partir de los propios presupuestos normativos de la Constitución Española. Quizás entonces al alcance de pocos, solo hace falta recurrir a su intervención en defensa de la Ley Reguladora de los Centros Educativos de 1980 (pp. 147 ss.) para constatar cómo planteó una interpretación sistemática de los derechos fundamentales en liza. Una estructura normativa que le ayudó a justificar que la libertad de cátedra debía de encontrar su límite en el respeto al ideario educativo de los centros educativos de titularidad privada. La STC 5/1981 acabaría avalando su interpretación.

## II. EL ROL DE ALZAGA COMO CONSTRUCTOR DE CONSENSOS

### 1. Las bases del consenso y la ruptura de las dos Españas

Como ha quedado dicho, uno de los principales roles que Alzaga desempeñó en sus Discursos parlamentarios fue el de constructor de consensos. Este rol fue especialmente perceptible en sus discursos

pronunciados, sobre todo, durante la legislatura constituyente (1977-1979). Nuestro legislador recaló en el Congreso de los Diputados a principios de 1978, cuando la Ponencia ya había depositado ante la Comisión Constitucional el anteproyecto de Constitución. Fue a partir de ese momento cuando ejerció su labor constituyente, plenamente imbuido por el espíritu de consenso que se había instaurado entre los agentes políticos.

Sin embargo, ya había evidenciado, un año antes, la necesidad de crear una Constitución que rompiera la idea de las dos Españas y que fuera capaz de ejercer una función integradora frente la pluralidad de opciones políticas surgidas en democracia. Así se refleja en la conferencia que pronunció el 20 de enero de 1977 en el Club Siglo XIX ante más de mil personas, a la que asistió el Vicepresidente Alfonso Osorio y tres de los ministros del gobierno. Dieciséis días después de que apareciera publicada en el BOE la Ley 1/1977, para para la Reforma Política, elogió la gran habilidad de Suárez por haber conseguido encauzar el tránsito hacia la democracia a través de una reforma pactada de las Leyes Fundamentales del Reino entre los franquistas y la oposición democrática.

Afirmaría que «El camino que más o menos intuitivamente, ha elegido el Gobierno a poco que se paren mientes, parece más afortunado. Entiendo que trata de aunar, de un lado, la legitimidad de las Leyes Fundamentales vigentes, válida para un sector de la población, a cuyo fin se ha respetado escrupulosamente el procedimiento de reforma previsto en el artículo 10 de la Ley de Sucesión, y de otro se suma la legitimidad democrática que emana de unas Cortes, auténticamente constituyentes, elegidas por sufragio universal en elecciones, que confiamos sean realmente libres y competitivas» (p. 19).

No ignoraba con estas palabras los peligros que podría suponer para la convivencia una ruptura frontal con el franquismo, cuyos principios seguía siendo reconocidos aún por una no escasa parte de los individuos. Haberlo hecho así hubiera implicado revivir la idea de las dos Españas surgidas durante la Guerra Civil. Pero, como buen académico, entendió que no era suficiente que el pacto quedara relegado a la elaboración de la Ley que implicaba políticamente el acta de defunción del franquismo. Sabía de la necesidad de preservar ese pacto en el tiempo y que eso solo podría ser posible a través de un sistema jurídico de garantías que posibilitara el principio de seguridad mutua. Algo que un jurista sabe que solo lo aportan los procedimientos.

«Es decir, el principio que pregona que un tránsito de estas características es más factible si se garantiza no ya el acceso al proceso decisorio estatal por parte de la oposición, hasta ahora marginada, sino la confortabilidad en la nueva situación de quienes venían monopolizando el poder. El principio de seguridad mutua, para que resulte operativo, exige el montaje de un sistema de garantías y, en nuestro caso, no parece difícil descubrir la póliza de seguro de vida parlamentaria que se expide en beneficio de la oposición, en un Congreso de Diputados elegido por representación proporcional; mientras que la póliza de que a su vez es destinataria la vieja clase política del sistema tiene forma de Senado elegido con arreglo a un sistema electoral mayoritario. Un sano eclecticismo» (p. 20).

Es probable que ese sistema de garantías creado por la Ley para la Reforma Política y el resultado de las elecciones democráticas que se celebraron el 15 de junio de 1977 pudiera haber bastado para poder dotar de legitimación a las decisiones adoptadas por la mayoría parlamentaria victoriosa en los comicios favorable a la

democracia. Era posible que la vieja legitimidad franquista hubiera aceptado que su derrota electoral le hubiera privado del suficiente protagonismo como para poder tener influencia en la elaboración del texto constitucional. Sin embargo, con gran inteligencia, Alzaga, siguió promoviendo el espíritu del pacto entre las fuerzas políticas en la elaboración de la Constitución, lo que se aprecia especialmente en la elaboración de los preceptos constitucionales relativos a la monarquía parlamentaria y a la denominada cuestión religiosa.

## 2. La monarquía parlamentaria

En una de las primeras ocasiones en las que nuestro legislador operó como constructor de consensos fue en el diseño de la jefatura del Estado prevista en el art. 1,3 CE (p. 33 y ss.). Propuso algo que, en un principio, podría considerarse difícilmente factible: que dentro del Partido Socialista, netamente republicano, se abriera un debate interno destinado, en último extremo, a aceptar la monarquía como jefatura del Estado. Trató, en primer lugar, de poner en tela de juicio que la República pudiera ser entonces un elemento de cohesión de la sociedad: «transcurrido el tiempo y en la realidad en que nos movemos, podemos en verdad, afirmar que hoy día la República no es posible, porque no serviría de encuentro, de plataforma de convivencia de todos los españoles» (p. 35).

Justificó que ese elemento integrador podría desempeñarlo mejor la monarquía, presentando como elemento de convicción la indisoluble relación existente por entonces entre monarquía y democracia. La democracia que hacía posible la elaboración de una Constitución, como trataba de demostrar nuestro Profesor, encontraba su legitimación en la figura del Rey: «No es posible plantearse la forma política que

hoy interesa a España desconociendo la coyuntura por la que atraviesa el país. La democracia no sería posible sin la Monarquía y hoy es un hecho incontestable que la Monarquía tampoco sería posible sin la Democracia» (p. 34 y s.).

Era probable que hubiera logrado convencer, amparado en el contexto histórico del momento, que el fundamento de legitimación de la democracia se encontraba en la monarquía, deshaciendo una premisa que parecía ser naturalmente más asumible: la ligazón entre democracia y república. Sin embargo, debió seguramente reparar en que sus esfuerzos por demostrar, en aquel momento histórico, la validez del binomio monarquía-democracia no era suficiente para que el Partido Socialista aceptara las tesis monárquicas para la configuración de la fórmula política del Estado en el art. 1,3 CE. Ello requería algo más. Fue ahí cuando nuestro jurista recurrió a su formación jurídica presentando algo que podría ser asumible por aquel partido.

Decidió plantear el modelo de monarquía republicana categorizado por el gran teórico del Estado Georg Jellinek (sin alusión en su discurso), del que Alzaga era, sin duda, conocedor. Una jefatura del Estado sin interferencia en el poder político: «El rey no está entre los poderes políticos, sino sobre los poderes políticos, en fórmula difícilmente perfeccionable. Ello le permite una imparcialidad en virtud de la cual la nave del Estado está en manos de pilotos que son políticos, que marcan el rumbo, sin que la Corona intervenga en la sustitución de esos pilotos o en el rumbo que en cada momento le dan. Ello, además, es posible mediante el hecho de que, en las Democracias coronadas, más que poder, lo que viene a haber en la jefatura del Estado es influencia» (p. 34).

Resulta evidente que Alzaga tenía en mente en su intervención parlamentaria la

teoría del «poder neutro» de Benjamin Constant—no hay tampoco referencia a este autor en su discurso—por la que había transitado inevitablemente en su condición, entonces, de Catedrático de Derecho Político. Al amparo de estas tesis se entienden las palabras de Alzaga de que «Según el viejo dicho, el rey aconseja, anima y advierte» (p. 34). Era evidente que había conseguido presentar en su discurso un modelo de jefatura del Estado sostenido sobre la relación entre monarquía y democracia, pero, por el contrario, alejaba a aquélla del poder político efectivo, cesión ésta que podía satisfacer al Partido Socialista en la aceptación de la propuesta de redacción del art. 1,3 de la Constitución. Un punto intermedio entre dos visiones opuestas.

### 3. La cuestión religiosa

Un punto intermedio entre dos visiones opuestas fue también defendido en la redacción del art. 15 del proyecto de Constitución. Como sucedió con su intervención parlamentaria en defensa de la monarquía, articuló su discurso tratando de demostrar la improcedencia de la tesis defendida en la II República por el partido socialista: «La afirmación, entre otras auténticamente poco afortunadas, de que España había dejado de ser católica, que se pronuncia en esta célebre sesión... es desafortunada porque no hay nada más desafortunado que venir a molestar, a herir los sentimientos de un sector importante de la población» (p. 43).

Sin embargo, en aras del consenso, renunció a la imposición de las tesis favorables a la confesionalidad del Estado, aun reconociendo que «UCD es un partido que recoge un amplio espectro de votos católicos... Pues bien, desde esta óptica, hemos de afirmar que no vamos a defender, ni aquí ni en ningún momento, la confesionalidad del

Estado, ni pedir derechos para los católicos que no correspondan a los restantes españoles» (p. 43 y s.). «Nosotros lo que queremos... es saldar, mediante una fórmula afortunada, este largo pleito histórico, sin protecciones desafortunadas para la Iglesia, sin ningún tipo de confesionalidad, pero también sin laicismos militantes que en momentos difíciles puedan degenerar en persecuciones aparatosas» (p. 72).

A pesar de esta fórmula intermedia propuesta entre la confesionalidad y el laicismo favorable a la aconfesionalidad del Estado, justificó la necesidad de introducir la necesidad de fórmulas de cooperación expresamente con la Iglesia Católica. «¿Por qué, además, pensamos que es oportuna la referencia, la mención, bien sea de pasada a la Iglesia Católica en este párrafo? Porque creemos que es materia que afecta a los sentimientos más respetables de muchos españoles. A lo mejor esos españoles hoy somos minoría, no lo sé, pero aun siendo minoría, nuestros sentimientos son especialísimamente respetables. A esa sensibilidad también tiene que atender el legislador constituyente...» p. 45). Como había afirmado nuestro Catedrático de Derecho Político en aquella conferencia pronunciada en el Club Siglo XIX, «un sano eclecticismo».

## III. EL ROL DE ALZAGA COMO ACADÉMICO Y COMO JURISTA

### 1. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Sin ser, desde luego, incompatible con su rol como constructor de consensos que desarrolló sobre todo durante la legislatura constituyente, su papel se transforma cuando de lo que se trató fue de aprobar las leyes de desarrollo de la Constitución a lo largo de la primera legislatura. Es

aquí cuando resulta especialmente perceptible su rol como académico, poniendo su sólida formación jurídica al servicio de la defensa de una determinada concepción de los órganos y de los derechos fundamentales que el diseño abierto de la Constitución permitía. Sus Discursos impartidos al amparo de este rol lo muestran cómodo, en un ámbito que le era más propio.

Eso se aprecia especialmente en su intervención en defensa de la necesidad de introducir un recurso previo de inconstitucionalidad frente los Estatutos de Autonomía en la redacción de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 1981. Como se apuntó con anterioridad, resulta inevitable que aquella intervención llame la atención del lector tantos años después, teniendo en cuenta que sus posteriores desarrollos académicos se caracterizaron, entre otras premisas, por una firme defensa de la posición del legislador en el Estado democrático. Pero, quizás justamente por ello, se encargó de explicar en 2019, en la Presentación de su libro, los motivos de tan vehemente defensa de tal mecanismo llamado a controlar preventivamente la labor del Parlamento.

En efecto, a pesar de haber reconocido su destacada intervención en la elaboración de los Estatutos de Autonomía catalán y vasco, desveló cómo «desde el vértice del Gobierno se nos cortocircuitó para aceptar soluciones tan inconstitucionales como el considerar competencias exclusivas de estas comunidades autónomas ciertas materias definidas en el artículo 149.1 de la Constitución como competencias exclusivas del Estado, lo que las convirtió en compartidas» (p. 14). De todos modos, a pesar de que quizás el recurso previo de inconstitucionalidad no fue tampoco entonces, cuando pronunció aquellos discursos, del todo coherente con las concepciones académicas de Alzaga, su defensa revela un grado de solidez

tal, que la pertinencia de su introducción en la Ley Orgánica pudiera haber sido aceptada incluso por parte de sus más feroces críticos.

Articuló una defensa del mismo que se inició a partir de un primer argumento: la posición jerárquicamente infraordenada del legislador y de la rigidez del procedimiento de reforma constitucional que prohibía, naturalmente, a la ley proceder a su modificación: «nuestras Cortes son unas Cortes sometidas a derecho, porque nuestras Cortes no son, en sí mismas, constituyentes, no tienen reservada la facultad de, por vía de ley ordinaria, modificar los imperativos de nuestra Constitución, sino que la Constitución solamente es modificable... por los procedimientos especiales...» (p. 117 y s.).

Pero inevitablemente un académico como Alzaga era, en el fondo, conocedor de las debilidades de ese, su primer argumento. Sabía, por supuesto, que el legislador no se encontraba en menor medida sujeto a la Constitución en el caso de que se previera una intervención, por así decir, solo represiva del Tribunal Constitucional frente a una ley ya aprobada por el legislador. El derecho comparado, del que era conocedor, ofrecía ejemplos de ese modelo solo represivo que él trataba de rechazar. Sin embargo, sí se refirió en su discurso a los modelos que amparaban sus tesis: «En consecuencia, Señorías, nosotros prevemos un mecanismo, una competencia expresa del Tribunal Constitucional en este artículo 2, que podrá ser opinable, pero que está en la mejor y más moderna tradición del derecho comparado» (p. 121).

Es más, incluso los postulados de Hans Kelsen sobre la jurisdicción constitucional, que seguidamente abrazaría en su discurso parlamentario, lo desdecían. Éste, con suma habilidad, los omitió en su intervención parlamentaria. Fueron los planteamientos de aquel autor austriaco los que le sirvieron

a Alzaga, a modo de segundo argumento, para deshacer las reticencias que suscitaba en la oposición la posible injerencia del Tribunal Constitucional, órgano carente de legitimidad democrática, en la labor del legislador. Afirmó que ello «no encierra ninguno de los riesgos políticos que aquí se han insinuado» (p. 121).

Para desdejar las suspicacias de una presunta quiebra del principio de división de poderes defendió una tesis que debió generar un gran impacto en el debate parlamentario. Centró sus esfuerzos en lograr la aceptación del Tribunal Constitucional como un legislador más en el Estado democrático. Un legislador negativo. «Como decía Kelsen, quien puede anular una ley, en cierta medida asume funciones legislativas, porque tan importante es decretar una ley como derogarla» (p. 124). Fue aquí cuando volvió a recurrir a los más autorizados debates sobre la teoría de la jurisdicción constitucional, con el fin seguramente de atemperar el impacto que pudiera suscitar el reconocimiento de un nuevo legislador en el recientemente creado Estado democrático, parejo a aquel que se había pretendido encumbrar después del proceso de la transición política.

Apoyándose casi con toda seguridad en la clásica diferenciación entre el modelo de «argumentación política» y de «argumentación jurídica» de Martin Kriele—no existe alusión a éste en su discurso—trató de defender que el Tribunal Constitucional no intervenía como legislador negativo en el ámbito político del legislador, sino que interfería en el mismo con arreglo a parámetros jurídicos. Como diría, «estamos ante un órgano que va a intentar abordar en términos jurídicos facetas que tienen incluso su proyección en la esfera de lo político, porque el pueblo español quiere regir su convivencia con arreglo a la ley, que es la expresión de la voluntad popular» (p. 137).

## 2. La Ley Orgánica Reguladora de los Estados de alarma, excepción y sitio

Especial mención merece su intervención en el debate parlamentario sobre la tramitación de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los Estados de alarma, excepción y sitio. En particular, su argumentación para rebatir la enmienda que trató de introducir en el proyecto el Partido Nacionalista Vasco, en el sentido de exigir un trámite de audiencia previa al gobierno de una Comunidad Autónoma para declarar los Estados excepcionales. Sus esquemas argumentales se sostuvieron sobre una conocida premisa «soberano es quien puede declarar el Estado de excepción» (p. 169). Resulta evidente para cualquier académico que nuestro Profesor optó en su discurso parlamentario por recurrir a las construcciones del destacado teórico del Estado y de la Constitución, Carl Schmitt.

En este punto, hay algo que llama la atención. Contrariamente a la explícita alusión que hizo a Hans Kelsen para avalar sus posiciones sobre la jurisdicción constitucional, Alzaga decidió omitir cualquier referencia a Schmitt: «Pero en el estado de excepción nos encontramos con la célebre afirmación que todos conocemos de un clásico del Derecho Político que dijo en frase celeberrima: «soberano es quien puede declarar el estado de excepción» (p. 169). Es probable que hubiera optado por tal decisión, inteligentemente, al percibir la elevada carga semántica que hubiera podido tener dicho autor en un debate parlamentario destinado a definir una concepción de los Estados excepcionales en el art. 116 CE que debían de realizarse, de manera inequívoca, en los contornos del principio democrático.

Sin embargo, la lectura de su discurso parlamentario permite evidenciar que la alusión a la premisa sobre la que se construía la teoría de Carl Schmitt: soberano es

quien puede declarar el estado de excepción, no tuvo solo una finalidad retórica. Su intervención permite constatar que supo percibir con elevado grado de rigor metodológico y científico los presupuestos y las consecuencias que se derivaban de dicha teoría. Eso resultaba algo impropio de un simple Catedrático de Derecho Político. Evidenciaba ya un manifiesto dominio de los esquemas de pensamiento vinculados al Derecho Constitucional. La premisa «soberano es quien puede declarar el estado de excepción» le sirvió para justificar teóricamente el art. 116 CE en el principio de eficacia del ordenamiento.

En efecto, el art. 116 CE constituía para él el instrumento último para salvaguardar la existencia misma de la Constitución y del Estado: «...en un Estado de excepción estamos en presencia de una situación verdaderamente límite, verdaderamente extraordinaria, en que están amenazados bienes sustanciales de la comunidad y, en consecuencia, el mismo imperio del Derecho. Dicho en otros términos, puede estar en juego la permanencia misma del sistema democrático» (p. 179). En ello basó su rechazo al trámite de audiencia previa al presidente de una comunidad autónoma para la declaración de los Estados excepcionales. Pero, además, de la premisa «soberano es quien decide sobre el Estado de excepción», materializada en el razonamiento de Alzaga, desde un punto de vista teórico-jurídico, en el principio de eficacia del ordenamiento, derivó dos consecuencias, orgánicas y funcionales.

En lo que se refiere a las primeras, trató de justificar que el órgano llamado a intervenir principalmente en el Estado de excepción debía de ser el gobierno del Estado, en tanto sujeto políticamente homogéneo y expeditivo. Al respecto, afirma «Seamos serios, me dice el señor Vizcaya. Eso es lo que estamos intentando ser; ser absolutamente consecuentes con el espíritu

del art. 116 de la Constitución; que se le impute la responsabilidad de afrontar las situaciones límites exclusivamente al Gobierno de la Nación...» (p. 182). «El principio de concentración de poder, señor Vizcaya, difícilmente es compatible con el mantenimiento de la Junta de Seguridad, por ejemplo, a la que se hace referencia en su enmienda como órgano clave de coordinación de las fuerzas de policía autónoma con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, durante un Estado de excepción» (p. 179).

Pero, en segundo lugar, nuestro Legislador deriva del principio de eficacia del ordenamiento, en el que justifica teóricamente el art. 116 CE, importantes consecuencias en lo que se refiere a sus funciones. Como argumentó: «Si precisamente es algo un estado de excepción, es la necesidad de desprenderse del corsé del Derecho en ciertos aspectos a la hora de posibilitar una respuesta flexible de la colectividad, de los poderes públicos, en situaciones realmente anormales» (p. 174) «Y normalmente se admite que es una reasunción de poderes que, de alguna manera dimanen de la Nación soberana, y que vuelven a emerger a través del Gobierno y del Parlamento de la Nación en circunstancias en que el orden jurídico habitual puede verse desbordado por los hechos» (p. 169).

Estas expresiones reflejan a un Alzaga plenamente imbuido del pensamiento de Schmitt, que parte de la distinción de dos planos en el seno del Derecho Constitucional, uno conformado por las normas del texto constitucional y otro por una legitimidad material ajena al mismo. Las facultades del art. 116 CE, de acuerdo con su pensamiento, implicarían el directo ejercicio de los poderes de la Nación soberana, sin sometimiento a las normas del texto constitucional que, en situaciones ordinarias, materializan el ejercicio de la soberanía prevista en el art. 1,2 CE a través de

distintos órganos. Sin embargo, el razonamiento de nuestro Profesor suscita alguna cuestión. Casi 40 años después de aquellos discursos, al lector le asalta la duda de si asumía entonces verdaderamente aquella concepción del Estado y de la Constitución o si ello obedeció a encontrar argumentos adecuados, en aquel momento político, para desmontar las tesis de la oposición. Si este último fue su propósito, lo hizo con gran habilidad y con una sólida capacidad de convicción.

### 3. La Ley Orgánica Reguladora del Estatuto de Centros Escolares

Es seguramente en su intervención parlamentaria en el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Estatuto de los Centros Escolares, de 1980, donde más se aprecia su rol como jurista, labor a la que por entonces había dedicado más de 13 años como abogado. Es cierto que en este proyecto de ley se desliza también su rol como constructor de consensos, remitiéndose a alguno de los asuntos más vidriosos que habían presidido la elaboración de la Constitución, la conciliación entre el modelo de enseñanza pública y privada en el art. 27 CE: «si mi partido y mi grupo parlamentario tienen una gran razón de existir es el intento de superar la dualidad entre las dos Españas» (p. 148).

Su intervención parlamentaria no se centró en ofrecer principios vinculados a la teoría del Estado y de la Constitución para la interpretación de las normas constitucionales, tal como había sucedido con sus discursos relativos a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y a la de los Estados de alarma, excepción y sitio, que reflejaron a un Alzaga académico. Lo que destaca de su intervención en la Ley Orgánica Reguladora de Centros Escolares es haber ofrecido una sugerente técnica interpretativa de textos

normativos, que contribuyó a delimitar los derechos fundamentales que se proyectaban en la relación educativa. No por casualidad, el Tribunal Constitucional le daría la razón en la STC 5/1981 en lo que se refiere a su defensa de la tesis de que el ejercicio de la libertad de cátedra debía de respetar el ideario educativo de los centros de titularidad privada.

Quizás no sean aquí tan relevantes los argumentos vinculados al derecho comparado que vuelve a utilizar para la defensa de sus tesis: «Señorías, yo no intento inundar a esta Cámara con citas de derecho comparado, pero existen. La Ley vigente francesa, la llamada Debray de 31 de diciembre de 1959, establece que los profesores deberán respetar el carácter propio de cada centro, y la interpretación dada a ese precepto en Francia es paralela, es absolutamente coincidente con el respeto que se pide en el artículo 15 para el ideario en los Centros privados. Y, por último, voy a citar una sentencia dictada por la Corte Constitucional italiana el 29 de diciembre de 1972 ... en la que Tribunal rechazó el recurso del profesor separado y estableció en sus considerandos que la libertad científica en los establecimientos docentes privados se encuentra sometida a los límites necesarios para alcanzar los fines perseguidos por los mismos» (p. 154).

Lo más destacable fue su capacidad para delimitar los derechos a la libertad de cátedra del art. 20,1 c) y la libertad de enseñanza del art. 27,6 CE, varios años antes de que se publicaran relevantes trabajos académicos sobre la libertad de enseñanza<sup>3</sup>. Sin apenas material científico

<sup>3</sup> Entre ellos, el del administrativista A. Embid Irujo, *Las libertades en la enseñanza*, ed. Tecnos, 1982 y el del constitucionalista A. Fernández-Miranda Campoamor, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.

de referencia, Alzaga ya adelantó en 1980 una interpretación que sería pacíficamente asumida por el debate académico. Su tesis trató de demostrar la diferente delimitación entre la libertad de cátedra y el derecho a la educación que se desarrollaba en centros públicos (art. 27,5 CE) y la que tenía lugar en centros de titularidad privada, consecuencia del ejercicio de la libertad de enseñanza (art. 27,6 CE).

Ya fue consciente de que en la educación pública y privada, concurría una diferente naturaleza de normas constitucionales, que según su parecer de entonces «entran en colisión» (p. 152). Es cierto que con esta expresión venía a defender la tesis de una colisión entre normas constitucionales, y su consecuente resolución a partir de la teoría de la ponderación. Estas dos premisas podrían ser fácilmente argumentables desde la perspectiva de una división del objeto del derecho constitucional en dos planos, a partir de la que construyó su intervención ya analizada en la Ley Orgánica reguladora de los Estados de alarma, excepción y sitio. Sin embargo, vista la intervención en su contexto, Alzaga no defendía, en realidad, la técnica de la colisión y de la ponderación en el ámbito de las libertades educativas, sino que se abogaría por la de la delimitación de los derechos, vinculada a la identidad de rango de las normas constitucionales más propia del positivismo kelseniano, al que había recurrido en su discurso sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Que se inclinara por la técnica de la delimitación y no de la ponderación de los derechos fundamentales se aprecia en el esquema de normas constitucionales desde el que se construiría su solución. Mantuvo que «En los centros docentes públicos no hay el menor problema respecto de la libertad de cátedra». Todo lo más, la libertad de cátedra podría entrar en colisión con el derecho a la educación de los discentes: «No

hay al menos otro problema que el del nivel del alumnado, es decir dimanante de la edad de los alumnos. Porque el artículo 20.4 de la Constitución hay que tenerlo presente: Estas libertades...tienen su límite en (hay una enumeración de los límites), y al final se dice: *el derecho a la protección de la juventud y de la infancia*» (p. 150 y s.).

De ello venía a deducir, acertadamente, que la interdicción del adoctrinamiento era un límite que imponía el derecho a la educación del art. 27,1 CE a la libertad de cátedra. Por ello mantenía que «no en vano en la Universidad con adultos la libertad de cátedra es genuina, es prácticamente entera, es la auténtica y absoluta libertad de cátedra» (p. 151). Sin embargo, supo ver que el esquema de normas constitucionales que debían de ser manejadas por el jurista en el plano de la educación que se desarrollaba en centros privados era distinta. Había que introducir en el entramado de normas una que no estaba llamada a operar en la educación pública: el ideario educativo: «a ese profesor de centros públicos se le reconoce en este precepto su libertad docente sin especiales cortapisas, porque en el centro público en cuestión, como saben bien sus Señorías, según este proyecto de ley no existe ideario» (p. 151).

Seguramente hubiera sido desproporcionado exigirle que fuera capaz de aceptar entonces que en los centros públicos sí existía un ideario, como reconocería con posterioridad la STC 5/1981: el previsto en el art. 27,2 CE. Sin embargo, ya supo ver, de alguna manera, que el ideario reconocido por la libertad de enseñanza del art. 27,6 CE no hubiera tenido nada que ver materialmente con el del art. 27,2 CE. Pero tampoco formalmente. En efecto, alcanzó a percibir que el ideario de los centros docentes de titularidad privada integraba el contenido de un derecho fundamental. Eso es lo que le llevó a entender que este ideario educativo entraba dentro

del ámbito de la norma del art. 20,4 CE que reconoce que los derechos previstos en él, entre ellos, la libertad de cátedra, tenían el límite en los derechos reconocidos en el Título I. Y no así, siguiendo el iter discursivo de Alzaga, el ideario educativo de los centros públicos, que no tenía la consideración de derecho fundamental.

Afirmó acertadamente: «En suma, tenemos que no se puede usar de la libertad de cátedra contra el ideario medular de una institución privada de enseñanza, porque eso atenta a la libertad de enseñanza y, consiguientemente, es inconstitucional. Va contra el artículo 27 de la Constitución y va contra el artículo 20,4 de la Constitución» (p. 153). Pero, sin embargo, no apostó por el sacrificio de la libertad de cátedra, a lo que quizás le hubiera llevado el inadecuado empleo de la técnica de la ponderación. Llevó a cabo una adecuada delimitación de los derechos en liza, entendiendo que el ideario educativo no exigía una renuncia a la libertad de cátedra, sino una proporcional limitación: «Así es que hay ideario educativo propio del centro, y lo que pide el artículo 15 es que los enseñantes lo respeten, no que comulguen con él» (p. 152).

#### IV. CONCLUSIONES

Es probable que en 2019, cuando han aparecido publicados sus Discursos Parlamentarios (y otras disertaciones), haya sido posible apreciar retrospectivamente la verdadera entidad de la tarea de Óscar Alzaga como Legislador. Fue capaz de poner su sólida formación como académico y como jurista al servicio de la defensa de posiciones de partido que, hoy es posible saberlo, no definirían su pensamiento académico, pero que para él entraban dentro de lo tolerable. Para ello hubo de paliar con gran solvencia las deficiencias que, por entonces, tenía

nuestra disciplina, que no había desarrollado esquemas de pensamiento aplicables a una Constitución racional-normativa y abierta a distintos programas políticos. Y lo hizo, de un lado, importando para su interpretación las más relevantes teorías del Estado y de la Constitución que se habían desarrollado, sobre todo en Europa.

Unas teorías que no eran, en realidad, compatibles metodológicamente entre sí, dado que se apoyaban en distintos conceptos de Constitución, no siempre conciliables con el que se derivaba de la Constitución Española de 1978 recientemente aprobada, pero que supo compatibilizar adecuadamente. El seguimiento de su argumentación permite constatar que aquellas teorías no fueron importadas al debate parlamentario con una finalidad solo retórica, sino que reflejaron un muy detenido conocimiento de las mismas y los presupuestos sobre los que se construían. Por otro lado, sus discursos parlamentarios evidenciaron también un solvente conocimiento del derecho comparado, que le sirvió para avalar sus posiciones.

Nuestro Legislador no solo comenzó a construir las bases científicas de nuestra disciplina en sus Discursos parlamentarios a partir de teorías y soluciones manejadas en otros ordenamientos. Ello hubiera sido ya una propuesta metodológica muy aceptable, y en la que se basaron los primeros trabajos científicos sobre la Constitución Española. Alzaga supo desarrollar una interpretación del texto constitucional desde sus propios presupuestos, presentando soluciones que posteriormente serían avaladas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por los posteriores estudios académicos. Ello refleja que los discursos de Alzaga fueron avanzados a su tiempo.

40 años después de pronunciados aquellos discursos es inevitable que al lector le suscite la duda de si hubo en el Parlamento de entonces la capacidad suficiente

para poder comprender en toda su extensión los planteamientos académicos de Alzaga y para poder rebartirlos. Lo único cierto es que comenzó a construir ya en sus Discursos Parlamentarios las bases científicas de nuestra disciplina que posteriormente hubo de plasmar a lo largo de su

dilatada carrera académica, que nunca interrumpió durante su estancia en el Parlamento.

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Oviedo*

VOLKMANN, Uwe: *Elementos de una teoría de la constitución alemana*, Marcial Pons, 2019 (Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez).

## PROBLEMAS Y ARGUMENTOS ESENCIALES DEL LIBRO

El autor de este libro pertenece por derecho propio al grupo de constitucionalistas que actualmente lidera el escenario académico en Alemania. Publicado en su lengua vernácula cuando Volkmann tenía 53 años, sin ser un libro generacional, sí refleja un modo de hacer dominante. Lleva razón Ignacio Gutiérrez, traductor de la obra, cuando en su excelente epílogo señala la línea de continuidad entre este libro y los *Grundzüge* de Hesse, pero, sin duda, el contexto histórico y académico en el que aparecen es bien distinto. Mientras que el libro de Hesse fue una alternativa al asfixiante dominio del pensamiento *schmittiano*, que ahogaba la plena interiorización del principio democrático en la doctrina, el de Volkmann surge cuando la globalización y el postmodernismo dificultan las explicaciones con vocación de generalidad. De hecho, la controversia clásica entre Derecho del Estado o Derecho Constitucional, formulada a la par que se reconstruía el Derecho Público alemán, tiene en el libro de Volkmann solo un leve eco, fruto más que nada de la respetuosa mirada del autor, que quiere dar a su obra un tono de continuidad antes que de ruptura.

Así las cosas, el texto prescinde de las antiguas dicotomías y directamente pone en el centro de su estudio la Teoría de la Constitución, eso sí, referida siempre a la República Federal de Alemania. Inevitablemente, el primer paso consiste en determinar en qué consiste esa Teoría. El autor comienza con un tanteo por exclusión, clarificando que no puede ser ni una mera exposición del derecho positivo ni una obra destinada a la resolución de casos concretos.

Según él, la Teoría de la Constitución intenta hacer explícita esa comprensión implícita que tenemos de la norma suprema y que utilizamos cuando operamos con ella. Se trata de una labor descriptiva y analítica porque ha de reconstruir la praxis, lo cual a su vez tiene consecuencias sobre la interpretación que damos al derecho positivo. Pero a la vez, se pregunta sobre los fundamentos de legitimidad del orden constitucional. Afirma finalmente en la página 29: «el sentido de este libro consiste en proponer una lectura de la Constitución que luego pueda ser discutida: sea rechazando la descripción subyacente como falsa, deformada o engañosa, y mostrando entonces que no se corresponde con la realidad y que esta es muy distinta; sea reconociendo la descripción como correcta en su conjunto, pero objetando que la práctica resultante es perjudicial por unos u otros motivos, implica la abdicación de la ciencia jurídica o supone otro tipo de desventura. Pero justamente para esto es siempre preciso saber primero de qué estamos hablando en realidad».

Una vez comprendido el propósito de la obra, a mi juicio el Capítulo III —«La pretensión de la Constitución»— se revela como el más importante, a partir del cual puede armarse el sentido del resto del libro. En principio, la mayoría de las pretensiones (rechaza el concepto de función) es bien conocida y recupera doctrinas clásicas. Así, la Constitución se presenta como fundamento de la comunidad política que a través de ella toma conciencia de sí misma; es también estrato normativo básico de convivencia en cuanto que establece criterios no solo para el Estado, sino también para la sociedad; de ahí que sea un mecanismo para procesar el cambio social; y, sin duda, continúa siendo instrumento de gobierno. Pero considero

que la pretensión más importante, la que va a vertebrar el conjunto de problemas que aborda el libro, es la de «ordenación política de la justicia». Según Volkman, «[...] la Constitución, como tal y por sí misma, asume en su seno y expresa las convicciones fundamentales de orden y de justicia de su tiempo, generando sentido y orden». Legítima el orden que establece y orienta las ideas de los ciudadanos sobre lo que debe considerarse razonable y justo. Con sus contenidos centrales —dignidad humana, derechos fundamentales, democracia, Estado de derecho y Estado social—, la Constitución «contiene también los elementos fundamentales de toda concepción filosófica moderna de la justicia». En definitiva, la Constitución «está comprometida con la idea de lo justo» y «se coloca en sustancia, en el lugar del Derecho natural y racional de la Edad moderna» (todas las citas de la página 65).

Este punto de partida condiciona otros capítulos fundamentales: la estructura normativa, la sustancia de la Constitución, su normatividad y el proceso aplicativo. Antes, sin embargo, el libro cumple con lo que parece una exigencia inevitable en cualquier Teoría de la Constitución, a saber, ofrecer un concepto de la norma suprema. La de Volkman es interesante porque al intentar una definición por relación con otros factores, el resultado es plural. De este modo, atendiendo a su estructura normativa, trabaja con los pares conceptuales de fáctica/jurídica, formal/material, limitadora/programática. Pero cuando mira a su relación con la realidad sociopolítica, distingue entre Constituciones que legitiman o simplemente limitan, abiertas o cerradas. De igual manera que la relación con la moral y la ética, permite distinguir entre Constituciones técnicas o ético-jurídicas. Y el contexto de aplicación separa entre Constitución estatal o supraestatal.

«Las normas de la Constitución» se estudian en el Capítulo IV. Parte de una

premisa crucial para el resto del libro, relativa al concepto de norma: «Tampoco es la norma, por lo demás, idéntica al texto normativo exteriorizado. Se trata más bien, tal y como se va divulgando progresivamente con la perspectiva de la lingüística más reciente, de lo que en una praxis social y lingüística se hace, a partir de dicho texto, en su aplicación a los supuestos de hecho reales» (p. 105). Aquí radica una idea central: la norma, también la norma constitucional, es una praxis social. Pero es una praxis social ligada a la idea de lo justo. Esto explica que el autor presente un estudio escalonado o por círculos concéntricos de las normas, que sin desmerecer su naturaleza constitucional, sí da cuenta de una importancia diversa.

En el primer círculo se encontrarían las decisiones fundamentales, no susceptibles de derivarse de otras. Con todo, despeja inmediatamente cualquier parentesco con la clásica tesis de Schmitt, pues tales decisiones fundamentales no serían previas y superiores a la Ley constitucional, sino que se han de hallar expresamente en el texto de la Constitución. Las normas que recogen esas decisiones fundamentales operan como «conceptos compuerta» a través de los cuales alcanzan trascendencia ideas ordenadoras de carácter jurídico-político o ético-jurídico (p. 111). El segundo círculo estaría formado por un complejo de normas constitucionales directivas que vinculan la política a determinados fines. Y el tercero se referiría a las instituciones que aseguran el procedimiento para el desarrollo de los dos primeros círculos.

Volkman propone que se usen «modelos» para trabajar con las normas constitucionales, en especial las que recogen las decisiones fundamentales. Los modelos «son concepciones normativamente consolidadas de los conceptos fundamentales y los principios de la Constitución, situadas en el trasfondo, que se vinculan a convicciones de

justicia e idoneidad intuitivas o más meditadas, y que, dependiendo de su contenido, generan específicos efectos orientadores en la aplicación del Derecho» (p. 113). El modelo se construye primero en referencia al texto, que normalmente solo ofrece el concepto. Luego viene un momento en el que se tiende un puente hacia la moral y la ética, incorporando en la aplicación del derecho las convicciones en torno al orden y la justicia propias de esa época. Y finalmente surge un instante empírico-sociológico que se apoya en las estructuras objetivas que se encuentran en la realidad (pp. 112 y 113)

Ahora bien, ¿qué contenidos componen ese primer círculo de las decisiones fundamentales, expresión de la idea de justicia? A esta cuestión se dedica el Capítulo VII, «La sustancia de la Constitución» y en él se tratan los temas canónicos: derechos fundamentales, democracia y Estado social de derecho, a los que une el orden de competencias y funciones (con referencia especial al federalismo) y la apertura al exterior. Lo más llamativo es que cada uno de los temas comienza con un análisis de su «fundamento moral», en consonancia con la posición que ha tomado sobre la «ordenación política de la justicia» como pretensión clave de la Constitución. Y en todos los casos —salvo en el orden de competencias—, es el reconocimiento como libres e iguales el fundamento moral de la institución, idea que se sintetiza en la dignidad humana.

Una cuestión central en toda teoría constitucional es la aplicación, que en este libro se analiza en el Capítulo V. El punto de partida es típico, distinguiendo una primera fase de determinación de las disposiciones constitucionales relevantes, que conduce a la conformación de la norma y termina con la norma de decisión correspondiente para el supuesto en cuestión. El giro clave surge cuando afirma que «[...] no es la elección de un método de interpretación el que conduce progresivamente a una

determinada visión de la Constitución, sino que, al contrario, la visión de la Constitución que se coloca como fundamento es la que prejuzga la elección del método de interpretación» (p. 152). Así las cosas, en tanto que el autor ha señalado que la Constitución es orden político de la justicia, no tiene dificultad alguna en admitir que el proceso aplicativo se enriquece con argumentaciones propias de la teoría moral (proporcionalidad o ponderación). Y también se trata de una interpretación con elementos políticos, sea porque se usan categorías de teoría política, porque se está atento a la realidad o porque se introducen valoraciones de conveniencia u oportunidad.

En consonancia con su concepción de la norma como praxis lingüística que se define a partir de modelos y de la pretensión de la Constitución como ordenación política de la justicia, el autor afirma que «[l]a aplicación de la Constitución se presenta así, en conjunto, como una praxis social de comunicaciones recíprocamente referidas, en la que ha de quedar visible el alcance para el caso concreto de las ideas de ordenación que se imputan a la Constitución. En cuanto tal, no puede recibir estabilidad y estructura desde el exterior [...] Al contrario, y como toda praxis social, recibe estabilidad y estructura de sí misma [...]» (p. 169). Y el modo de recibir esa estabilidad desde dentro es a partir de la creación de criterios de racionalización originados en el seno de la praxis, algo que para el autor solo es posible a través de un ejercicio de sinceridad metodológica que exponga con claridad sus presupuestos.

Como bien señala Volkmann, la peculiaridad de la aplicación de la Constitución reside no solo en sus temas, sino también en los actores que la practican. A partir de ahí realiza primero una reflexión sobre el Tribunal Constitucional, destacando que se ha ido «autoapoderando» a través de un primer cuerpo de sentencias que extendió la

Constitución a lo largo de la vida política y social, pero también en virtud del estatus especial que el Tribunal reclamó para sí desde el principio, diferenciándose del resto de la jurisdicción. El Tribunal se sitúa hoy antes como un constructor del Derecho Constitucional, que como un defensor de la Constitución, y su autoridad se funda en el reconocimiento, que le otorgan el resto de actores. Por lo demás, el Tribunal no está solo como constructor del Derecho Constitucional. Las instituciones políticas (Volkmann utiliza a secas el término política), el poder judicial, la ciencia, la sociedad y los actores europeos concurren también a la construcción de la Constitución. El problema, que queda perfectamente esbozado en el libro para cada uno de los actores, consiste en delimitar su espacio propio en referencia esencialmente al Tribunal Constitucional.

En el Capítulo VIII el libro ofrece una reflexión sobre la normatividad de la Constitución que a mi juicio es la parte más original y en la que vuelca los elementos que ha ido elaborando a la largo del texto. Comienza con una declaración de principios: «Sin duda, el flanco que deja abierto una Constitución, tan permeable en su sustancia, a las convicciones sociales es el de su normatividad» (p. 309). A continuación pasa a señalar algunos malentendidos. El primero se refiere al objeto, que no puede ser solo el texto «cuando la Constitución es concebida como proceso, tal y como aquí se hace; concretamente, como suma y resultado de las comunicaciones mantenidas acerca de ella» (309). En definitiva, la normatividad se refiere a lo que hacemos con el texto. Se manifiesta así un segundo malentendido que consistiría en concebir la normatividad de la Constitución como algo dado desde arriba, mientras que más bien la normatividad es el resultado de una praxis social y lingüística, «incluso esa misma praxis» (p. 310). Y, por último, advierte sobre la necesidad de abandonar un concepto de normatividad ligado a la

resolución de conflictos jurídicos. Se hace necesaria una idea más amplia, que dé cuenta de las pretensiones morales y políticas que contiene la Constitución.

Pero, ¿cómo se genera la normatividad de la Constitución, concebida como praxis social? Para dar respuesta a este interrogante clave, Volkmann parte del concepto de Hesse «voluntad de Constitución» para afirmar que «la normatividad se debe a una construcción paradójica y en sí misma precaria; se construye y puede ser reconstruida, todo lo más, a partir de una imputación circular de vinculatoriedad, que se conforma en una praxis compartida y duradera como consecuencia del tal reconocimiento, reforzándose a sí misma» (p. 311). Esta premisa le permite al autor abandonar la doctrina del poder constituyente como instrumento explicativo de la normatividad de la Constitución. Ahora bien, si la normatividad se debe solo al reconocimiento de una praxis, entonces se ha de indagar sobre la estructura más favorable a ese reconocimiento, y quizá aquí es donde quedan demasiados cabos sueltos con referencias genéricas al estilo sencillo del texto, la vinculación del texto al patrimonio simbólico de la sociedad, etc.

Tal y como había anunciado al plantear los malentendidos en torno al normatividad de la Constitución, esta no es simplemente sinónimo de justiciabilidad en el entendido de que ninguna norma de derecho ordinario puede contradecir la Constitución. «El efecto central de la Constitución, que ha llegado a destacar por encima de todos los demás, se sitúa hoy en el ámbito de la transmisión de contenidos ideales y morales, concretamente al transportar una determinada idea sobre la forma y el fin del Estado, sobre la acción correcta del Estado y sobre la convivencia política en él» (p. 332). La cuestión esencial consiste entonces en saber cómo se producen esos efectos, para lo que el autor repasa algunas teorías clásicas, como la teoría de integración de Smend o el

Derecho Constitucional como ciencia de la cultura de Häberle. Sin embargo, opta por atribuir a la normatividad de la Constitución un efecto de irradiación sobre el derecho ordinario, al que da una programación sustantiva (p. 340).

La normatividad puede llegar a su fin, como se explica en el Capítulo IX, que lleva por título «¿El final de la Constitución?». Existe primero la posibilidad de «terminación por discontinuidad» en la medida que las bases constitucionales son sustituidas por otras. La dificultad estaría en saber cuándo se produce esa ruptura: ¿basta con un cambio de texto o se hace preciso modificar las decisiones fundamentales? En segundo lugar cabría una «terminación por liquidación» que se produce cuando la realidad socio-política se ha separado totalmente de la Constitución, que carece de eficacia. Y finalmente estaría la «terminación por sustitución», referida al específico caso de Alemania, en el que como es sabido el artículo 146 preveía que una vez unificado el territorio, la Ley Fundamental sería sustituida por una Constitución dada por el pueblo alemán.

## RAZONES PARA LEER EL LIBRO

Toda traducción necesita una justificación. ¿Por qué los editores han asumido el riesgo de escoger un texto entre muchos y acometer el siempre proceloso esfuerzo de verterlo al español? En este caso, creo que la respuesta pasa a su vez por aclarar otros tres interrogantes.

### ¿Por qué leer una Teoría de la Constitución?

Coincido con el profesor Ignacio Gutiérrez cuando en su epílogo señala que no existen en España obras con una vocación

similar a la de Volkman (p. 370). Este dato indica el hecho de que nuestra academia cree más fructífero acercarse a los problemas a través de las monografías referidas a cuestiones concretas, manuales o ensayos de corte histórico. Pero lógicamente la elección de estos géneros no significa que se carezca de teoría. Sin duda, en nuestra doctrina está presente la necesidad de trabajar con conceptos que ayudan a analizar la realidad constitucional. Lo impone en parte la propia Constitución, que usa sin reparo categorías que encajan en el glosario típico de una Teoría de la Constitución. Sin olvidar, por otro lado, el peso cada vez mayor de los análisis pragmáticos, que al modo de hacer anglosajón, prefieren centrarse en la casuística jurisprudencial, encaminados a distinguir las reglas que se van formando evolutivamente.

El valor de escribir una teoría general reside en el esfuerzo de explicitar las categorías esenciales que orientan en la aplicación de un texto constitucional. A diferencia de otro tipo de géneros, por ejemplo los manuales o los comentarios, desde un primer momento se esclarecen los términos de partida, sin que el lector se vea obligado a leer entre líneas en busca de una teoría. No obstante, toda Teoría de la Constitución debe también explicar cuál es el método usado en la composición de conceptos. Entiendo que en el caso de Volkman el camino parte de un análisis de la praxis constitucional; pero a menudo se utilizan otros, durante mucho tiempo el análisis histórico, y hoy día principalmente el derecho comparado. En definitiva, toda teoría general goza de interés porque sin prescindir del texto constitucional, se despega de él lo suficiente para hacer patente las posibilidades de lectura que ofrece y, por tanto, forzando a una toma de conciencia sobre la naturaleza pluralista de la labor académica.

### ¿Por qué leer una teoría general referida a la Constitución alemana?

No me parece que sea suficiente para dar respuesta a esta cuestión apelar a la impronta germánica en nuestro texto constitucional, que justifica sin duda el recurso a la doctrina alemana con la intención de conocer algunos desarrollos concretos. Este dato se queda corto precisamente porque el contexto de precomprensiones de la Ley Fundamental y de la Constitución de 1978 es distinto. Ignacio Gutiérrez lo afirma con más intensidad: «En cualquier caso, la traducción de un libro que despliega ampliamente la teoría de la Constitución alemana, sus supuestos y sus implicaciones, debería dejar de una vez por todas en evidencia su inadecuación objetiva a la actual situación española» (p. 371). El libro tendría entonces una función ejemplar en tanto que «deja en primer plano el reto de construir una teoría propia que, siguiendo precisamente la orientación que él propone, descubra y describa el verdadero significado del Derecho constitucional hoy vigente en España. Que no puede ser el mismo que el alemán, del mismo modo que difiere del italiano o del francés, del británico o del norteamericano, porque las instituciones y las culturas jurídicas, aunque comparten muchas ideas elementales y algunos principios básicos, son distintas, como lo son las sociedades y los Estados, su historia y sus concretas perspectivas de futuro» (p. 371).

Si tomamos al pie de la letra los argumentos de Ignacio Gutiérrez, la lectura de las obras de teoría general escritas en otros países, pasarían a engrosar un género propio dentro del derecho comparado, de suerte que tendría la utilidad cognitiva de analizar lo distinto para comprender bien lo propio. Sin embargo, siendo ciertas las cautelas del epílogo, creo que toda Teoría de la Constitución tiene una vocación de generalidad que la hace exportable fuera

de su contexto (como hay textos que sin vocación de componer una obra de teoría general, precisamente por el modo en el que la usan, se convierten en trabajos de referencia más allá de sus fronteras, por ejemplo, los *Grundzüge* de Hesse). Quien escribe una Teoría de la Constitución está conceptualizando al Estado constitucional, y aunque este adopte en su desarrollo múltiples variantes, existe una impronta básica que necesariamente hace comprensible una Teoría de la Constitución de un país extranjero.

### ¿Por qué leer la teoría general de Volkman?

No creo que el pensamiento constitucional de la doctrina española quede reducido a una comprensión normativista de la Constitución. Pero sí es cierto que las distintas corrientes parten ineludiblemente de esta premisa y que en más de una ocasión en ella termina el estudio del Derecho Constitucional, que queda estrechamente ligado a la aplicación que de la norma suprema hacen los tribunales, en especial el Constitucional. El libro de Volkman sirve para ofrecer una perspectiva distinta, puesto que sin abandonar el hito de la normatividad, la toma más bien como un *a priori* necesario, pero subraya que apenas nos explica el sentido de una Constitución. La Constitución es esencialmente «ordenación política de la justicia», es decir, un texto y una praxis que ambicionan una idea de justicia. Esta concepción, como he intentado explicar en la recensión, tiene consecuencias inmediatas sobre el concepto de norma y su proceso aplicativo. Y permite abrir una reflexión sobre la propia dimensión valorativa de la Constitución de 1978 —tan cargada de conceptos de valor—. Sirva como ejemplo la que ofrece Ignacio Gutiérrez cuando declara que

«[...] la Constitución [se refiere a la española] apenas incorpora ya una tensión valorativa adicional sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto; se limita a consolidarlo como unidad sistemática, sin aportarle orientación ante los retos de futuro, sin ofrecerle tampoco respaldo» (p. 377). Afirmación que le sirve al profesor Gutiérrez para distinguir los elementos que necesariamente habrían de componer una Teoría constitucional patria: revisar la utilidad de la teoría del poder constituyente; denunciar la confusión entre Constitución y política constitucional; y la pasividad ante el proceso de integración europea.

Creo que el libro de Volkmann también merece una lectura por su decidida comprensión de la Constitución como praxis social. La Constitución es lo que hacemos con ella. Sin duda, esta afirmación implica en primera instancia una

ampliación del objeto propio del Derecho Constitucional. Esta conclusión está más que asentada en nuestra doctrina, pero considero que no hemos extraído las conclusiones sobre la normatividad que presenta Volkmann, que van más allá del típico lugar central que en este punto casi por inercia atribuimos al Tribunal Constitucional. Por lo demás, el autor abre la paleta de actores que participan en la aplicación de la Constitución, lo cual invita a ampliar los campos de estudio de nuestra disciplina, que podría estirarse analizando cómo hace Derecho Constitucional, no ya el legislador y el poder judicial, sino la administración, la ciudadanía o la propia academia.

MIGUEL AZPITARTE SANCHEZ  
*Profesor titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Granada*

GARCÍA ROCA, JAVIER: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2019.

Este libro puede ser considerado como un corolario al trabajo que el profesor Javier García Roca viene desarrollando en el estudio del sistema europeo de garantía de los derechos humanos. Como el autor relata en el prefacio de esta obra, un grupo más o menos estable de profesores e investigadores de diferentes disciplinas jurídicas, de diferentes generaciones y grados académicos y de diversas latitudes, vienen investigando de forma sistemática la naturaleza, funcionamiento e impacto del sistema europeo. Tuve la oportunidad de incorporarme en dicho grupo en 2003, momento en que era liderado por los profesores Javier García Roca y Pablo Santolaya. El equipo de investigación se centraba entonces en el estudio de los derechos y libertades del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de sus protocolos adicionales. Aquel primer proyecto culminó con la publicación de un libro fruto del trabajo de tres años de análisis, debate y aprendizaje conjunto. Este método ha sido aplicado —sin concesiones— en todos los proyectos sucesivos que García Roca ha dirigido sobre la materia y en las respectivas publicaciones, en las que han quedado plasmadas las construcciones y conclusiones generadas en el grupo, siempre después de una labor de edición por parte de los directores que aseguraba la conversión de los trabajos de investigación en capítulos de libro. Esta forma de ejecutar los proyectos de investigación ha permitido hacer un seguimiento detallado, en los temas y en profundidad, de cada una de las materias tratadas. Así, desde aquel primer libro sobre el CEDH, *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos* (2005) —del que ya van 3 ediciones y una versión adaptada en

inglés, *Europe of rights: a compendium on the European Convention of Human Rights* (2012)— los proyectos se han ido adentrando, por este orden, en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos* (2012), editado por García Roca junto con Pablo Santolaya, Pablo A. Fernández y Raúl Canosa; y el último, también colectivo, *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (2017), editado por Javier García Roca y Encarna Carmona Cuenca.

Javier García Roca, pues, cuenta con un bagaje privilegiado de conocimiento respecto del sistema europeo y del interamericano que hacen que el libro *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos* deba convertirse en referencia en este campo de estudio. En él se plasma una idea compartida por algunos de los que dedicamos nuestra investigación al estudio del sistema europeo y de la labor del Tribunal de Estrasburgo: el Convenio Europeo queda hoy lejos de aquel convenio de mínimos que se aprobó en Roma en 1950 y que fue ratificado por diez Estados con el fin de «tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal {de Derechos Humanos de 1948}». El Convenio Europeo y su desarrollo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han propiciado, como expresa García Roca, «un sólido espacio convencional europeo de decisión y garantía colectiva de los derechos». Superada con creces, pues, su definición como «mero» tratado internacional de protección subsidiaria de los derechos humanos en Europa, y haberse convertido en una pieza clave del orden público europeo,

¿cabe afirmar que dicho texto se ha transformado en una suerte de Constitución paneuropea en materia de derechos y libertades? A darnos pistas sobre la respuesta se dedica J. García Roca en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

Lo cierto, como señala gráficamente el autor, es que el Convenio siempre ha convivido con su doble naturaleza de «cuerpo de tratado internacional» pero «alma de constitución». Y seguramente es esta doble naturaleza la que ha permitido una transformación de la significación, alcance e impacto del sistema europeo de garantía. Para mostrarnos tal evolución, el autor construye su tesis recorriendo a través de siete capítulos los principales hitos en la evolución del sistema europeo de tutela y mostrando sus principales consecuencias. Así, tras exponer «los orígenes y la expansión de la jurisdicción europea», se adentra en el paso «de una protección internacional a un instrumento constitucional del orden público europeo»; posteriormente, se hace hincapié en la conversión del sistema que parte «del filtro de la Comisión al acceso individual y directo de las víctimas y la adopción de medidas cautelares vinculantes»; se pone de manifiesto «el crecimiento constante de los derechos protegidos y algunos derechos sociales»; se destaca el cambio de paradigma respecto del alcance e impacto de las decisiones europeas que supone pasar «de las sentencias declarativas al restablecimiento íntegro del derecho: medidas de reparación del papel del comité de ministros al seguimiento judicial de la ejecución»; y, como conclusión, se explica como todo ello supone «el fortalecimiento del sistema». Me permitirán que no me ciña a una presentación por capítulos de esta obra, sino que destaque los que considero elementos transversales de su construcción.

En línea con el propio objeto del libro, su estructura rompe con el encorsetamiento

clásico con el que durante muchos años se ha tendido a explicar el sistema europeo: un catálogo de derechos humanos que incorpora un sistema de garantía internacional. El libro permite percibir como el CEDH solo puede ser entendido hoy como un *corpus iuris* compuesto por unas normas convencionales que han sido nutridas, desarrolladas y actualizadas por la jurisprudencia del TEDH. Aunque en Europa, como en América Latina, existen Estados que se resisten a la autoridad de estos sistemas y la labor garante de sus jurisdicciones, no cabe negar la realidad de que los 47 Estados del Consejo de Europa y la propia Unión Europea cuentan hoy con un parámetro común de referencia en materia de derechos construido a lo largo de más de 60 años de jurisprudencia que ha acompañado la consolidación democrática de todo un continente... y más allá.

Como sucede con el Convenio, el Tribunal de Estrasburgo poco tiene que ver tampoco con aquel Tribunal internacional que se reunía unas cuantas veces al año y al que solo podían acceder los Estados parte. Con el protocolo n.º 11 al CEDH, el TEDH se convertía en la única jurisdicción internacional de tutela de derechos y libertades a la que Estados y particulares accedían en igualdad de condiciones, para velar por el cumplimiento de las obligaciones convencionales, a través de un procedimiento judicial público, contradictorio y con igualdad de armas. De hecho, en un trabajo que espero vea pronto la luz, en tesis coincidente con la que expresa Javier García Roca en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, contrapongo los elementos definitorios del Tribunal de 1961 con los que materialmente hoy definen el desempeño jurisdiccional del Tribunal de 2020. Así, respecto de su naturaleza, durante décadas se ha dado por descontado que Estrasburgo respondía a la naturaleza de un tribunal internacional; sin embargo,

son cada vez más las voces que dentro (por ejemplo, el recientemente fallecido Presidente L. Wildhaber,) y fuera de esta jurisdicción (la profesora Besson, entre otras) admiten que el Tribunal está cada vez más cerca de ser una verdadera jurisdicción constitucional de derechos humanos. Igualmente, recordemos que fue concebida como una jurisdicción que debía proveer exclusivamente tutela subjetiva, individual, a los demandantes; no obstante, el estudio de la jurisprudencia de TEDH cada vez da más muestras de la objetivización de su función (como ejemplo paradigmático, las sentencias piloto). El mismo proceso ha experimentado el tipo de control para el que fue creado, eminentemente concreto, ya que no es extraño observar como también se llevan a cabo juicios en abstracto de los ordenamientos internos. La definición de la naturaleza de sus sentencias como meramente declarativas es cosa ya del pasado, en tanto que el contenido de su fallo y las medidas que de él se derivan superan con creces aquella naturaleza. Sin duda, una de las grandes transformaciones es el de identificar como obligación primera de toda sentencia en la que queda comprobada la violación del CEDH, la reparación integral de la víctima que incluye, además, lejos de una reparación meramente individual, la adopción de medidas generales con efectividad *pro futuro*, por cuyo cumplimiento vela el Comité de Ministros.

Ahora bien, si la transformación es evidente, más dudas presenta que aquella transformación sea de tipo constitucional. Y es que como certeramente refleja Javier García, la doble naturaleza de forma internacional y materia constitucional que subyace al sistema sigue patente y sin acabar de decantarse. Más allá de algunos elementos ya mencionados, Javier García aporta otros ejemplos de esta naturaleza constitucional del sistema: el procedimiento de consulta introducido por el Protocolo

n.º 16 que, pese a sus limitaciones, puede contribuir a constitucionalizar la jurisdicción europea; el procedimiento de sentencias piloto ya mencionado; o los propios criterios de interpretación utilizados por Estrasburgo que «tenden a parecerse a los que maneja un tribunal constitucional con la excepción del margen de apreciación nacional». Este último principio es, sin duda, uno de los grandes escollos jurídicos con los que topa el sistema para constitucionalizarse plenamente.

En esta línea, García Roca retoma uno de los temas al que ha dedicado parte de sus investigaciones: el margen de apreciación nacional como elemento deudor de la naturaleza internacional y subsidiaria del CEDH y de la labor del TEDH. El margen de apreciación como principio de autolimitación de la actividad de tutela del Tribunal que le permite «mantener una diplomática deferencia» con las decisiones adoptadas por los Estados. Como se decía, es un escollo jurídico, pero que viene reforzado por el posicionamiento político de diferentes Estados que no quieren ceder más de lo estrictamente necesario en la protección de los derechos y, a la postre, del control de sus sistemas democráticos, y que se encargan de recordar siempre que tiene ocasión a la jurisdicción europea que se trata de un sistema de tutela subsidiario (recientemente, en la Declaración de Copenhague, aunque de una forma más sutil de lo que algunos Gobiernos habrían querido). En este contexto, García Roca introduce la discusión existente en torno al «procedimiento razonable de decisión», un criterio interpretativo relativamente novedoso que parece responder a las críticas y desaires de algunos Estados frente a un excesivo activismo del Tribunal. García define este criterio como «un test de revisión judicial que fusiona el proceso de aprobación de la norma, el grado de participación y deliberación en la toma de la

decisión, con su sustancia». En algunos supuestos facilita la labor decisoria del Tribunal, pero puede generar una desprotección material de los derechos, que ya ha sido también puesta de manifiesto por algunos jueces del Tribunal y por algunos académicos, en España, Saiz Arnaiz y el propio Gracia Roca en su libro.

En este contexto, un dilema clásico, advierte García Roca, es «cuándo el TEDH debe integrar a los europeos, armonizar u homogeneizar los derechos y sus garantías y cuándo debe respetar un cierto pluralismo territorial y una diversidad en las soluciones». Para solventar esta duda el autor propone utilizar «un principio de integración o de unidad funcional», que considera consecuente con una de las finalidades del CEDH que es «alcanzar una unión más estrecha de los Estados miembros, una Europa de los derechos, armonizando ciertos derechos básicos de las personas y de las formaciones sociales en que se integran».

Para entender la transformación experimentada por el sistema europeo que plantea el libro es indispensable volver sobre el llamado diálogo judicial. Sobre este tema hemos discutido largo y tendido en los seminarios del grupo de investigación. Rafael Bustos, miembro del grupo, hizo un esfuerzo hace ya algunos años para delimitar el contenido y el alcance de esta expresión, y así evitar utilizarlo como cajón de sastre en el que depositar cualquier referencia, implícita o explícita, entre jurisdicciones. Sin embargo, como el propio García Roca admite, en un contexto de pluralismo constitucional como el que se produce en Europa, muy especialmente en relación con los derechos y libertades, la definición de Bustos puede ser modulada (debe serlo en ocasiones), sobre todo en notas como la naturaleza obligatoria de la comunicación.

El diálogo es esencial cuando hablamos de cumplimiento y efectividad de las

sentencias del Tribunal de Estrasburgo, aspectos a los que Javier García dedica los dos últimos capítulos de su obra. Más allá de la ejecutividad en sus propios términos que genera una sentencia del Tribunal, se deriva también un efecto de cosa interpretada vinculante que contribuye decididamente a la creación del espacio común europeo de los derechos y libertades. Y para ello es imprescindible que las jurisdicciones domésticas, de forma relevante las constitucionales, acepten y compatibilicen su jurisprudencia a los estándares sentados —no siempre de forma clara— por el TEDH. La relación entre tribunales internos y Tribunal de Estrasburgo no viene determinada por el principio de jerarquía, sino, más bien, por una relación de colaboración, no siempre fácil, entre sistemas de garantía. No existe, así, un tribunal último que ponga el punto y final a las posibles controversias jurídicas que se plantean. Como señala el Prof. García «el diálogo supone una estructura de trabajo judicial en red que no viene ordenada conforme a la jerarquía». Se adoptan decisiones en el ámbito interno que pueden ser, en un momento dado, refrendadas o rechazadas por Estrasburgo; no obstante, con el paso del tiempo o el cambio del contexto, las mismas decisiones pueden obtener una nueva fundamentación y, por tanto, ser estudiadas desde diferentes perspectivas por el Tribunal Europeo quien, a su vez, en diálogo con los tribunales domésticos, recoge los cambios y los nuevos argumentos y readapta su doctrina a las nuevas necesidades jurídicas y realidades socio-políticas.

En relación con el hilo argumental del libro, la cosa interpretada de las sentencias del TEDH se asemeja bastante a la efectividad de las sentencias constitucionales, en tanto, que la cosa interpretada genera una eficacia general, abstracta y *erga omnes*; así, a través de su eficacia interpretativa, las sentencias vinculan a todos los poderes

públicos de todos los Estados parte del CEDH porque, como explica García Roca, «*la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en el entendimiento de los derechos fundamentales, y la estabilidad de las relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral, cuya compleja unidad y coherencia interna deben mantenerse, así lo exigen*». En definitiva, los órganos judiciales nacionales deben acomodar su doctrina al canon europeo, al *acquis conventionnel*, como parte de un diálogo continuado, dinámico entre tribunales que se produce a través del efecto de cosa interpretada que emana de las sentencias europeas. Es esta la forma a través de la que se produce el proceso de integración que, según García Roca, explica el espacio común europeo de los derechos humanos.

En definitiva, en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos* de Javier García Roca encontrarán, como he tratado de destacar, la

explicación de cómo el sistema europeo de garantía, sin prescindir de su cuerpo de tratado internacional, se va acercando cada vez más a su alma constitucional. De cuál ha sido el papel fundamental del Tribunal Europeo, que ha ido ganando protagonismo, reforzando su *auctoritas* y favoreciendo mutaciones convencionales que, más allá de las reformas de los textos que se hayan producido favorecen que el «Convenio se ha[ya] consolidado como un instrumento constitucional al servicio de la integración europea a través de derechos que propicia el Consejo de Europa, —a la búsqueda de una unión más estrecha de los Estados miembros—, y no sólo como una típica protección internacional».

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

*Profesora agregada  
de Derecho Constitucional  
Universidad de Barcelona  
Letrada del Tribunal Constitucional*

REY MARTÍNEZ, Fernando: *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Aranzadi, 2019.

Hay obras que recopilan y presentan con claridad expositiva el saber jurídico acumulado sobre una materia con la intención de divulgarla más allá de los especialistas del ramo. Hay otras obras que, sin embargo, buscan profundizar doctrinalmente sobre una determinada cuestión: analizan críticamente lo que hasta ese momento se había dado por cierto e innovan categorías para que los operadores jurídicos y expertos en la materia evolucionen en sus puntos de vista sobre un determinado asunto. La monografía que se procede a recensionar es una síntesis entre la obra divulgativa y la obra de investigación que innova y hace avanzar. De ahí su extraordinaria importancia. Estamos ante un libro imprescindible para cualquier persona que quiera acercarse por primera vez al mundo del Derecho antidiscriminatorio. Pero también para los que llevamos ya muchos años dedicándonos a su estudio.

Un libro de estas características solo lo podría haber escrito, en España, Fernando Rey Martínez. Hay autores que dedican su vida, académica, profesional e incluso personal, al estudio de una parte de su asignatura, que afrontan desde todos los ángulos imaginables. Con el tiempo, algunos de ellos consiguen convertirse en el referente intelectual de todo un campo del saber. Esto es lo que le ha ocurrido al profesor Rey Martínez con el Derecho antidiscriminatorio. Como él mismo explica en su entrañable prefacio, ha llovido ya mucho desde aquel 1995 en el que publicó su innovador ensayo sobre el derecho a la no discriminación por razón de sexo, y durante todo este tiempo, no ha parado de publicar sobre el artículo 14 de la Constitución Española y sus posibles desarrollos jurisprudenciales y legales. Y no solo eso: ha dedicado también parte de su vida no

académica a la defensa de la igualdad y la no discriminación, desde organismos gubernamentales y no gubernamentales, o simplemente desde su condición de ciudadano.

De esta pasión seguramente surge este libro, porque Rey Martínez no entiende cómo algo tan importante para nuestra democracia sigue siendo a su vez tan desconocido, no ya para la ciudadanía en general, sino para los propios operadores jurídicos. De ahí el esfuerzo de sistematización del Derecho antidiscriminatorio que, como él mismo señala, es la verdadera finalidad de su obra. Compilar y sistematizar en un único texto lo que hasta la fecha se había estudiado y desarrollado en diferentes ramas, a veces sin relación entre sí. Elaborar una especie de manual al que todos podamos acudir cuando se nos plantee alguna duda jurídica en torno al Derecho antidiscriminatorio. No es poca cosa. Un precepto como el art. 14 CE, que todavía no cuenta con una ley integral de desarrollo, dispone en España a partir de ahora de un texto que lo explica en todas sus variantes y potencialidades. Es una novedad editorial muy importante.

Y, sin embargo, debemos disipar un equívoco que podría deducirse de lo dicho hasta ahora. Si alguien presume que estamos ante una obra que se limita a recopilar y sistematizar, no tiene más que adentrarse en el análisis que el autor realiza sobre cada una de las categorías que ha «sistematizado» para percatarse de que aquí hay mucho más que eso, que no estamos ante una descripción divulgativa y ordenada de lo que ya sabemos, sino ante reflexiones innovadoras, documentadas en innumerables resoluciones jurisprudenciales de nuestro país y de Derecho Comparado, sugerentes, diferentes, modernizadoras. Ideas luminosas

que exponen con sencillez y una lógica abrumadora lo que ha permanecido demasiado tiempo entre tinieblas.

El capítulo introductorio de la Parte General, titulado *Del concepto clásico de igualdad al nuevo Derecho antidiscriminatorio*, es un buen ejemplo de ello. A simple vista, siguiendo su índice, parece un resumen, bastante sintético, de los conceptos básicos del derecho a la igualdad: igualdad formal, igualdad real o de oportunidades, igualdad en la ley, igualdad en la aplicación de la ley, repercusión del principio de igualdad en las relaciones entre particulares, discriminación por indiferenciación, relación de la igualdad con la dignidad, discriminación como antisubordinación, distinción entre el derecho a la igualdad y a la no discriminación. De lo que se trataría, parece ser, es de exponer de manera sucinta y clarificadora conceptos a menudo escasamente definidos por nuestra jurisprudencia y legislación, con el hilo conductor de la transición desde el concepto clásico de la igualdad, basado en la cláusula general de igualdad y en el lábil, débil e impreciso parámetro de la razonabilidad de la diferencia de trato, hacia el Derecho antidiscriminatorio, enfocado en la defensa de ciertos grupos sociales y que aplica a las medidas y normas contrarias a estos colectivos el juicio mucho más estricto de la proporcionalidad. Pero si uno ya conoce lo que se ha publicado sobre todo lo que aquí se expone, descubre que no estamos ante una mera síntesis de lo ya sabido, sino ante continuas innovaciones interpretativas, la mayoría de ellas absolutamente pertinentes y atinadas, muchas de ellas procedentes de la literatura internacional sobre la materia, sobre todo anglosajona, que el autor maneja con mucho conocimiento y acierto.

Pero no es la doctrina la base principal en la que el autor se encarga de fundamentar sus opiniones. En este capítulo ya se adelanta una forma argumentativa que

se va a utilizar en el conjunto de la monografía, y que los que hayan leído otros textos de Fernando Rey reconocerán de inmediato: la continua utilización de casos reales, extraídos de la rica jurisprudencia que abunda sobre la materia, como apoyatura sobre la que basar las ideas que se quieren trasladar. Casos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; casos del Tribunal Supremo, o de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, como el del Alarde de Irún; casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y de otros muchos tribunales constitucionales de otros países. El libro es un continuo comentario de supuestos de hecho resueltos en sede jurisdiccional, que explican y perfilan las categorías teóricas.

La Parte General se completa con un segundo capítulo dedicado al *Sentido y alcance del Derecho antidiscriminatorio*. La prohibición de discriminación se identifica con la igualdad de trato y, en consecuencia, con las reglas de la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas. A partir de ahí, se define la discriminación directa a partir de lo establecido en el Manual de legislación europea contra la discriminación de 2018 (la utilización de estos manuales europeos es otra constante del libro) como la que sufre una persona que es tratada de manera menos favorable de lo que ha sido o vaya a ser tratada otra persona en situación comparable a causa de un rasgo protegido. Como el autor apunta, la cuestión de cuándo existe un verdadero término de comparación apropiado (la situación comparable) es harto sensible porque requiere un juicio de valor. Algunas cortes constitucionales han hecho más que otras por intentar «objetivar» cuándo estamos ante un supuesto de hecho similar al impugnado y es

pertinente plantearse si el trato desigual supone una discriminación.

Después de definir el acoso discriminatorio y las instrucciones para discriminar, la obra acomete una de sus partes más innovadoras e interesantes, la del discurso del odio (o discriminador) como acoso discriminatorio. El autor distingue entre discurso del odio (que él identifica mejor como discurso discriminador) y los crímenes de odio, que son la especie más reprochable, pero no la única del discurso discriminador, como a veces parece hacerse entender. A lo que no es crimen de odio pero sí discurso de odio el autor plantea la necesidad de aplicarle el Derecho administrativo sancionador. Y, sobre todo, apunta algunos parámetros extraídos de textos internacionales para determinar cuándo estamos ante un discurso molesto o desabrido, pero legítimo desde un punto de vista constitucional, y cuándo ante un discurso discriminador, que es una variante del acoso discriminatorio, y por tanto, tiene que estar dirigido contra los grupos sociales objeto de protección por el Derecho antidiscriminatorio. De ahí la visión crítica sobre la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional que extiende indebidamente el concepto de discurso del odio al ámbito ideológico para convalidar la constitucionalidad de la sanción penal de determinados mensajes contra la monarquía o las víctimas del terrorismo. Fernando Rey deja claro que se podrá discutir sobre si estos límites a la libertad de expresión están o no fundamentados, pero desde luego no basándonos en que se tratan de variantes del discurso del odio, porque no lo son.

El origen estadounidense de la discriminación indirecta y de las acciones positivas se comenta con profusión de sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos que, sin duda, ha sido la que ha perfilado estas figuras jurídicas que luego se han

extendido por todo el mundo. Especial atención le merecen al autor las que denomina discriminaciones positivas o inversas, esto es, las cuotas para acceder a bienes sociales o materiales basadas en el género, la raza o la discapacidad. En este último caso, se combina un repaso exhaustivo de las resoluciones de la Corte Suprema americana con otro no menos detallado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en esta materia ha sido especialmente activo, mucho más que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tras repasar algunos tipos de discriminación en estado embrionario todavía en España, como las discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación, la obra acomete un asunto a mi parecer tan interesante como novedoso: el análisis de la segregación como una discriminación institucional y sistémica. Digo novedoso porque, aunque ya son conocidos los efectos de *Plessy vs Ferguson* en los Estados Unidos, la obra nos abre a contemplar otro tipo de segregación escolar existente de manera más inadvertida en España (por origen nacional, etnia o discapacidad) como potencialmente discriminatoria. Pasamos después al estudio de las discriminaciones múltiples, sobre el que se desarrolla un subepígrafe dedicado al uso del *hijab* en establecimientos públicos educativos. Esta es una constante de esta obra: aspectos, como este último, que se habrían abordado hasta ahora desde perspectivas completamente diferentes (concretamente el del uso del velo desde el enfoque de la libertad religiosa y la laicidad) se afrontan aquí con el novedoso instrumento de la utilización de las categorías del Derecho antidiscriminatorio. Siguiendo este esquema, después de un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se llega a la conclusión de que para prohibir el uso del *hijab* se debe superar juicio estricto (lo que se identifica por el autor, otra novedad,

con el juicio de proporcionalidad), al ser una discriminación múltiple (contra las mujeres musulmanas), juicio estricto que según el autor no supera esta prohibición, pues el perjuicio para estas mujeres, generalmente la expulsión del colegio, es desproporcionado respecto a las hipotéticas ventajas de no permitir el uso del velo.

No hay un verdadero derecho fundamental si este no tiene auténticas garantías. La Parte General divide las garantías del Derecho antidiscriminatorio en garantías procesales, como la inversión de la carga de la prueba, y garantías institucionales. En este último aspecto, la obra se detiene especialmente en el análisis de los distintos órganos estatales de defensa de la igualdad que han surgido a raíz del mandato de las directivas comunitarias a lo largo y ancho de toda Europa, clasificándolos entre los que desempeñan un *rol* defensivo de asistencia a las víctimas y los que adquieren un *rol* más proactivo, enfocados a la prevención de discriminaciones futuras; entre los que se centran solo en algún rasgo discriminatorio, como el étnico, y los que abarcan el conjunto de discriminaciones; entre los que tienen un *status* que garantiza su independencia respecto al Poder Ejecutivo y los que no tienen este nivel de autonomía; entre los que pueden imponer sanciones a los que incumplan el Derecho antidiscriminatorio y los que no pueden adoptar decisiones vinculantes. La triste conclusión de este repaso es que España se sitúa a la cola en todos los indicadores. Nuestro órgano de defensa contra la discriminación es un «trampantojo institucional»: para solucionar esta carencia, que es grave, el autor propone añadir un órgano específico que se ocupara de estos asuntos dentro de la defensoría del pueblo, siguiendo el modelo francés.

La Parte General concluye con una pregunta muy pertinente cuando hablamos

de Derecho antidiscriminatorio. Si la diferencia entre que se aplique juicio de razonabilidad o un astringente juicio estricto (o de proporcionalidad) estriba en que la medida que se enjuicia utilice o no un rasgo protegido o especialmente prohibido, es fundamental para el Derecho antidiscriminatorio definir los rasgos que dan lugar a esta especial protección. Sobre todo, para evitar lo que se conoce como pendiente resbaladiza, esto es, una expansión sin límites de estos rasgos que supusiera una pérdida en intensidad de la tutela. El artículo 14 CE menciona expresamente cinco rasgos: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión. Pero a ellos debemos añadir unos cuantos más que, según el TC, se han incorporado a la lista a través de la cláusula residual del art. 14 CE *in fine* «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»: la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, la enfermedad. Los textos internacionales añaden algunos otros, como el origen nacional. Estos son los rasgos sospechosos. De todos ellos, la obra, en su Parte Especial, se va a centrar en los que componen el núcleo duro del Derecho antidiscriminatorio: el género, la raza/etnia, la orientación sexual e identidad de género, la discapacidad, la religión y las convicciones, la edad y el origen nacional.

El autor comienza su Parte Especial (en la que se analiza el principio de no discriminación de manera individualizada en función de cada uno de los rasgos) con la que es sin duda la parte del Derecho antidiscriminatorio más desarrollada en España y en Europa: la del principio de no discriminación por razón de género. Y lo hace repasando la Historia del feminismo en España —especialmente interesante resulta el análisis del voto femenino en la Segunda República— para acabar concluyendo que el cambio cualitativo en la igualdad entre hombres y

mujeres se produce de la mano del PSOE en los años ochenta, que crea una dinámica a la que todos los partidos se acabaron incorporando, siendo la agenda de género hoy en día una de las más activas desde el punto de vista político.

Pero que la agenda de género esté presente en la vida política no quiere decir que se haya alcanzado la igualdad real. Esto solo se conseguirá cuando las mujeres entren de verdad en el espacio extradoméstico, lo que a su vez solo se producirá cuando los hombres entremos de lleno en el espacio doméstico. Y, según Fernando Rey, las políticas de conciliación que la facilitan a costa de fragilizar la carrera profesional de las mujeres no han hecho otra cosa que apuntalar la desigualdad. Si las mujeres siguen ocupándose en exclusiva del espacio de lo privado, y además deben ocupar también el espacio público, siempre competirán en desventaja y nunca será posible una auténtica igualdad material.

Otro aspecto que el autor destaca del Derecho antidiscriminatorio por razón de género es el de la necesaria reforma de la Constitución para suprimir la preferencia masculina en el acceso a la Corona. La documentada introducción histórica del epígrafe dedicado a este asunto es un buen ejemplo de que estamos ante un libro que va más allá del enfoque jurídico para adentrarse en otros campos, lo que enriquece la lectura y la hace más atractiva.

Como es inevitable en esta materia, se hace un repaso de la jurisprudencia constitucional más relevante, en materias como discriminación por embarazo, discriminación indirecta por razón de género o distinción entre acciones positivas y acciones protectoras. Especialmente interesante resulta el comentario sobre la STC 111/2018, en la que el TC convalida la constitucionalidad de la diferencia entre los permisos de maternidad y paternidad, en el que Fernando Rey se posiciona con los votos discrepantes

en contra de la constitucionalidad de dicha distinción, por fragilizar el estatuto laboral de las trabajadoras al favorecer que determinadas medidas de conciliación se apliquen en exclusiva a las mujeres.

Dos aspectos —las cuotas electorales por género y la educación diferenciada por sexos— ocupan un lugar destacado. En cuanto a las primeras, el autor reconoce la dificultad que estas suponen para los juristas, al haber sido educados en el concepto de representación de toda la Nación, no de grupos en concreto. Pero estamos en una época en la que la democracia no solo es de ciudadanos individuales, sino de grupos. Por eso, frente a las reticencias iniciales —léase del Consejo Constitucional francés o del Tribunal Constitucional italiano— se ha abierto paso un reconocimiento generalizado de la utilidad de las cuotas políticas de género. Fernando Rey también apoya su constitucionalidad, pero con un enfoque novedoso. Según él, no estamos ante acciones positivas, sino ante medidas de garantía frente a la discriminación indirecta o de impacto en el ámbito de la representación política. Esta discriminación indirecta se sitúa en la *praxis* de la selección de candidatos en los partidos políticos que, aunque en apariencia neutral, favorece sistemáticamente a los varones, guiada por el estereotipo tradicional que prejuzga que las decisiones políticas son cosa de hombres. Las cuotas serían una garantía eficaz frente a este tipo de discriminación. Estamos de nuevo ante una innovación doctrinal de gran brillantez. Posicionado como se posiciona, el autor critica duramente la STC 12/2008 que convalidó la constitucionalidad de las cuotas, no por el fallo, con el que coincide, sino por el marco teórico que utiliza, que no es convincente, al no partir de las categorías del Derecho antidiscriminatorio. En todo caso, como advierte el autor, el problema no se soluciona solo con cuotas, sino con otro

aspecto mucho más estructural: los varones pueden desarrollar su vida política al mismo tiempo que su vida familiar, pero la mayoría de las mujeres no. Por tanto, junto a las cuotas, se debería trazar una verdadera estrategia de conciliación en el ámbito político, si de verdad se quiere que las mujeres se incorporen a la representación política en igualdad de condiciones.

La polémica en torno a la educación diferenciada por sexos también tiene un apartado específico en este capítulo dedicado a la no discriminación entre hombres y mujeres. Es sabido que este tema ha sido resuelto recientemente por el TC en sus SSTC 31/2018 y 74/2018, a favor de la constitucionalidad de la posibilidad de segregar por sexos en la escuela e incluso en contra de la constitucionalidad de prohibir en el futuro financiar este tipo de escuelas con dinero público. Fernando Rey no se limita a describir la situación, toma partido en contra del criterio del TC. Según él, el TC no ha analizado este sistema como lo que es, una limitación a la prohibición de discriminación sexual, sino como una manifestación de la libertad de enseñanza. Si hubiera hecho lo primero, no le habría resultado posible convalidar la constitucionalidad de la financiación pública de este tipo de enseñanza, pues la separación de niños y niñas es en sí misma una brecha de inclusión. Volvemos, por tanto, a una constante de toda la obra: es el desuso, por desconocimiento o por interés, de los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio la causa de muchas situaciones que devienen en la consolidación de estructuras contrarias a la igualdad de trato.

Se acomete también una de las polémicas constitucionales más relevantes en el ámbito de la no discriminación por razón de género, la de la agravada sanción penal del maltrato cuando este se produce en un contexto de violencia de género. El autor es crítico con la STC 59/2008, que convalidó

la constitucionalidad de esta diferencia en la sanción penal. Según él, la única forma de convalidar la constitucionalidad de la diferencia de trato es que la conducta del maltrato del hombre sobre la mujer sea cualitativamente diferente por ser una manifestación de la violencia machista, pero el legislador no ha optado por esto, esto es, no ha optado por configurar un diferente trato punitivo exclusivamente a la violencia de género (al incluir también a «otras personas vulnerables que convivan con el agresor») ni ha explicitado la necesidad de probar en cada caso concreto el contexto de dominación machista (excluyendo del tipo agravado la violencia del hombre sobre su pareja o ex pareja que no es fruto de una relación de poder y subordinación machista). Yo añadiría que también ha excluido las agresiones machistas que se producen fuera del vínculo de la propia pareja, pese a que el Derecho internacional también la considera violencia de género. Esta técnica deficiente no fue felizmente resuelta por la STC 59/2008.

Por último, la figura de la discriminación múltiple le sirve a Rey Martínez para analizar la situación de dos colectivos específicos de mujeres que sufren una especial discriminación en España: las mujeres gitanas y las mujeres en situación de prostitución. En cuanto a las primeras, destaca un amplio comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 2009, caso *Muñoz Díaz contra España*, como ejemplo de interpretación fuerte contra la discriminación múltiple de género y raza, frente a la STC 69/2007, ejemplo de todo lo contrario. Más interesante si cabe es el análisis de la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico y en los de nuestro entorno, que divide en tres tipos: la prostitución como trabajo, o modelo reglamentista; la prostitución como servidumbre, o modelo prohibicionista; y el modelo abolicionista,

que es el de España, que no prohíbe ni autoriza la prostitución, cuyo ejercicio deviene en alegal. Rey acepta que la mayor parte de las mujeres ejercen la prostitución inducidas o forzadas, en la línea de la teoría de la prostitución como servidumbre. Sin embargo, no es la única prostitución que existe: hay otra, seguramente minoritaria, que se ejerce libremente. Por tanto, las dos concepciones (reglamentación y prohibición) no son alternativas, sino complementarias, y sus soluciones deberían aplicarse a cada uno de sus respectivos campos. No es razonable, se nos dice, postular un único modelo de tratamiento jurídico de la prostitución. Llama la atención positivamente que todo este razonamiento venga trufado de referencias a clásicos, como John S. Mill o Herbert L. Hart, sin que el análisis pierda un ápice de su actualidad.

El segundo capítulo de la Parte Especial se dedica a la discriminación por razón de etnia/raza. La distinción entre el viejo racismo —supremacía de una raza sobre las demás— y el nuevo racismo —un racismo líquido que desplaza la idea biológica de raza hacia una diferencia cultural en la que quien discrimina por prejuicios racistas no es consciente que lo hace y las víctimas no conocen ni acuden a medios de reparación— da paso a la constatación de que este segundo tipo de racismo está plenamente presente en España, y, lo que es peor, no se aprecia un ordenamiento jurídico especialmente armado contra él, lo que da lugar a un escaso acervo jurisprudencial sobre la materia, que contrasta con una cada vez más desarrollada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la obra analiza desde diversos campos: brutalidad policial racista; agresiones racistas vecinales; expulsión de caravanas; discriminación en frontera; discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados; discurso racista y libertad de información; matrimonio gitano y

derecho a la pensión de viudedad; origen étnico como causa de inelegibilidad electoral; esterilización sin consentimiento informado; segregación escolar racista.

Un ejemplo paradigmático de esta debilidad del Derecho antidiscriminatorio por raza/etnia en España es la facilidad con la que se asume la segregación racial en las escuelas. La obra, en este punto, analiza el período histórico de los Estados Unidos en el que, después de la Guerra de secesión, se impusieron las leyes segregadoras «estilo Jim Crow», que fueron convalidadas por la Sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896), y cómo este sistema se comenzó a dismantelar precisamente con una Sentencia del Tribunal Supremo (*Brown vs. Board of Education* de 1954) que consideró la segregación racial en las escuelas como discriminatoria. Siendo, por tanto, la segregación escolar racista tan importante en los Estados Unidos, el libro llama la atención sobre la nula importancia social, política y científica que la misma tiene en España. Se trata de un problema casi invisible, pero con consecuencias devastadoras para la comunidad gitana, la minoría étnica de mayor implantación en España. Y si es invisible es, entre otras cosas, porque oficialmente no existen grupos étnicos minoritarios en el sistema escolar. Es decir, aunque la escuela está *de facto* segregada, oficialmente esta segregación pasa desapercibida. Una vez más, el autor recurre a un informe europeo, en este caso al Informe de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, quinto ciclo de supervisión sobre España, de 27 de febrero de 2018, para destacar un problema de discriminación que internamente pasa completamente desapercibido. Y este es también un buen motivo para leer este libro: darnos cuenta de que el mal uso o desconocimiento de las herramientas del Derecho antidiscriminatorio no es solo una carencia técnico-jurídica sino también un agujero por el

que penetran y se consolidan en nuestro país injusticias respecto de las que no tenemos ni siquiera constancia, como ocurre con el hecho de que España no cuente, en líneas generales, con una educación inclusiva sino con una escuela segregada, que es una de las peores formas de discriminación, pues afecta a los seres humanos más vulnerables, a los niños.

El tercer capítulo de la Parte Especial viene dedicado a la no discriminación por razón de discapacidad, que como bien se dice tiene una gran relevancia, pues afecta a cuatro millones de personas, colectivo que además tiene la particularidad de que cualquiera puede en un momento de su vida pasar a ser parte de él. En este caso, la frontera entre unos y otros no solo es arbitraria, sino cambiante. Quizás esta sea una buena razón para entender por qué el Derecho antidiscriminatorio de la discapacidad haya alcanzado un sólido desarrollo, tanto en el Derecho Internacional, el Derecho europeo como también en el Derecho español.

Como suele ocurrir a lo largo de toda la obra, el análisis no se reduce a lo jurídico. En este caso, resulta especialmente interesante el epígrafe dedicado a la evolución de un concepto médico a otro social de la discapacidad. De nuevo, los comentarios sobre diversas sentencias, sobre todo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, le sirven al autor para ilustrar lo que quiere contar, en este caso, en qué consiste esta evolución y cómo se ha ido desarrollando. Y tampoco falta otra característica de toda la obra: la reinterpretación creativa de una categoría. En este caso, me parece brillante la identificación que se realiza del principio de accesibilidad como una garantía frente a las discriminaciones indirectas contra las personas con discapacidad, en contra del criterio mayoritario, recogido en la Ley española, que sitúa a la accesibilidad como un instrumento para la igualdad de oportunidades. Los

ajustes razonables se convierten en medidas que tratan de evitar el impacto adverso en las personas con discapacidad de estructuras que son realmente discriminatorias, aunque aparentemente parezcan neutras. Es un enfoque mucho más lógico que el establecido, y seguramente por ello creo que acabará prevaleciendo en nuestra futura jurisprudencia.

La última responsabilidad pública de Rey Martínez —Consejero de Educación de Castilla y León— está seguramente detrás de la especial atención que le presta al Derecho antidiscriminatorio en el ámbito educativo. Ya hemos visto cómo hacía especial mención al uso del *hijab* en las escuelas y a la educación segregada por sexos y etnias en otros capítulos. Aquí ahora aborda el problema de la educación especial y se plantea si esta incurre en segregación discriminatoria por razón de discapacidad. De nuevo apoyándose en la jurisprudencia y en informes internacionales, en este caso del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, llega a la conclusión de que el sistema educativo español ha de superar la dualidad educación ordinaria/educación especial y debe tender a la educación inclusiva. Se impone en el autor la convicción de que la segregación es la antesala de la discriminación, como ya había dejado previamente claro con la segregación sexual o por raza/etnia. Para Rey Martínez, como mínimo, no se debería escolarizar a ningún niño en un centro de educación especial en contra de la voluntad de sus padres.

El principio de no discriminación por orientación e identidades sexuales ocupa el siguiente capítulo de la Parte Especial. Se nos puntualiza que estamos ante una manifestación del Derecho antidiscriminatorio de reciente desarrollo, pues hasta hace pocas fechas la homosexualidad y la transexualidad eran consideradas conductas desviadas y nocivas, tanto por el Estado como por el

conjunto de la sociedad. Esto afortunadamente ha cambiado de forma copernicana en los países occidentales en las últimas décadas, hasta convertirse en colectivos constitucionalmente protegidos en su dignidad tanto desde el derecho a la intimidad como desde el derecho a la no discriminación. Esta evolución se nota sobre todo en la jurisprudencia constitucional e internacional de protección de los derechos humanos. En este sentido, se hace una detallada mención a la jurisprudencia no solo del Tribunal de Estrasburgo sino también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También de la jurisprudencia del TC, concretamente de la STC 176/2008 y la STC 41/2006, que reconocen la identidad de género y la orientación sexual, respectivamente, como rasgos sospechosos.

El reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país y su adecuación a la Constitución constituye, sin duda, otro elemento destacado del principio de no discriminación por razón de orientación sexual. En este terreno, la obra se muestra crítica con la STC 198/2012 que convalidó la constitucionalidad de dicho matrimonio. El autor considera que el legislador, al optar por extender el matrimonio constitucionalmente garantizado a las personas homosexuales, incurre, *prima facie*, en inconstitucionalidad, cosa que no hubiera ocurrido si hubiera optado por equiparar las uniones homosexuales con el matrimonio. El matrimonio reconocido en la Constitución es exclusivamente el heterosexual. Para superar esta apariencia de inconstitucionalidad, Rey Martínez propone lo que suele hacer a lo largo de todo el ensayo: utilizar los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio. Así, ante el trato diferente y perjudicial que se otorga a las personas homosexuales, el TC debería haber aplicado juicio estricto, y haber argumentado que no existe ninguna finalidad constitucionalmente deseable que pudiera justificar dicha

diferencia de trato. Si la sentencia hubiera argumentado en este sentido, no solo hubiera declarado constitucional el matrimonio igualitario, sino también inconstitucional todo intento futuro de volver a prohibirlo. En definitiva, se debería haber basado la argumentación en el art. 14 CE, no en el art. 32 CE. Algo así ha ocurrido, se nos apunta, en la Sentencia *Obergefell et alii vs. Hodges, Director Ohio Department of Health et alii* (2015) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

El quinto capítulo, dedicado a la discriminación por religión/convicciones y opinión, está consagrado a un debate controvertido que tradicionalmente se ha enfocado desde la perspectiva del principio de laicidad del art. 16 CE; la presencia de símbolos religiosos (en especial, crucifijos) en los centros educativos públicos (la educación siempre vuelve en este libro). Después de repasar la jurisprudencia al respecto, especialmente la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo de 2011 (*Laisi II*), se concluye que, aun admitiendo que España es constitucionalmente un país de laicidad débil, la presencia de crucifijos en las escuelas públicas, contrariamente a lo que dictaminó el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, no es constitucional, pues lo contrario sería como reconocer que, en realidad, estamos ante un Estado de laicidad fallida.

El sexto capítulo de la Parte Especial se dedica a la discriminación por razón de edad, la menos definida de todas ellas. El séptimo, y último, a la discriminación por origen nacional. Aquí se nos cambia la perspectiva tradicional con la que nos hemos acercado al ejercicio de los derechos de los extranjeros, adoptando la del Derecho antidiscriminatorio, lo que supone que los límites a estos deben superar juicio estricto de proporcionalidad.

En resumen, estamos ante una obra que, combinando el repaso doctrinal de

las categorías del Derecho antidiscriminatorio con vivencias personales y profesionales y, sobre todo, con el comentario de cientos de sentencias de todo tipo de tribunales, nos acerca con sencillez y profundidad a la necesidad de que esta materia del Derecho, de origen anglosajón pero ya muy presente en la vida diaria de los operadores jurídicos, sea conocida,

respetada y, sobre todo, aplicada a la vida de tantos ciudadanos que necesitan de ella para convivir libremente en sociedad con la debida dignidad.

DAVID GIMENEZ GLÜCK

*Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid*

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: *La reforma constitucional. Pasado, presente y futuro*. Ediciones Trea, Gijón, 2019.

El profesor Fernández Sarasola ha escrito un libro importante sobre la reforma constitucional. El interés de esta espléndida monografía reside sobre todo en el enfoque o perspectiva adoptada: la historia de las ideas y del pensamiento jurídico-político. Se trata de una obra en la que se examina tanto la historicidad del propio concepto de constitución, como la relación entre constitución y tiempo. El objeto de la obra es exponer cómo se ha ido abordando a lo largo de los siglos la relación de la constitución con el cambio histórico. La idea misma de la «reforma constitucional» durante mucho tiempo no fue posible. Hubo que recorrer un largo camino para lograr su alumbramiento, y cuando apareció surgió como una categoría esencialmente problemática. El libro expone brillantemente ese itinerario y lo hace de forma ágil y amena, a la vez que rigurosa, y fundamentada en una cuidada selección de fuentes por la que desfilan grandes pensadores y juristas desde Aristóteles hasta Kelsen.

Desde esta óptica, en la introducción a la obra, Fernández Sarasola recuerda como «la mayoría de los interrogantes que de continuo se plantean en torno a la reforma de las constituciones ya se debatieron hace al menos dos siglos, aunque la ignorancia y la desidia los haya condenado a menudo al olvido» (p. 14). El Derecho por sí solo no ofrece una solución completa a todos los problemas que la reforma constitucional plantea y necesita por ello del auxilio de diversas ciencias (filosofía, sociología, ciencia política, etc.). La historia y la historia de las ideas son algunas de ellas. Con esas premisas, el autor se propone realizar un ensayo interpretativo sobre el tema. Sin embargo, el libro cumple un

objetivo más ambicioso: la reconstrucción de la forja de una categoría (la reforma constitucional), de sus antecedentes, de su origen y de su evolución a lo largo de los siglos. Ello exige una doble tarea, examinar por un lado la idea misma de reforma vinculado al concepto de cambio, y por otro, analizar también la evolución del concepto de constitución desde su origen aristotélico en la Grecia clásica.

La obra se estructura en tres partes. La primera tiene por objeto examinar el surgimiento y evolución del concepto de «constitución» en la medida en que no siempre este resultó compatible con la idea de reforma. En la segunda se examina el concepto de «reforma». Por un lado, «reformular» no es un concepto evidente e incontestable. Por otro, ya desde finales del siglo XVIII surgió el interrogante de si reformar una constitución es o no lo mismo que hacer otra nueva. En el tercer capítulo el autor muestra la aplicación práctica de la categoría, «el tránsito del mundo de las ideas al terreno fáctico». En este último capítulo se recurre al método comparado para examinar las concretas respuestas que dan los ordenamientos constitucionales del presente al interrogante sobre su reforma.

El capítulo primero tiene por objeto explicar el largo proceso histórico que hubo que recorrer para que se abriera camino la idea de que la constitución podía ser reformada. Esto solo fue posible a partir de un momento histórico determinado y de una determinada idea de constitución. El concepto de constitución es histórico y la posibilidad o no de reformarla depende de lo que se entienda por ella. En este interesante estudio de historia conceptual la cabal comprensión del tema obliga a examinarlo en relación al origen y

evolución de otros importantes conceptos: estabilidad, legitimidad, derecho de resistencia, revolución, progreso.

En el capítulo se exponen los diferentes conceptos de constitución. Fernández Sarasola realiza una síntesis clarificadora que se inicia con la constitución aristotélica en la que la reforma era imposible. Constitución era un término descriptivo de la forma de gobierno y de la estructura social de un determinado territorio. La constitución no era una norma. El cambio constitucional consistía en la sucesión de constituciones diferentes a lo largo del tiempo. La reforma era imposible y el cambio inevitable a través de la sucesión de las constituciones en un movimiento cíclico que alternaba las formas puras en la que los gobernantes (todos, las élites o uno solo) buscaban el bien común con sus correlatos corruptos. El autor recuerda el carácter «revolucionario» de esas constituciones en el sentido primigenio del adjetivo, que no aludía a la ruptura sino al movimiento de traslación de los cuerpos celestes. Y expone también el alumbramiento entonces de una idea fundamental cuya vigencia se prolonga hasta hoy: la constitución mixta como combinación de las tres formas puras (monarquía, aristocracia, democracia). La importancia de esta idea de constitución mixta como constitución verdadera (Aristóteles) radica en que ella permitía garantizar la estabilidad (otra idea fundamental) y romper así el círculo vicioso de constituciones. Polibio vio en la Roma republicana la realización práctica de ese modelo cuyo ideal permaneció durante siglos en el pensamiento medieval hasta los comentaristas británicos del siglo XVIII. Montesquieu vio en Inglaterra la constitución mixta. Ahora bien, alcanzado el ideal: la constitución mixta, las reformas no eran ni necesarias ni convenientes. Al contrario, la idea de reforma era perturbadora.

En ese contexto, Fernández Sarasola subraya cómo fue la idea de legitimidad la

que modificó este escenario. La Constitución mixta que como ideal no debía ser modificada sí podía ser alterada por la vía de los hechos y, en definitiva, vulnerada. Bartolo de Sassoferratto (1313-1357) distinguió la tiranía por falta de título de la tiranía de ejercicio. Y frente al tirano se invocó el derecho de resistencia como expediente más traumático para evitar un cambio constitucional pernicioso: «No se trataba de buscar vías para reformar la constitución pervertida, sino de restaurarla por vía violenta...la insurrección venía simplemente a restablecer la normalidad constitucional» (p. 32).

El tercer concepto decisivo para nuestro tema fue el de pacto social fruto de las teorías contractualistas. Este fue el cambio más importante en la historia del pensamiento. La sociedad y el gobierno no son naturales (Aristóteles) sino un artificio humano. El gobierno es un artificio que se sostiene por su utilidad. La idea de pacto social se identificó a veces con la de Constitución. Pero pronto se distinguió entre ambos. Por el primero se crea la sociedad, por la segunda se organiza. Ello permitió el surgimiento de un nuevo concepto de constitución, racional-normativa: norma jurídica (naturaleza) escrita (forma) que emana del soberano (origen) y regula la forma de gobierno y los derechos individuales (contenido). El autor hace un repaso de los primeros documentos constitucionales ingleses, norteamericanos y franceses.

La constitución es ahora revolucionaria en otro sentido, en el de expresar una ruptura con el pasado. Se identifica con un «momento fundante y revolucionario» (p. 41). Fernández Sarasola pone de manifiesto la ambivalencia del concepto de revolución. Las revoluciones miran al futuro, pero también «pueden representar el intento de recuperar un pasado que casi siempre ha sido idealizado» (p. 46). En todo caso, siguen patrones que no tienen

que ver con el viejo derecho de resistencia: «la constitución en un sentido revolucionario no pretende preservar sino sustancialmente innovar» (p. 46). Ocurre, sin embargo, que bajo esta lectura revolucionaria de las constituciones la ruptura con el pasado no puede resultar absoluta. El autor subraya aquí una idea fundamental, y a la que no se le suele conceder la relevancia que tiene. Siempre hay algo más profundo que permanece: «la cultura jurídica previa se mantiene viva en las nuevas estructuras constitucionales» (p. 47). La reivindicación de este concepto de «cultura jurídica» realizada por el autor es importante. Podríamos incluso añadir que la idea misma del Derecho —como uno de los elementos esenciales de esa cultura— también permanece y que era diferente en Europa continental y en el mundo anglosajón. Y siguió siéndolo después de las revoluciones atlánticas.

La constitución no sólo revistió ese matiz revolucionario sino también otro progresivo. La idea de progreso fruto de la Ilustración supuso el fin de la escolástica. El hombre es libre al seguir los dictados de su razón. Traza sus propios fines. La razón es crítica y permite al hombre lograr sus objetivos y progresar, en definitiva, superar las deficiencias. Esto resulta para nuestro tema fundamental. Un nuevo concepto se añade al de «estabilidad», la idea de «progreso»: «La conciencia ilustrada de que tanto los seres biológicos como la propia sociedad eran susceptibles de continua mejora allanó el camino para la formulación de la teoría de la reforma constitucional» (págs. 52-53). Con esta premisa, la idea de perfeccionamiento se bifurcó. Para algunos, la perfectibilidad depende de la adecuación de la constitución a las particularidades del territorio en que se implantaba. Para otros, hay estándares constitucionales o modelos universales que pueden ser aplicados a cualquier nación.

Cuanto mejor se adaptan a lo particular o cuando mejor se acercan a esos moldes una constitución «mayor sería su nivel de excelencia».

La reforma ya no se concibe entonces como un cambio perturbador, ni tampoco violento, sino como un instrumento del progreso. Las circunstancias concretas y los límites del intelecto pueden hacer que la constitución diste mucho de ser perfecta. Debe tener mecanismos para su perfeccionamiento. Se toma conciencia entonces de que el cambio no es incompatible con la estabilidad, sino que puede estar a su servicio: «Para la propia estabilidad, es mil veces preferible la posibilidad de un perfeccionamiento gradual que la inflexibilidad de una constitución inmutable» (Constant).

Cuando se admite que es posible mejorar la constitución, la idea de reforma adquiere un significado positivo. Ahora bien, reformar una constitución para hacerla más perfecta es cosa distinta de sustituirla por otra. «Solo cuando esta diferencia quedó suficientemente clara se puede decir que la idea de reforma constitucional alcanzó el punto final de su recorrido» (p. 56). Y esto es algo que como recuerda el autor hicieron ya la mayoría de las excolonias británicas en Norteamérica. Con ello, la reforma no es únicamente un instrumento de progreso sino también de defensa de la Constitución. Aunque el autor no explica este concepto (defensa de la Constitución) es preciso subrayar su conexión.

El capítulo primero concluye recordando el debate en torno a la idea de constitución generacional que se produjo a finales del siglo XVIII. El autor se sorprende, con toda razón de que, a pesar de tratarse de un tema zanjado hace dos siglos, algunos vuelvan sobre él en pleno siglo XXI. Thomas Paine afirmó en 1791 que «cada generación tiene iguales derechos que las

generaciones que le precedieron» y Thomas Jefferson en una celebre misiva dirigida a James Madison insistió en que «la Tierra pertenece siempre a las generaciones vivas» de lo que dedujo que ninguna sociedad puede elaborar una Constitución perpetua y que esta expira naturalmente cuando transcurren diecinueve años. Como indica el autor «las ideas de Jefferson de una constitución generacional no tuvieron demasiado seguimiento» (p. 60). No se trata de sustituirlas sino de reformarlas. Será en todo caso en el capítulo tercero de la obra donde el autor desarrolle su muy acertada crítica al concepto: «Considerar que cada generación ha de tener su constitución y que no está sujeta a más normas que las que ella misma ha aprobado carece de lógica jurídica alguna» (p. 153).

La asunción en el plano político e ideológico de que la Constitución «es reformable» fue el presupuesto necesario para que surgiera la idea jurídica de «reforma constitucional» que es el objeto del segundo capítulo. El autor tomando como base los procesos revolucionarios francés y norteamericano examina los diferentes intentos realizados para distinguir el poder de reforma tanto del poder constituyente como del poder legislativo.

Por lo que se refiere a la distinción Poder Constituyente-Poder de reforma, es sabido que Sieyès (inventor del concepto de Poder Constituyente) no los distinguía inicialmente. Fernández Sarasola subraya que otros autores franceses de la época si lo hicieron: Malouet advirtió que apelar al poder constituyente para reformar la constitución traería «Revoluciones periódicas, conmociones eternas». Le Chapelier, por su parte, recordó que «la posibilidad de perfeccionar la constitución no debía servir de pretexto para perpetuar la revolución» (p. 75). Se defendió por ello que las asambleas de revisión debían estar sometidas a límites formales y materiales. El

autor destaca las muy interesantes aportaciones de Frochot «aunque no pasó a la historia como lo haría Sieyès, las observaciones de Frochot estaban cargadas de lucidez y tuvieron una enorme trascendencia al conceder sustantividad propia al poder de reforma constitucional, distinguiéndolo del poder constituyente» (p. 76). Reformar y destruir no eran ni mucho menos inseparables.

Distinguido del Poder Constituyente, otro paso importante fue diferenciar cuando el parlamento actúa como legislador y cuando como reformador. «Con esta reflexión se llegó a un punto esencial de la reforma constitucional» (p. 82). Se barajaron dos opciones no incompatibles: la diferenciación orgánica (el mismo órgano con más miembros o una convención) y la procedimental (mayorías agravadas o ratificación por territorios). El autor examina con detalle los debates desarrollados en Francia y EEUU y las fórmulas finalmente adoptadas en ambos. La finalidad del sistema de reforma era lograr un equilibrio entre estabilidad y cambio «el sistema de reforma protege por igual frente a la facilidad extrema de cambio que daría lugar a una constitución excesivamente variable, y frente a una dificultad insalvable que supondría perpetuar sus defectos manifiestos» (Madison, p. 85).

Una vez asumido que la Constitución se puede mejorar y establecido cómo hacerlo, es posible plantearse lo que, sin lugar a dudas, es el problema fundamental de la reforma en la medida en que afecta a su propio concepto y finalidad: la cuestión de los límites. Fernández Sarasola examina el debate sobre los límites temporales y materiales a la reforma desarrollados en Estados Unidos y en Francia. Tanto las antiguas constituciones de las excolonias británicas, como la constitución federal de los Estados Unidos, recogían ambos tipos de límites. En Francia, aunque no hubo debates expresos sobre los

límites materiales el autor subraya cómo «la propia definición de lo que se entendía por Constitución delata la presencia de límites a la reforma» (p. 104). El contenido del célebre artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789 (contenido material de la Constitución) era la prueba evidente de que la Constitución de 1791 tenía límites implícitos a su reforma (p. 105).

El autor subraya que, en todo caso —y al margen de sus consecuencias jurídicas como la jerarquización de los preceptos constitucionales— los límites materiales (expresos o implícitos) tienen por objeto limitar el poder constituyente. Y que esta era un objetivo común de los reaccionarios y de los liberales, aunque persiguieran con ello propósitos muy diferentes. Los primeros pretendían proteger los fundamentos históricos de la Constitución que consideraban inmutables (la monarquía). Los segundos querían garantizar la libertad. «La soberanía del pueblo no es ilimitada... la voluntad de todo el pueblo no puede hacer justo lo que no lo es (...) la limitación de la soberanía es, por tanto, verdadera y realizable» (Constant, p. 111).

A continuación, se examina otra noción fundamental para la cabal comprensión de la relación entre constitución y tiempo. La reforma no es el único método para llevar a cabo el cambio constitucional. Y no es tampoco el más relevante. El cambio informal reviste una importancia decisiva., esto es, cambiar el contenido de la Constitución sin cambiar la literalidad (Jellinek). Fernández Sarasola se ocupa también del surgimiento de este concepto y del examen de este tipo de cambios. Por ello insisto en que el contenido de la obra es más ambicioso que su título. «En la práctica, —escribe el autor— las mutaciones constitucionales parecen haber encontrado un lugar abonado dentro del Constitucionalismo británico y estadounidense, a pesar de las muchas diferencias que separan el uno del

otro» (p. 115). Entre otras cosas porque la cultura jurídica y la idea de Derecho es la misma. Y eso es más importante que el hecho de que la constitución británica no esté codificada y la norteamericana sí. Ambas constituciones han experimentado cambios formidables a través de la mutación.

Pero no sólo ellos, todas las constituciones prácticamente sin excepción (la española de 1978 también) se adaptan al cambio histórico a través de mutaciones. Hasta tal punto es así que la reforma ocupa un espacio no ya limitado sino absolutamente residual. Y protagonistas indiscutibles de esos cambios son los órganos encargados de interpretar en última instancia la Constitución y de controlar la constitucionalidad de las leyes. Desde esta óptica, el examen del surgimiento y evolución de estos mecanismos —vinculados a la idea de defensa de la constitución ya apuntada— es imprescindible para entender la relación de la constitución con el tiempo. Los órganos de la justicia constitucional son los principales artífices de la adaptación de la Constitución a las nuevas circunstancias. Es evidente que examinar esa evolución desbordaría los límites que el autor de la monografía que tengo el honor de comentar se ha marcado. Baste apuntarlo para subrayar, por un lado, la conexión entre las dos garantías constitucionales tanto en sus orígenes como en su evolución (reforma constitucional y justicia constitucional) y, por otro, la común función que desempeñan como instrumentos de adaptación de la Constitución al cambio histórico.

El último de los capítulos tiene un contenido heterogéneo. Por un lado, expone las contribuciones que sobre la idea la reforma, han aportado diversos autores españoles (Jovellanos, Flórez Estrada, Valentín de Foronda). Por otro, hace un repaso de la práctica reformista en nuestro constitucionalismo histórico. Y también de los debates en torno a los límites de la reforma. Aunque ningún

Texto incluyó cláusulas de intangibilidad, «la presencia de límites materiales a la reforma fue un aspecto que ocupó ... a la doctrina» (p. 148). Para los conservadores esos límites venían determinado por las bases históricas de la Constitución para los progresistas —tras la Revolución de 1868— por los derechos individuales.

El resto del capítulo —con el recurso al derecho comparado— ofrece un compendio de las distintas y concretas respuestas que dan los ordenamientos a las preguntas de cuándo reformar, por qué hacerlo, y con qué límites. Son respuestas eminentemente políticas —subraya el autor— y que trascienden al derecho. En este examen el autor toma partido en el sentido de que, tomando como premisa un concepto «neutral» de constitución y un entendimiento de la democracia directa como complemento positivo de la democracia representativa, enjuicia como más o menos democráticos los diferentes sistemas de reforma adoptados por las Constituciones hoy vigentes. Desde esta óptica, por un lado, el autor defiende la iniciativa popular para la reforma (p. 163) y el referéndum constitucional obligatorio (p. 174). En ambos casos, lo considera más «democrático». Por otro lado, respecto a la existencia de cláusulas de intangibilidad, las considera un «freno para la democracia» (p. 185). Y los implícitos le parecen inadmisibles: «Si una constitución es neutral como la española, la deducción de límites implícitos resulta inadmisibles» (p. 187). Lo que le lleva a concluir que la constitución española es más democrática que la alemana en ese sentido. De esta forma, en esta última parte de la obra, el autor ya no se limita a describir, sino que enjuicia y valora los distintos sistemas de reforma en función de su mayor o menor adecuación a los conceptos (legítimos pero discutibles) que definen de constitución y de democracia.

Finalmente, las treinta páginas de bibliografía comentada añaden un gran valor al libro. Una selección espléndida de indiscutible utilidad para todos los estudiosos del tema.

En definitiva, esta brillante monografía del profesor Fernández Sarasola es mucho más que un ensayo interpretativo. Es la reconstrucción histórica de la forja de una categoría fundamental para la Teoría de la Constitución a través del examen de la relación entre la constitución —como categoría histórica— y el tiempo. En ese examen ocupa un lugar destacado también la mutación. Se trata de una tarea que sólo se puede cumplir con éxito a partir de un profundo conocimiento de la Historia Constitucional y de la Historia de las Ideas. El autor lo ha logrado y ha realizado así una gran aportación a nuestra doctrina, una referencia inexcusable para estudios posteriores sobre el tema. Desde esta óptica, podríamos siguiendo su estela plantearnos los cambios que ha experimentado la idea de cambio/reforma/mutación con la sustitución de la constitución liberal por la constitución democrática (Fioravanti).

El profesor Fernández Sarasola dedica la obra a su querido maestro, Joaquín Varela, referencia indiscutible en el campo de la historia constitucional y universitario ejemplar. En todo caso, no es sólo la dedicatoria sino la totalidad de la obra la que confirma que con ella se cumplen los objetivos y fines fundamentales del trabajo universitario: transmitir el conocimiento y las enseñanzas recibidas de los maestros, y expandirlas, acrecentándolas. Esto es, con base en la tradición —enseñanzas recibidas— hacer progresar el conocimiento.

JAVIER TAJADURA TEJADA  
*Catedrático (A) de Derecho Constitucional*  
*Universidad del País Vasco*

AGUDO ZAMORA, Miguel: *Reforma Constitucional y Estado Autonómico*, Editorial Tecnos, Madrid, 2019.

En esta obra se lleva a cabo un análisis muy completo del estado actual del modelo autonómico, reflexionando acerca de posibles reformas en el modelo territorial de organización del poder político, a la luz de un amplio examen de la doctrina y jurisprudencia constitucional española. En concreto, el análisis se construye a través de nueve capítulos en los que, partiendo de la necesidad de afrontar los problemas de integración territorial existentes en España desde una perspectiva modernizadora y racionalizadora, se examinan cuestiones constitucionales fundamentales y controvertidas, como el concepto de reforma constitucional, la posible reforma del Senado, propuestas en torno a un nuevo modelo de financiación y la clarificación de la distribución de competencias, entre otros temas.

El autor parte de un diagnóstico positivo del proceso de descentralización que se ha ido desarrollando en España a lo largo de los últimos cuarenta años, en cuyo marco se ha tratado de compatibilizar la diversidad y la pluralidad con la garantía de la unidad del Estado. En desarrollo de las previsiones constitucionales y a lo largo de varias etapas, se ha ido construyendo un modelo de Estado autonómico que ha incrementado, tendiendo a la igualación, los niveles de autogobierno de las Comunidades Autónomas. Destaca el autor que la descentralización política ha posibilitado el objetivo constitucional de acercar el poder político al ciudadano, siendo decisiva, en este sentido, la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias sustanciales para el efectivo cumplimiento de los objetivos básicos del Estado social, tales como la educación, la sanidad o, más recientemente, la dependencia.

Sin embargo, es inevitable subrayar los desequilibrios y carencias del sistema autonómico, manifestados en el elevado grado de conflictividad competencial, así como en la debilidad de los mecanismos tanto de participación en la definición de la voluntad general como los relativos a la colaboración y coordinación entre los diferentes niveles de gobierno. Señala el autor que estas y otras disfunciones del modelo autonómico han quedado claramente visibilizadas por la conjunción en el tiempo de la crisis económica y la crisis catalana. Desde esta óptica, los principales aspectos que justificarían la conveniencia de proceder a una modificación constitucional y que son objeto de análisis en los capítulos que estructuran el libro son los siguientes: a) el reconocimiento de las singularidades diferenciales de los territorios, sin poner en riesgo la cohesión social y la igualdad de los españoles en sus prestaciones básicas; b) la ausencia de una verdadera Cámara territorial que haya servido como instancia de participación eficaz de las Comunidades Autónomas en la definición de la voluntad estatal; c) un sistema de reparto de competencias confuso y conflictivo; d) un modelo de financiación autonómico inacabado e insatisfactorio, en el que se requiere un mayor grado de definición que genere estabilidad, suficiencia y aceptación; e) la falta de arraigo y caracterización jurídico-política del principio de lealtad, así como una deficiente articulación de los mecanismos de colaboración y cooperación del Estado con las Comunidades Autónomas, e incluso de estas entre sí; f) los riesgos de ruptura nacionalista; g) la función de los Estatutos de Autonomía en su doble naturaleza de leyes orgánicas y normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas.

El autor comparte con la mayoría de la doctrina la identificación de una vía de salida a la situación actual en la reforma constitucional del modelo de organización territorial. Una modificación, se precisa, que no se limitara a la reforma de la Constitución, pero que partiera de la misma, de modo que las propuestas concretas concitasen amplios consensos y se sometieran posteriormente a referéndum. Matiza el autor que, en todo caso, no se trataría de un proceso constituyente, sino de un proceso de reforma constitucional que, manteniendo los fundamentos sobre los que se asienta la Constitución de 1978, planteara la modificación de algunos de sus contenidos.

Reconociendo la importancia de la búsqueda de equilibrios entre los principios de unidad, autonomía y solidaridad como pilares básicos de nuestro Estado Autónomo, el autor sostiene que el texto constitucional debería incluir un precepto que explícitamente abogara por el fomento desde el Estado de la cohesión económica, social y territorial entre las Comunidades Autónomas. La necesidad de fortalecer y garantizar constitucionalmente los principios de solidaridad y de igualdad real es un argumento constante en el libro, articulado a través de propuestas enfocadas al blindaje constitucional y financiero del Estado social autonómico.

El grave impacto que ha supuesto la crisis económica para la financiación de las Comunidades Autónomas ha puesto de relieve la discordancia entre la disminución de los recursos financieros de estas, por una parte, y el coste económico del mantenimiento de un sistema de prestaciones sociales adecuado al bienestar social, por otra. En este contexto, el autor pone el énfasis en los oportunos cambios constitucionales que garanticen la suficiencia y la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para asegurar la viabilidad de los servicios

sociales fundamentales, superando así las insuficiencias prácticas de los artículos 156 y 158.2 CE.

En primer lugar, y partiendo del presupuesto de que la financiación autonómica debe ser concebida como un elemento integrante de la concepción general del Estado social, sostiene el autor que, a través de magnitudes objetivas, se debería garantizar la prioridad de las inversiones relacionadas con los derechos sociales y con la construcción de la igualdad a la que los poderes públicos están vinculados según el artículo 9.2 CE. Para ello, sería preciso establecer mínimos de gasto que asegurasen la protección de la prestación de los servicios, así como máximos de gasto para hacerlo financieramente sostenible, quedando sujetos a actualizaciones periódicas. Asimismo, se propone la creación de un fondo de reserva, con el objetivo de evitar que fases recesivas puedan afectar gravemente a la prestación de servicios y al ejercicio de derechos.

En segundo lugar, con relación a la garantía de la autonomía financiera, el autor coincide con la doctrina, entre otras cosas, en la necesidad de que las fuentes de ingresos de las Comunidades Autónomas se determinen constitucionalmente y que, asimismo, se incremente su participación en la gestión y recaudación de impuestos para adecuarla a su grado de participación en el conjunto del gasto público y en la prestación de servicios. Del mismo modo, las críticas a la configuración del Consejo de Política Fiscal y Financiera como cauce de una deficiente participación de los territorios en la concreción del modelo, tanto por la preeminencia del Estado en su proceso de toma de decisiones como por la falta de transparencia en su actuación (Muñoz Machado, S. y otros, *Ideas para una reforma de la Constitución*, 2017), motivan las propuestas a favor de su constitucionalización como órgano multilateral de coordinación dependiente del Senado para los

asuntos concretos de la aplicación del sistema de financiación.

En consonancia con las formulaciones doctrinales en este ámbito, se propone, en definitiva, que el nuevo modelo de financiación constitucionalizado, además de garantizar una mayor participación de las Comunidades Autónomas en la concreción del mismo, explicita las normas fundamentales del sistema de financiación, cuya atribución de recursos aplique los criterios de capacidades de ingreso y de solidaridad, incluyendo el principio de igualdad social (arts. 156, 157 y 158 CE).

Otro de los principales ejes conceptuales que articula la obra reseñada radica en la propuesta de incorporación en la Constitución española de instituciones, técnicas y modelos de relación federales que, sin abocar necesariamente a una elección en la dicotomía formal Estado federal/Estado autonómico, puedan proporcionar una mayor racionalización al modelo políticamente descentralizado. De forma significativa, en lo que se refiere al sistema de distribución de competencias, el autor propone la constitucionalización del reparto de poderes de acuerdo a la técnica federal clásica, según la cual la Constitución fijaría las competencias de titularidad estatal, correspondiendo las restantes a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la previsión de determinadas cláusulas generales, como, por ejemplo, la de prevalencia del Derecho estatal. En concreto, el texto constitucional debería concretar, señala el autor, listados precisos de competencias del Estado clasificados sobre la base de las diferentes categorías competenciales, acotando, así, el alcance de las competencias concurrentes y compartidas a aquellas materias constitucionalmente atribuidas al Estado o a aquellas en que la concurrencia limitara la actividad de las Comunidades Autónomas a la ejecución de normas estatales. Correlativamente, se fijaría la disposición automática, por parte de cada

Comunidad, de la plena potestad legislativa en aquellas materias cuya competencia no esté atribuida explícitamente al nivel estatal en la Constitución. Por último, esta disposición se concretaría en una cláusula adicional en la que se señalaría la asunción por parte de todas las Comunidades Autónomas de competencias iguales en materias relacionadas con el desarrollo del Estado social, salvo pensiones y Seguridad Social, sin menoscabo de las necesarias acciones de cooperación y coordinación, que estarían sometidas al control del Senado.

Desde una misma inspiración federal, el autor comparte con otros estudios doctrinales la posibilidad de configurar a los Estatutos de Autonomía como las normas institucionales básicas equivalentes a las constituciones de los territorios en los sistemas federales, y subordinados, obviamente, a la Constitución. Abandonarían, por tanto, su controvertido carácter de ley orgánica, así como su función definitoria de la distribución de competencias, que correspondería a la Constitución. Regularían, fundamentalmente, la organización territorial e institucional, la parte dogmática relativa a los derechos reconocidos en el ejercicio de sus competencias y los rasgos identificadores de cada Comunidad Autónoma. Según el autor, desde el punto de vista procedimental, estos «nuevos Estatutos de Autonomía» sólo requerirían la aprobación del Parlamento de la Comunidad Autónoma respectiva, no de las Cortes Generales.

En lo que se refiere al análisis de posibles reformas del Senado, el autor analiza con detalle muchas de las posiciones doctrinales existentes, recordándonos que el amplio consenso acerca de la necesidad de modificar el Senado, e incluso sobre la finalidad última de esa reforma, no es extensible, sin embargo, a los posibles contenidos de la misma.

Asumiendo como premisa que la reconfiguración del Senado ha de perseguir

un objetivo doble (esto es, subsanar la escasa participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones de entes estatales que les afectan, así como corregir déficits de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y de éstas entre sí), el autor concreta determinados aspectos susceptibles de modificación en lo que se refiere a las funciones del Senado (*Propuestas para un debate sobre la reforma territorial desde las universidades andaluzas*, Coller, X. —coord.— 2018). En concreto, una nueva configuración del Senado como auténtica Cámara de representación territorial debería: a) intervenir en la legislación del Estado que tenga especial incidencia en las Comunidades Autónomas, garantizando que el voto de las Comunidades Autónomas sea necesario para determinadas leyes que concretaría la propia Constitución; b) facilitar la conexión entre las Comunidades Autónomas y las políticas de la Unión Europea y garantizar la participación real y efectiva de estas tanto en la fase ascendente como en la descendente; c) crear mecanismos de participación autonómica en el ejercicio de competencias estatales (como, por ejemplo, en la comisión bilateral o el informe previo, que permitan que las Comunidades Autónomas expresen sus posiciones sobre determinadas cuestiones aunque sea de forma no vinculante); d) incluir y reforzar en la Constitución mecanismos eficaces de participación de las Comunidades Autónomas en la designación de integrantes de órganos constitucionales a través del Senado (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo); e) crear fórmulas para garantizar la participación de las Comunidades en la reforma de la Constitución; f) establecer mecanismos con participación del «nuevo Senado» con relación a la financiación autonómica.

Por otra parte, es notorio que la escasa institucionalización de las relaciones de

colaboración y cooperación entre los niveles de gobierno alejan al caso español de los rasgos federales convencionales. Son muy escasas las menciones constitucionales al respecto, reducidas a la cooperación entre Comunidades Autónomas y no de éstas con el Estado. El autor se detiene especialmente en el examen jurisprudencial, legal, doctrinal y estatutario de los diversos instrumentos de cooperación gubernamental territorial que se han puesto en marcha en un nivel infraconstitucional. En este punto se subraya la importancia de que la reforma constitucional, a la luz de los principios de lealtad federal o institucional, colaboración y participación, garantice la participación de las Comunidades Autónomas en la gobernanza estatal. En este sentido, el autor sostiene, en primer lugar, que la Conferencia de Presidentes debería constitucionalizarse, estableciendo las líneas básicas de su régimen jurídico. En segundo lugar, dada su relevancia, deberían reconocerse las conferencias sectoriales, así como un marco de mínimos para los convenios de cooperación, que regulara su definición, la exigencia de una regulación jurídica común, su tipología y las reglas generales del procedimiento de adopción. Asimismo, siguiendo la línea abierta por algunos Estatutos de Autonomía interpretados conforme a la STC 31/2010, el texto constitucional debería incluir el principio de bilateralidad para el tratamiento de determinados asuntos, así como el reconocimiento constitucional de las Comisiones Bilaterales de Cooperación. En último lugar, en cuanto a la cooperación horizontal, coincide con varios autores en la conveniencia de modificar el contenido del artículo 145 CE para que contemple la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan celebrar convenios entre sí con el objeto de cooperar en materias de interés común, remitiendo a una Ley Orgánica de Cooperación el régimen jurídico de los mismos.

Las reflexiones y aportaciones aquí mencionadas representan solo una limitada muestra de la pluralidad temática de innegable interés y trascendencia constitucional presente en el libro *Reforma Constitucional y Estado Autonómico*. A pesar de la envergadura y complejidad de las cuestiones que se examinan, el autor logra ofrecer una visión lúcida y concisa acerca de temas controvertidos en la doctrina. Este hecho, unido a su estilo didáctico y claro, hacen

que el contenido de este libro no quede restringido a especialistas en la materia, sino que sea ampliable a aquellos investigadores que por vez primera deseen explorar estas cuestiones en profundidad.

IRENE SOBRINO GUIJARRO

*Profesora Contratada Doctora  
de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla*

MATIA PORTILLA, Francisco Javier, ELVIRA PERALES, Ascensión y ARROYO GIL, Antonio (Dirs.): *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Las personas del colectivo LGTBI continúan sufriendo discriminaciones y violencias por motivos de orientación sexual o identidad de género. Es la conclusión que alcanzan diferentes informes (ILGA World, *Homofobia de Estado 2019: Actualización del Panorama Global de la Legislación*, ILGA, Ginebra, 2019; ONU, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 11/05/2018, doc. ONU: A/HRC/38/43; entre otros) y a la que necesariamente se llega si se atiende a los datos actuales, que no vienen más que a retratar una realidad que no resulta extraña para ninguno de los países, tampoco para el nuestro. El Informe del Experto Independiente de la ONU sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de 2018 señala que casi la mitad de la población mundial vive en los 72 países que, hoy en día, criminalizan la orientación sexual (párr. 50). A ello se suman las medidas legales y los prejuicios sociales que mantienen a las personas LGTBI en los márgenes —o fuera de ellos— de la educación, el empleo, la vivienda (párr. 57 y 58) o la salud (párr. 62).

En España, gracias a la legislación y las políticas públicas impulsadas en esta materia, la discriminación hacia este colectivo es menor que en otros países de nuestro entorno (Imop Insights, *Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2017). Sin embargo, esto no significa que no se produzcan situaciones discriminatorias ni que

estén todos los derechos conquistados. Por ejemplo, en los últimos meses se han difundido en redes sociales vídeos que mostraban abusos o agresiones verbales y hasta físicas hacia personas LGTBI. Asimismo, el reconocimiento como derechos de algunas de las reivindicaciones encabezadas por este colectivo vuelve a ocupar un papel protagonista en la discusión entre las principales fuerzas políticas del Estado.

En este contexto se enmarca la obra colectiva dirigida por Francisco Javier Matia Portilla, Ascensión Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, que recoge diversos trabajos que, desde la disciplina y metodología jurídicas, abordan los aspectos más vigentes y controvertidos de una temática que precisa de los debates y aportes que la Academia viene realizando. Por ello, en esta ocasión destaca de manera muy positiva la confluencia de diversos trabajos en un mismo volumen pues, tal y como señalan los propios directores, no abundan los trabajos transversales sobre la temática.

El libro se divide en dos partes. La primera de ellas, titulada «Estudios de Derecho Internacional y comparado», recoge cuatro trabajos en los que se analiza la protección que distintas instituciones internacionales brindan a los derechos LGTBI y se presenta un estudio de Derecho comparado entre distintos países europeos. En la segunda parte, titulada «Estudios de Derecho español», se recogen cinco trabajos que abordan, de manera específica, algunas de las cuestiones de mayor actualidad en nuestro país.

En el primer capítulo, Ignacio Álvarez Rodríguez señala las medidas más significativas adoptadas en el seno de la ONU en materia de derechos de las personas

LGTBI, iniciativas que han contribuido a la defensa de los derechos humanos. En este sentido, el autor destaca la reciente creación del Experto Independiente sobre orientación sexual e identidad de género y la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre otros. No obstante, señala también algunas de las cuestiones que siguen pendientes, especialmente la elaboración de un tratado internacional en la materia cuya inexistencia es consecuencia, entre otras razones, de la tensión que se manifiesta en la voluntad de los Estados al momento de proteger y garantizar los derechos de estas personas.

En el capítulo segundo, José Díaz La Fuente ofrece una guía destinada a los diferentes operadores jurídicos y políticos, a la ciudadanía y a los movimientos y organizaciones activistas LGTBI, elaborada a partir del análisis del trabajo de la Unión Europea destinado a la consecución de la igualdad de las personas LGTBI. Para ello analiza las dinámicas institucionales y los principales avances normativos y jurisprudenciales, subrayando la ausencia de una estrategia integral de género que permee el trabajo diario de las instituciones europeas. Asimismo, advierte sobre la necesidad de mayores fondos para financiar el trabajo de organizaciones defensoras de los derechos LGTBI y la aprobación de la propuesta de Directiva del Consejo contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género más allá del ámbito laboral.

A continuación, Francisco Ruiz-Risueño Montoya hace un recorrido por la jurisprudencia del TEDH más reciente en materia de derechos LGTBI, órgano jurisdiccional que desde los años ochenta ha contribuido, con sus pronunciamientos, al reconocimiento como derechos de algunas de las reivindicaciones de este colectivo. En este sentido, el autor se detiene sobre

elementos novedosos como son el reconocimiento jurídico de la nueva identidad de las personas transexuales, el derecho de estas a contraer matrimonio, la prohibición de discriminación en las relaciones paternofiliales, el derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales, el derecho a la adopción, el derecho a manifestarse, así como el derecho a no ser agredido por la condición sexual. Asimismo, repasa la jurisprudencia relativa a la libertad de expresión del colectivo LGTBI sobre su realidad y sus derechos, la objeción de conciencia contra personas de este colectivo y la colisión entre la libertad de expresión y la dignidad de las personas LGTBI.

Concluye la primera parte del libro Anna Lorenzetti, quien ofrece en el cuarto capítulo una panorámica de los ordenamientos jurídicos italiano, francés y alemán construida a partir de la comparación de elementos fundamentales de la protección de los derechos del colectivo LGTBI, como son las garantías en materia de familia, el reconocimiento y alcance de las parejas homosexuales y de la homoparentalidad, las garantías de las cláusulas antidiscriminatorias laborales o la regulación y persecución de los discursos y crímenes de odio. La autora observa que si bien existen elementos que gozan de suficientes garantías en los ordenamientos analizados, por ejemplo el reconocimiento de la orientación sexual, la identidad de género y la condición intersexual, otros de los parámetros estudiados, como la homoparentalidad, presentan importantes deficiencias en su regulación.

El bloque titulado «Estudios de Derecho español» lo inaugura María Díaz Crespo, quien inicia recordando los principales hitos de las luchas del movimiento LGTBI contra la discriminación y el posterior reflejo de estos en la normativa internacional y nacional. Centrados en el contexto español y partiendo del restablecimiento de la democracia constitucional,

la autora subraya el papel basilar del legislador estatal y la cuestionable actuación, en algunas ocasiones, del Tribunal Constitucional. Entre los avances más recientes en este país destacan las numerosas leyes autonómicas dirigidas a la supresión de los prejuicios contra las personas que integran este colectivo. Sin embargo, no todas las Comunidades Autónomas han legislado en la materia y las que lo han hecho cuentan con evidentes limitaciones. Entiende la autora que buena parte del trabajo pendiente debe estar orientado a la visibilización de este colectivo y a la elaboración y puesta en marcha de políticas públicas encaminadas a la educación de la sociedad en la diversidad.

En el capítulo sexto, Miguel Ángel Presno Linera aborda las respuestas penales y administrativas dirigidas contra los discursos de odio que atacan a las minorías sexuales. Tras analizar los últimos datos sobre la evolución de los incidentes relacionados con delitos de odio en España, señala las modificaciones que ha sufrido la legislación penal con la incorporación, entre otras, de la orientación o identidad sexual como un agravante de la responsabilidad penal, o la tipificación de conductas de odio por motivos de orientación e identidad sexual. Desde la perspectiva administrativa, diversas leyes autonómicas han incluido en la protección de este colectivo, incluso limitando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, lo que ha dado lugar a la configuración de una serie de sanciones que, al incidir en el objeto protegido por dicho derecho, resultan, a juicio del autor, de dudosa competencia para las autoridades administrativas.

Pilar Benavente Moreda se ocupa de abordar, en el siguiente capítulo, la regulación prevista en el ordenamiento jurídico español en relación con la filiación e inscripción registral tanto de los hijos de matrimonios o parejas de hecho homosexuales

como la que se deriva de un contrato de gestación por sustitución. Asimismo, analiza también las normas del sistema de inscripción de las filiaciones en el Registro civil y la interpretación que de las mismas realiza la jurisprudencia.

En el séptimo capítulo, Francisco Javier Matia Portilla se detiene en un tema que, si bien no es privativo del colectivo LGTBI, afecta de manera directa al mismo. Nos referimos a la denominada gestación subrogada, discusión de irremediable actualidad y que, como el propio autor señala, encuentra posiciones sociales que resultan inconciliables. Tras exponer el debate social que gira en torno a este tema, pone el foco en la evolución que el Estado francés ha experimentado sobre la materia, pasando de una posición de prohibición de la práctica a otra, la actual, en la que admite la filiación de los padres y la nacionalidad de los hijos nacidos en el extranjero a partir de este contrato. La fijación en el ordenamiento jurídico francés responde, según el autor, a razones de similitud con la situación en España, ya que el Derecho español parte de la consideración de estos contratos como nulos pero facilita la inscripción en el Registro de los menores gestados en el extranjero de esta manera. Por último, ofrece una propuesta de regulación que se pronuncia sobre los elementos más debatidos de esta figura: altruismo o retribución, libre voluntad de las partes o condicionamiento ante determinadas circunstancias, alcance de la libertad de actuación de las partes, derechos de la madre gestante y derechos de los padres de intención, regulación del interés superior del menor, y papel de las instancias públicas.

La segunda parte del libro finaliza con el interesante trabajo de Antonio Arroyo Gil sobre la intersexualidad en España, tema que, como sostiene el autor, sin duda supone un desafío para las clasificaciones clásicas de disciplinas como la

Medicina o el Derecho fundamentadas en el binarismo sexual. A través de este trabajo se ofrece una aproximación a la situación de las personas intersexuales en España, partiendo del marco jurídico internacional en el que se observa que, de manera más o menos explícita y a pesar de todos los aspectos pendientes, los derechos de las personas intersexuales encuentran reconocimiento y protección. Sin embargo, en el ámbito estatal, y a la luz de la normativa de los distintos parlamentos, el autor concluye que existen prácticas que vulneran los estándares internacionales de algunos derechos, como el derecho a la integridad corporal —cirugías de asignación de sexo practicadas a los recién nacidos—, o a la autodeterminación y reconocimiento legal de la identidad sexual —limitación de los sexos en los instrumentos de reconocimiento registral y documental a las categorías hombre/mujer—, entre otros. A pesar de la normativa autonómica que pretende avanzar en la protección de los derechos de las personas intersexuales, concluye el autor que resulta necesaria una ley de carácter estatal pero que, de manera más urgente, necesitamos trabajar por *«superar el entendimiento binario del sexo a partir de la*

*aceptación de una realidad natural que, por minoritaria que sea, merece todo el respeto».*

Queda de manifiesto la oportunidad y la actualidad de una obra que, además de constituir un punto de encuentro tan necesario para los principales debates jurídicos sobre los derechos del colectivo LGBTI, supone una nutrida hoja de ruta que señala caminos que aún quedan por recorrer. La igualdad no será tal mientras existan personas que por razones como las que nos ocupan queden al margen del reconocimiento y ejercicio de los derechos y, en definitiva, de la ciudadanía. Pero no podemos olvidar, como señalan algunos autores del libro, que las medidas legislativas y las políticas públicas dirigidas a luchar contra las violencias y las discriminaciones no serán suficientes si no están acompañadas de la necesaria transformación de nuestras propias subjetividades, pues como sostiene la filósofa Judith Butler, *«la estructura de las creencias es tan fuerte que permite que algunos tipos de violencia se justifiquen o ni siquiera sean considerados como violencia».*

ALICIA CÁRDENAS CORDÓN

*Área de Derecho Constitucional*

*Universidad de Córdoba*

