

RECENSIONES

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO y ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA: *Temas de Derecho constitucional y Derecho administrativo*, Marcial Pons Ed., Madrid, 1988; 1047 págs.

I

En feliz coincidencia con su cuadragésimo aniversario, Marcial Pons acaba de editar el libro de Luis María Cazorla Prieto y Enrique Arnaldo Alcubilla, *Temas de Derecho constitucional y Derecho administrativo*, obra que viene a sumarse a una cada vez más extensa e importante bibliografía sobre nuestro Derecho público.

Antes de hablar del libro, me parece de alguna utilidad referirme brevemente a los autores, por lo demás sobradamente conocidos, pues su personalidad científica y profesional explica, desde el principio, las características y calidad de su obra. En ambos es común su faceta científica y docente y su dimensión de juristas prácticos, lo que justifica la continua preocupación por desentrañar incisivamente las cuestiones conceptuales latentes en preceptos e instituciones y la aplicación práctica a la realidad social, así como la claridad expositiva de los temas, en fecundo equilibrio con la profundidad del análisis. Luis María Cazorla es profesor titular de Derecho Financiero y Tributario, letrado del Estado y letrado de las Cortes, desempeñando actualmente la Secretaría General del Congreso de los Diputados. Enrique Arnaldo Alcubilla es profesor de Derecho Constitucional, funcionario del Cuerpo de Administradores Civiles del Estado y letrado de las Cortes, ejerciendo actualmente estas funciones también en el Congreso de los Diputados. Es conocida además la especialización de ambos autores en temas de Derecho constitucional, especialmente electoral y parlamentario, y financiero, sobre los que han escrito abundantes trabajos (1).

(1) Entre las publicaciones de LUIS MARÍA CAZORLA podemos señalar: «Los principios constitucionales financieros en el nuevo orden jurídico», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981; «Re-

Pues bien, esa doble dimensión (científico-docente y práctica) de los autores se ha volcado de manera fecunda en la obra que comentamos. Se trata, como su propio título indica, de un *libro de temas*, lo que explica su finalidad y características. En efecto, toda actividad jurídico-científica —como se dice en la nota previa— puede tener uno de estos dos objetivos. En primer lugar, el descubrimiento de nuevas parcelas al conocimiento humano, por la construcción de nuevos conceptos o categorías, o el mayor desarrollo de los ya conocidos. En segundo término, la ordenación, exposición relacional y sistematización de distintos conocimientos ya alcanzados, pero que en su presentación se les da ahora una nueva forma, más accesible por el conocimiento de aquellos a quienes va dirigida.

Pues bien, ésta es la finalidad inicial, confesada por los autores, de su libro, con el que se intenta la recuperación de un género, el de los manuales para opositores, con gran tradición en nuestro país (recuérdense los trabajos de Jiménez de Asúa y Castán Tobeñas), pero con escasos ensayos en el momento presente. Los *Temas de Derecho constitucional y Derecho administrativo* encajan en este género, aparentemente menor, de la producción jurídica, pero con una considerable importancia, pues va dirigido a la formación de posgraduados que aspiran a incorporarse a la función pública. Y como advertía Entrena Cuesta, el éxito de una Administración no está tanto en las normas reguladoras como en la calidad del personal a su servicio, a cuya mejora libros como éste pretenden colaborar.

Esta finalidad práctica inicial del libro exige una señalada vertiente de conformación y ordenación de los conocimientos jurídicos, mediante la exposición sucinta y sistemática de normas e instituciones del Derecho positivo español y comparado, referencias a las distintas fuentes doctrinales y a la jurisprudencia, en particular la del Tribunal Constitucional. Todos estos requisitos están presentes en esta obra, cuya pretensión principal es la de responder al programa de *preparación de la oposición para el ingreso en la carrera judicial*, aunque no se dirige únicamente a los que aspiran a incorporar a aquéllas dadas la similitudes entre los programas de Derecho público

laciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales», en *Tribunal de Cuentas. Crónica 1981*, Madrid, 1982; *Deporte y Estado*, Labor, Madrid, 1979; *Las Cortes Generales, ¿Parlamento contemporáneo?*, Civitas, Madrid, 1986; *La oratoria parlamentaria*, Espasa-Calpe, Madrid, 1986; *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (dirección), Civitas, Madrid, 1986, o *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1985 (dir. por F. Garrido Falla).

E. ARNALDO ALCUBILLA es autor, entre otros trabajos, de una «Crónica electoral» publicada en la *Revista de las Cortes Generales*, núm. 8, págs. 11 y 12, y de «El poder financiero del Parlamento Europeo», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 9, siendo colaborador habitual de revistas de Derecho constitucional y de prensa nacional.

para el acceso a los distintos cuerpos de la Administración. Hay además un concepto de la función judicial que explica el rigor y profundidad en la exposición de los temas: el juez no es sólo ya la boca de la ley, sino que los autores destacan desde el principio su función de contribución activa a la creación de las normas jurídicas precisas para la mejor convivencia social. Y al servicio de la mejor formación de los futuros integrantes de la carrera judicial, se advierten dos características del libro:

1.^a La abundante *información* sobre las distintas instituciones jurídicas tratadas, que ha de ser útil al juez en su tarea de ordenación y aplicación del conocimiento jurídico, y 2.^a La *opinión personal* de los autores, sobre todo en las cuestiones de más controvertida naturaleza, lo que ha excluido del libro cualquier tentación de exposición acrítica.

En definitiva, parece que la finalidad primaria del libro ha sido plenamente conseguida, y en este punto no queda sino recomendar vivamente su utilización para todos aquellos que se encuentren en el duro trance de oposiciones.

Pero, además, me interesa destacar otro aspecto presente en esta obra.

Las cuestiones tratadas —el Derecho constitucional y el Derecho administrativo general— son el *núcleo del Derecho público*, expuesto aquí, incluso en su presentación formal, de manera unitaria. Construido ya nuestro viejo Derecho político como un estricto Derecho constitucional, alejado de pasadas tentaciones globalizadoras que habían ido convirtiendo nuestra disciplina en un *totum revolutum* de perfiles cada vez más confusos, se plantea el problema del deslinde con otras ramas jurídicas, especialmente el Derecho administrativo, con el que el Derecho político estuvo unido en los planes de estudio durante largo tiempo. Conseguida su autonomía, parece conveniente asegurar sus relaciones sobre bases sólidas, sobre todo tras lo que podríamos denominar progresiva administrativización del Derecho constitucional, es decir, la interpretación de las normas e instituciones constitucionales desde categorías propias del Derecho administrativo. En el fondo de esas construcciones laten, en realidad, criterios sustanciales como la negación de la personalidad jurídica del Estado y su reducción a la de la Administración, la concepción de las Cortes como órgano del pueblo y no del Estado, la definición de los jueces y tribunales como «órganos del Derecho» y la utilización de categorías administrativas para explicar la subordinación de la ley a la Constitución y, en general, todo el estudio de las fuentes normativas (2).

(2) El tema fue objeto de una conocida polémica entre los profesores LUCAS VERDÚ («El Derecho constitucional como Derecho administrativo. La 'ideología constitucional' del profesor García de Enterría», en *Revista de Derecho Político*, núm. 13) y GARCÍA

Este planteamiento corre el riesgo de convertirse en estéril formalismo jurídico que, judicializando en exceso el Derecho constitucional, desconoce los contenidos valorativo, ideológico, cultural y transformador, del que carecen (al menos en igual medida) las normas administrativas (3). No cabe, pues, reducir el Derecho constitucional al Derecho administrativo, ni aun en su vertiente moderada de «Derecho constitucional concretizado», en expresión de Werner (4).

No obstante, deben hacerse esfuerzos en la línea de la unidad sustancial del Derecho público (5), cuya base ocuparía el Derecho constitucional (6), como Derecho fundamental de organización del régimen político. Téngase en cuenta que si, como afirma Laferrière, el Derecho constitucional tiene como objeto «la organización política del Estado» (7), de forma que el adjetivo «política» le distinguiría del Derecho administrativo, luego no es fácil una demarcación neta entre ambos Derechos, porque también las cabezas de capítulo del Derecho administrativo se encuentran en el Derecho constitucional.

Y precisamente la desconexión entre los estudios del Derecho constitucional y del Derecho administrativo no parece haber aportado especiales ventajas a ninguno de ellos; antes, al contrario, los de aquél se han resentido en ocasiones de falta de método dogmático-jurídico, en cuyo terreno las aportaciones de los administrativistas deben ser reconocidas, mientras que éstos se han ocupado a menudo de cuestiones menores y de forma atemporal y legalista, originando un Derecho administrativo «acéfalo por su falta de vinculación con el Derecho constitucional ahistórico por su ruptura con la conciencia histórico-jurídica propia» (8).

DE ENTERRÍA («El Derecho constitucional como Derecho», en *Revista de Derecho Político*, núm. 15). Sobre esta cuestión concreta, P. LUCAS VERDÚ: «El Derecho constitucional como Derecho administrativo», cit., págs. 36 y sigs.

(3) Buena prueba de ello fueron los acontecimientos en torno a la LOAPA. Confróntese G. TRUJILLO: *LOAPA y Constitución*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1982.

(4) Citado en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 20.

(5) Como sostiene desde hace tiempo GALLEGO ANABITARTE, por ejemplo, en «Derecho público, Derecho constitucional y Derecho administrativo en España», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 46, núm. 1, 1980; «Constitución y política», en K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, páginas 540 y sigs., y «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 101-102, 1983, I, págs. 705 y sigs.

(6) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a su libro *La Constitución como norma...*, pág. 32.

(7) J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit Constitutionnel*, 1941, pág. 8.

(8) A. GALLEGO ANABITARTE: «Derecho público, Derecho constitucional...», cit.

De ahí que sea necesario poner «los cimientos de un Derecho público español como un cuerpo jurídico unitario, donde los grandes principios jurídico-constitucionales, tanto sustantivos como organizatorios, penetren todo el ordenamiento jurídico-público» (9).

Pues bien, me parece que esa finalidad —con algún matiz a que me referiré más tarde— también está presente en estos *Temas*... Los autores han puesto aquí esos cimientos de un Derecho público español, cuyos preceptos e instituciones están informados por los principios derivados de la Constitución. Si no fuera por la servidumbre que los programas de oposiciones imponen a este libro, su título podría muy bien haber sido el de *Temas de Derecho público*. En esa pretensión de mayor calado ha de insertarse otra de las preocupaciones de los autores, algo más alejada de la finalidad primaria y por eso no perfilada del todo, aunque apuntada con claridad. Me refiero al concepto del Derecho público y del Derecho en general y a la metodología adecuada para su tratamiento científico. El planteamiento que se deduce del libro es en todo loable. Ciertamente, los autores son conscientes de la necesidad de una identificación precisa del objeto del Derecho —las normas e instituciones jurídicas— para permitir la autonomía científica de su estudio, pero ello ha de hacerse en el marco de las ciencias sociales, pues «para conocer una institución jurídica con profundidad es prácticamente imprescindible acudir a los conocimientos que, con carácter auxiliar, proceden del resto de las ciencias que conviven con la jurídica en el marco de las ciencias sociales» (pág. 8). Con ello, Cazorla Prieto y Arnaldo Alcubilla se incorporan a una fecunda corriente doctrinal que, señalando inequívocamente el objeto jurídico de la Ciencia del Derecho, se aparta de un estéril formalismo jurídico para construir un Derecho realista, preocupado por el funcionamiento real de normas e instituciones y por los fundamentos ideológicos e históricos de las fórmulas jurídicas (10).

Esa centralidad no formal del objeto de la Ciencia del Derecho incide lógicamente en la *metodología* empleada. Coherentemente con ello, se utilizan aquí equilibradamente y sin mezclar: a) La metodología jurídica, aunque

(9) A. GALLEGO ANABITARTE: «Las asignaturas de Derecho político y administrativo...», cit., pág. 795.

(10) Es innecesario aquí recordar con detalle la larga lucha contra el positivismo jurídico radical. Baste señalar nombres señeros como Herman Heller, Heinrich Triepel, Karl Sontheimer, Santi Romano, Maurice Hauriou, Mortati, Crisafulli o Biscaretti. En España son de sobra conocidas las aportaciones en esta línea de autores como Sánchez Agesta, Lucas Verdú, Alzaga o Jiménez de Parga. Precisamente el profesor Lucas Verdú acaba de volver sobre el tema en su reciente y espléndido libro *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.

con un enfoque pluralista (11), y *b*) La metodología propia de las ciencias sociales no jurídicas (12). En realidad, el profundo enraizamiento social de los fenómenos jurídicos revela —ha dicho el profesor Aguiar de Luque (13)— la insuficiencia del formalismo jurídico y exige la colaboración interdisciplinar y la complementariedad del método jurídico y el propio de otras ciencias sociales, pero sin confundirlos.

En suma, los *Temas...* cobran también valor destacado en esta parcela de la construcción dogmática del Derecho público. Y en esta dimensión su destinatario directo se amplía notoriamente. Su lectura y estudio debe también recomendarse a estudiantes de licenciatura, docentes y a toda persona interesada en las cuestiones del Derecho público.

II

Hechas las consideraciones anteriores sobre el alcance general de la obra, procede entrar, aunque sea mínimamente, en su contenido. La empresa es ardua, pues la variedad temática del libro dificulta un comentario global y exige un tratamiento detallado y pormenorizado de temas, cuya extensión desbordaría en mucho la finalidad y límites de estas páginas. Así, pues, habré necesariamente de centrarme en las características generales del libro y en algunas cuestiones más relevantes.

La obra consta de treinta y ocho capítulos, que coinciden con los temas del programa de ingreso en la carrera judicial, divididos en dos partes, correspondientes al Derecho constitucional y al Derecho administrativo, en que la enumeración de los temas y su colocación no siempre es razonable, aunque la objeción no va dirigida a los autores, sino a los redactores del programa,

(11) La necesidad de ese método es defendida incluso por los juristas menos formalistas. Por ejemplo, H. TRIEPEL: *Derecho público y Política*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 75. En ese sentido, J. TOMÁS VILLARROYA: «La dirección dogmática del Derecho político», en *Revista de Administración Pública*, núm. 79, 1979, pág. 88; o E. GARCÍA DE ENTERRÍA: prólogo a su libro *La Constitución como norma...*, op. cit., págs. 30 y siguientes. Sobre la pluralidad de enfoques metodológicos, ya defendía Montesquieu su necesidad (*El espíritu de las leyes*, lib. XVI, cap. XVI) y hoy nos lo recuerdan autores como F. LUCHAIRE: «De la méthode en Droit Constitutionnel», en *Rev. de Droit Public et de la Science Politique*, núm. 1, 1981, págs. 293 y sigs., o A. GALLEGO ANABITARTE: «Las asignaturas del Derecho Político y Administrativo...», cit., págs. 75 y sigs.

(12) Sobre la necesidad de esta metodología, v. gr., J. TOMÁS VILLARROYA: «La dirección dogmática del Derecho Político», cit., págs. 88-89, o J. XIFRA HERAS: «El Derecho Político, disciplina enciclopédica», en *Revista de Estudios Políticos*, número 153-154, 1967, pág. 139.

(13) *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, Madrid, 1977, pág. 12.

al que aquéllos se atienen. En todo caso, quedan expuestas las instituciones de nuestro Derecho público con extensión, profundidad y rigor, claridad expositiva y espíritu de síntesis. En cada una de ellas los autores nos ofrecen los antecedentes históricos, su significado real, las posiciones teóricas, los precedentes de Derecho comparado y el análisis sistematizado de nuestro Derecho positivo, recopilado exhaustivamente y complementado con los comentarios doctrinales más significativos y la jurisprudencia oportuna, especialmente del Tribunal Constitucional, y una extensa y cuidada bibliografía al final de cada tema, lo que hace del libro un tratamiento completo de nuestro Derecho público esencial en el mínimo espacio posible, pues no hay en ningún momento concesiones a lo irrelevante o a lo accesorio.

La primera parte está dedicada al «Derecho constitucional». Su primer capítulo aborda el constitucionalismo histórico español; en sus treinta páginas se nos ofrece en apretada síntesis las instituciones y principios constitucionales, el significado real de las Constituciones y el análisis de las circunstancias histórico-políticas, todo ello con un consciente criterio de moderación, bien patente en los temas más conflictivos (14).

A continuación se describen con claridad y soltura las cuestiones generales de la Constitución: génesis y estructura, valor normativo y principio de interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, reforma, valores superiores y Estado social y democrático de Derecho (II y III), dedicándose el capítulo IV a abordar de modo muy completo y sistemático el Tribunal Constitucional, cuya regulación en nuestra Constitución ha dado un «espaldarazo decisivo a la justicia constitucional» (pág. 108).

Especial interés tiene el capítulo V, relativo a la Monarquía y las Cortes. Además de la exposición de la regulación constitucional y de desarrollo, los autores toman partido en algunos temas discutidos y lanzan propuestas de futuro, a mi entender, con juicios cargados de razón y conocimiento. En esa línea, defienden la importancia del papel del Rey en nuestro sistema constitucional (esp. en pág. 140), o la conveniencia del bicameralismo (15), o, matizadamente, la personalidad jurídica de las Cortes (pág. 146), terminando con una atinadas consideraciones sobre la crisis del Parlamento tradicional y su nuevo papel en el Estado contemporáneo, como órgano de encuentro; pacto

(14) «En el análisis jurídico-político de la Constitución de 1931 han sido frecuentes los juicios extremistas, que es necesario evitar» (pág. 36).

(15) «La reforma constitucional queda lejana; por el momento es necesario evitar el tópico de la crisis del bicameralismo y adaptar el Senado, cuya funcionalidad no puede ponerse en duda, a la estructura constitucional vigente. La especialización del Senado en determinadas materias quizá sea uno de los caminos por los que hoy se pueda transitar» (pág. 148).

y negociación política, y plataforma para explicar al país las posiciones de los actores reales de la política, los partidos políticos (pág. 162). Desde este punto de vista, se considera que el Parlamento es un órgano irremplazable, aunque deban corregirse sus *disfuncionalidades*, sobre todo por la vía de reforzar la función fiscalizadora o de control y la de dirección política, para lo que se ofrecen propuestas concretas (págs. 162-163) (16).

Todo lo anterior no es ajeno al Gobierno y sus relaciones con las Cortes, objeto del capítulo VI. En estas páginas, Cazorla y Arnaldo analizan con acierto el sentido general del Gobierno y su creciente importancia, consiguiendo certeramente la descripción de su posición constitucional a través de su evolución histórica en España y sus caracteres y funciones. La relación con las Cortes se centra en el *control*, pues «se ha pasado del Parlamento legislador al Parlamento controlador» (pág. 177), sobre la base de la estabilidad del Gobierno, el papel predominante de su presidente y la importancia del Congreso (pág. 178). En esa línea se pasa revista a las distintas formas de control y a la disolución, a través del análisis jurídico riguroso de las normas vigentes y de su significado político en el conjunto del sistema.

El capítulo dedicado al Estado autonómico (VII) es uno de los más conseguidos del libro. Es más: estamos en una de las pocas ocasiones que en una obra general se hace, con soltura y ponderación, una exposición sistemática y ordenada del tema, que incluye una interpretación rigurosa de los preceptos jurídicos, el recuerdo de las posiciones doctrinales en cada cuestión y la presentación de la correspondiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin eludir valoraciones personales —a menudo, críticas— ni propuestas de futuro. Desde esa perspectiva, los autores estudian los principios generales, la distribución de competencias, las formas de control y el desarrollo del proceso autonómico, con especial insistencia en la LOAPA, de la que se hace una crítica suave, y en la sentencia del Tribunal Constitucional («una de las más decisivas y trascendentes de sus sentencias», pág. 212), de la que se ofrece una exposición resumida, finalizando con una apuesta por el federalismo cooperativo (pág. 214).

Este estudio ha de completarse con las consideraciones sobre el ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas y su organización, incluidas en el capítulo VI de la parte correspondiente al Derecho administrativo, por imperativo de la ordenación caprichosa del programa de oposiciones cuya sistemática adopta este libro. Y digo caprichosa porque, salvo el análisis de la potestad reglamentaria, actuación y organización administrativa y función

(16) El tema ya había sido tratado en profundidad por L. M.^o CAZORLA en su libro, cit., *Las Cortes, ¿Parlamento contemporáneo?*, op. cit.

pública autonómica, el resto del capítulo entra de lleno en el ámbito del Derecho constitucional, no obstante una opinión en contrario que parece haberse impuesto incluso en los catálogos de las editoriales. Pues bien, en ese capítulo se abordan el Estatuto de Autonomía, las leyes de las Comunidades Autónomas y su organización institucional y administrativa. La corrección del análisis impide objeciones de entidad; tan sólo indicar que, en mi opinión, debería haberse destacado más el matiz paccionado de los Estatutos, para evitar un excesivo formalismo jurídico en su tratamiento, y recordado la incidencia política general en el Estado clásico de las leyes autonómicas (soberanía, etc.).

Un estudio muy completo y de factura clásica se hace de los derechos fundamentales y libertades públicas (VIII) y de sus garantías (IX), incluyendo origen y evolución, naturaleza y análisis de la Constitución, destacando los comentarios sobre el valor jurídico del título I y las consideraciones sobre las «garantías frente a los particulares».

Especialmente completo es el análisis del régimen electoral (X), cuyo objeto es la exposición sistemática del Derecho electoral vigente, sin olvidar los temas polémicos (por ejemplo, la naturaleza jurídica de la Junta Electoral Central), que los autores resuelven con la soltura propia de su especialización (17).

El Poder Judicial es objeto de tratamiento detallado (XI a XVIII), como no podía ser menos por la finalidad inicial de la obra. Las más de ciento cincuenta páginas dedicadas al tema son un auténtico libro, en que, con conocimiento y rigor, se van desentrañando las cuestiones que afectan al único poder del Estado calificado como tal en la Constitución, y de cuya correcta articulación depende la realización del Estado de Derecho. Tras unas atinadas reflexiones sobre la función del Poder Judicial en el Estado social y democrático de Derecho, se estudian sus características (independencia, unidad y exclusividad de la jurisdicción), el Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional, el gobierno interno de los juzgados y tribunales y la carrera judicial, el derecho a la tutela judicial efectiva, la responsabilidad del Estado-juez, en el marco de la teoría de la responsabilidad de los poderes públicos, y la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de los jueces.

Además del rastreo exhaustivo por la normativa de todo rango y por la jurisprudencia, también aquí encontramos tesis de los autores sobre cuestio-

(17) Quizá se echa en falta alguna consideración crítica en la perspectiva de la funcionalidad jurídico-política del Estado, tal vez explicable por la finalidad primaria de la obra, pues juicios de esa naturaleza han hecho los autores en diversas ocasiones, por ejemplo, las lúcidas reflexiones de E. ARNALDO en su artículo «Profundizar en la democracia», en *Ya*, 28 de septiembre de 1987.

nes discutidas que tercián en la polémica con valentía, pero con ecuanimidad y prudencia.

A este respecto son significativas las consideraciones sobre el Consejo General del Poder Judicial, referentes a su naturaleza —«órgano constitucional, cuya función no es jurisdiccional, sino organizativa e instrumental, en orden a asegurar la independencia del poder judicial» (pág. 371)—; la defensa de su composición mixta judicial y no judicial o parlamentaria (página 372); la constitucionalidad de la nueva forma de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, aunque apuntando el riesgo de politización de las propuestas parlamentarias por la tentación del reparto de los puestos entre los partidos; o la consideración de que más que de gobierno del Poder Judicial por el Consejo General (art. 104.2 LOPJ) debe hablarse de «gobierno compartido con el poder legislativo y con el gobierno, a través del Ministerio de Justicia», responsable político del funcionamiento de la Administración de justicia (pág. 383).

El último capítulo de la primera parte (XIX) es un magnífico y muy pedagógico estudio de las instituciones de las Comunidades Europeas, tema a caballo entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional, y cuyo olvido en los vetustos planes de nuestras Facultades de Derecho es cada vez más criticable. El estudio sistemático de las instituciones comunitarias no olvida aquí la realidad y las dificultades de su aplicación; y así se recuerda que la cooperación política cada vez se realiza en reuniones informales de los representantes de los gobiernos, se razona la disfuncionalidad del derecho de voto, o se analiza la naturaleza y problemas del Parlamento Europeo, cuyo carácter parlamentario precisamente se niega (pág. 481).

La segunda parte comprende veintinueve temas de Derecho administrativo. Se trata, en conjunto, de un manual de la parte general de esta disciplina (18) en que se exponen con la misma claridad y rigor sus principales instituciones.

Precisamente, el capítulo I, consagrado a la Administración pública y su posición jurídica, es el nexo de conexión de esta parte del libro con la primera. Se describe, así, la posición de la Administración pública en el Estado y su relación con todos los poderes, se esboza la relación Administración-Política-Derecho y se profundiza en el siempre espinoso problema de la personalidad jurídica de la Administración. En este último punto se apartan los autores de la conocida tesis de García de Enterría y T. R. Fernández, sobre la personificación exclusiva de la Administración, para ofrecernos unas intere-

(18) Cuyo precedente es el libro de L. M.^a CAZORLA: *Temas de Derecho administrativo*, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, 3.^a ed., Madrid, 1983.

santes reflexiones sobre la ampliación de la Administración pública dependiente del Gobierno y de fines generales (art. 103 CE) a las Administraciones de las Cortes Generales, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas o Consejo General del Poder Judicial, que son administraciones con carácter instrumental o de apoyo de estos órganos constitucionales para el cumplimiento de sus fines específicos (pág. 517).

En íntima relación con estas cuestiones se encuentra el ordenamiento jurídico-administrativo, objeto del capítulo III. En él los autores exponen una breve teoría de las fuentes del Derecho en la línea de los mejores manuales de Derecho administrativo, aunque la sede idónea de su estudio debería ser el Derecho constitucional, como han entendido alguno de sus representantes más notorios, que han dedicado al tema notables trabajos (19). La potestad reglamentaria y su control constitucional es estudiada en capítulo aparte (III), lo que permite a los autores prestarle la atención que exige su importancia en el Derecho administrativo.

Tras un estudio de la organización administrativa (IV), en que se insiste en el carácter dinámico de las estructuras administrativas y se ofrece los modelos de su reforma, se abordan las distintas Administraciones públicas estatal (V), autonómica (VI), local (VII) e institucional (VIII), poniendo de relieve cuestiones como la duplicidad organizativa a que conduce la Administración periférica, la necesidad de separación entre el Gobierno y la Administración (20), las relaciones entre las Administraciones estatal, local y autonómica sobre la base de los principios de control, tutela, coordinación y cooperación; la controvertida posición de la provincia en el Estado autonómico, o los problemas de la Administración corporativa en el Estado democrático, objeto ya de algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

El estudio organizativo debe completarse con el de la *función pública* (IX). Los autores lo hacen en unas afortunadas páginas a través de las cuales el lector puede conocer los problemas histórico-sociológicos de la burocracia y su relación con el poder y con el Estado, la evolución histórica de la función pública española, sus rasgos generales en el Derecho vigente, y el contenido de la relación funcionarial. No hubiera estado de más alguna consideración crítica y propuestas de futuro, que los autores habrían hecho con inteligencia, aunque tal vez les ha hecho desistir la finalidad de su obra.

(19) Es el caso de JAVIER PÉREZ ROYO, en su libro *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1984, o IGNACIO DE OTTO en su magnífica obra *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Madrid, 1987.

(20) «También las Cortes Generales dirigen al Gobierno por medio de las leyes y lo controlan, pero no por ello dejaría de ser disparatado el calificarlas como el órgano rector del Gobierno» (pág. 659).

A continuación, el libro nos presenta un sugestivo y asequible estudio del núcleo del Derecho administrativo general, a saber: el acto administrativo (X y XI), procedimiento y recursos administrativos (XII), contratos administrativos (XIII), dominio público y patrimonio del Estado (XIV), expropiación forzosa (XV), responsabilidad patrimonial de la Administración (XVI) e intervencionismo administrativo, en sus facetas de fomento, policía y servicio público (XVII). Como es habitual, los correspondientes análisis describen la teoría general de la institución, y exponen su régimen jurídico español a la luz de las normas vigentes y de la jurisprudencia, preocupándose en todo momento de clarificar el encaje constitucional, como ocurre al dudar sobre la posibilidad de «actos políticos» en nuestro Derecho (págs. 824-826), o al analizar las expropiaciones legislativas, como la de Rumasa, objeto aquí de un cauto comentario.

La obra finaliza con unos apretados —y aprovechados— capítulos sobre Derecho urbanístico (XVIII y XIX), materia objeto de espléndidos trabajos, pero necesitada de una exposición sucinta como ésta.

En fin, poco más se puede decir en los estrechos límites de este comentario. Estamos, en suma, ante una obra que trata de recuperar la rica tradición de los manuales de preparación de oposiciones, pero que, logrando ampliamente ese ambicioso objetivo, le supera, para constituir un verdadero tratado de Derecho público español. La amplitud en el tratamiento de los temas, la afortunada selección de cuestiones clave, la presentación de las distintas interpretaciones doctrinales, el manejo exhaustivo y actualizado de legislación y jurisprudencia, el rigor de las interpretaciones, la pluralidad metodológica y la claridad expositiva hacen de este libro obra de consulta obligada para opositores, estudiantes, profesionales del Derecho e interesados por el Derecho constitucional y administrativo. Por eso debemos felicitarlos de la aparición de estos *Temas...* y augurarles un brillante éxito en esta primera edición, que será seguida pronto por otras sucesivas.

José Antonio Alonso de Antonio

ANTONIO EMBID IRUJO: *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares (Madrid), 1987; 219 págs.

La vigencia entre nosotros del texto constitucional de 1978 plantea el tema que aborda el autor en el presente libro, que tiene como punto de referencia el Derecho alemán y, subsiguientemente, su repercusión sobre la

legislación funcional española. Como afirma el profesor García de Enterría en el prólogo, «este libro trata de uno de los ámbitos en que importa mantener la efectividad de la Constitución: el funcional», dado que los servidores públicos, en cuanto vinculados al Estado de manera especial y en cuanto dotados de unas facultades y potestades de las que carecen el resto de los ciudadanos, deben *respetar* y *acatar* la Constitución de una manera más intensa y con arreglo a unas singulares pautas y directrices.

INTRODUCCION

En las páginas iniciales de su libro, el autor ya subraya algo que es como el hilo conductor de aquél: la fidelidad a la Constitución se plantea de manera muy diferente en la República Federal Alemana y en España. De lo que se trata, precisamente, es de indagar y profundizar en las razones últimas de esta diferencia y de rastrear en qué medida, dadas dichas divergencias, nuestro país se acerca o se distancia de la nación alemana en este punto, tan importante y crucial, como es el de la dualidad existente funcionario-Constitución en lo que concierne al comportamiento de aquél respecto de ésta.

DERECHO ALEMAN

El autor empieza diciendo que «el tema de investigación que nos ocupa tiene reflejo constante en los medios de comunicación», lo que es índice evidente de que estamos ante una cuestión de alcance social y no reservada a los cultivadores del Derecho político, constitucional o administrativo. Y también apunta que dicho tema puede ser abordado desde perspectivas diferentes que, en conjunto, contribuyen a una contemplación más completa y global del mismo.

Históricamente hablando, en Alemania cabe hablar de una etapa previa de tránsito de la fidelidad personal a la institucional, que abarca todo el siglo XIX hasta la Constitución de Weimar. El funcionario, que inicialmente debía fidelidad y obediencia al Jefe del Estado, poco a poco va cambiando el sentido de su sumisión, que se dirige no tanto hacia la persona del Rey cuanto hacia la Constitución, y aun en el supuesto de que el juramento se refiera a la persona regia citada, su contenido se va informando de la necesidad de dar cumplimiento a la Constitución y cumplir los deberes inherentes al cargo que se desempeña.

Con la Constitución de Weimar, «la plena consagración de la fidelidad a la Constitución se hace efectiva», de tal manera que su artículo 176 implanta

la obligación de prestar juramento a aquélla con arreglo a lo que disponga posteriormente un reglamento. Sin embargo, muchos funcionarios se sitúan fuera de las fronteras constitucionales e incluso se valen de sus cargos para *atacar el régimen constitucional*; lo que determinará la posición defensiva de algunas leyes, como la de 21 de julio de 1922, que obliga a los servidores públicos a luchar, en su vida oficial, por los ideales del Estado al que sirven, sin llegar todavía a imponerse tal exigencia cuando actúen en su vida privada o particular. Será una circular del gobierno prusiano la que, en 1930, ocasione «un cambio notable», ya que no respeta el ámbito de la libertad ideológica de los funcionarios y les impone deberes y obligaciones más allá de su actividad estrictamente profesional.

La legislación nazi supuso un retroceso en la evolución, al reclamar de nuevo fidelidad personal e incondicional al Führer y al Estado del nacionalsocialismo, de tal modo que el juramento de los funcionarios se hacía a la persona de Hitler.

Dado que la Constitución de Weimar aceptó un modelo de democracia en el que no se arbitraron medios para defender los postulados democráticos, no es de extrañar que esta circunstancia haya condicionado fuertemente la evolución del proceso que venimos describiendo. En efecto, ya el mismo Kelsen habló del «trágico destino» de la democracia, que no es capaz de defenderse ante todo tipo de ataques y que llega a permitir la utilización y disfrute de los derechos fundamentales para luchar contra la Constitución.

Con la Ley Fundamental de Bonn de 13 de mayo de 1949 (GG), el panorama adquiere nuevos rumbos, como se deduce de varios de sus artículos, entre los que destaca el 33.4. Embid Irujo señala que «lo más notable del tema que nos ocupa no es, sin embargo, la misma dicción de la GG, sino la evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial que ha tenido lugar en torno a ella». En primer lugar, menciona el Acuerdo del Gobierno Federal, de 19 de septiembre de 1950, sobre participación de los funcionarios contra el ordenamiento fundamental democrático, prohibiéndoles la militancia o participación o apoyo que presten a grupos políticos que estén en contra del ordenamiento liberal democrático. En segundo lugar, aparece el Acuerdo entre el canciller de la Federación y los ministros presidentes de los *Länder*, de 23 de enero de 1972, con arreglo al cual se convierte en principio básico del acceso y la permanencia en la función pública la preocupación para que todo funcionario «ofrezca la garantía de que luchará en todo tiempo por el ordenamiento fundamental liberal democrático en el sentido de la Ley Fundamental»; abarcando esta responsabilidad tanto la conducta dentro del servicio como fuera del mismo, y entendiéndose que supone más una conducta activa que una mera abstención o pasividad en el comportamiento. Y, en ter-

cer lugar, sobresale el auto del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), de 22 de mayo de 1975, que, en el proceso que venimos describiendo, «aporta novedades significativas», entre las que resulta más relevante la de solucionar la controversia sobre si la militancia en partidos políticos no prohibidos puede fundamentar las sospechas de infidelidad a la Constitución, inclinándose el BVerfGE por la respuesta afirmativa.

Para comprender el problema en toda su amplitud y complejidad, se hace necesario conocer, siquiera sea de modo sucinto, el tratamiento que la función pública recibe en el sistema constitucional alemán. Dentro del mismo, el funcionariado es contemplado por la GG en su parte organizatoria, y lo define como un dispositivo, un instrumento privilegiado en manos del Estado para que realice los objetivos y metas que le propone la GG. Las siguientes palabras del autor son significativas: «A la función pública se le atribuye entonces, como al mismo Estado, un objetivo de conformación de la sociedad, y ello implica también que el funcionario deba identificarse plenamente con los fines que persigue el Estado, pues el funcionario no está frente al Estado, sino en el Estado.» Por tanto, «aquí se encuentra el engarce lógico con la teoría —que se convierte en necesidad— de la fidelidad del funcionario a la Constitución» (el subrayado es nuestro). En consecuencia, entre los dos modelos de conformación de la función pública, un modelo de servicio y legalidad y un modelo de relación de fidelidad, el constituyente optó por el segundo de ellos, «y ello como consecuencia lógica de una herencia histórica, ideológica y doctrinal que vincula al funcionario a la realización de los mismos fines queridos por la Constitución, y que no se limita solamente a pedirle un respeto personal a los mismos».

Un aspecto que se conexiona directamente con el deber de fidelidad a la Constitución es el de la protección de ésta. Prescindiendo ahora de aspectos como el de la extensión, naturaleza y límites de dicha protección, así como el del objeto de la misma, nos interesa detenernos en lo que el autor denomina «la fundamentación ideológica de la protección de la Constitución», que no es otra que «la democracia militante». Como reacción, ya señalada, contra el sistema constitucional de Weimar, que no contaba con medios de protección adecuados y suficientes, el constituyente se encarga de configurar una «democracia militante», que es la «fundamentación ideológica» de la protección de la Constitución y que arrastra, por lo demás, «una vida azarosa de sugestiva narración», ya que, «de ser una elaboración teórica con antigüedad superior a la de la GG», acabará incorporándose «al catálogo de principios jurídicos por el mismo BVerfGE, que desde sus primeras sentencias lo utilizará como símbolo representativo de la serie de preceptos que la GG dedica a la protección del ordenamiento constitucional».

El concepto «democracia militante» es obviamente polémico y conflictivo. Frente a los autores que defienden este principio constitucional, otros lo rechazan sobre todo en cuanto a su aplicación. La democracia militante en cuanto tal sirve como fundamento para proteger y defender la Constitución, que a su vez gira en torno a otro concepto capital que igualmente debe ser objeto de protección, como es el de ordenamiento fundamental democrático liberal.

El ordenamiento fundamental democrático liberal, aunque recogido muchas veces en la GG, no es definido en ella. Ha tenido que ser el Tribunal Constitucional Federal el que lo defina, señalando que «es un ordenamiento que, bajo la exclusión de cualquier régimen de gobierno violento y despótico, representa un orden jurídico con fundamento en la igualdad, la libertad y la autodeterminación del pueblo según la voluntad de su respectiva mayoría. Entre los principios fundamentales de este ordenamiento hay que contar por lo menos: el cuidado por los derechos del hombre concretizados en la Ley Fundamental, sobre todo el derecho de personalidad, a la vida y al libre desarrollo, la soberanía del pueblo, la división de poderes, la responsabilidad del Gobierno, la legalidad de la Administración, la independencia de los jueces, el principio de pluralidad en los partidos y la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos junto con el derecho a la formación y ejercicio constitucional de una oposición» [BVerfGE 2, I (12)].

Estamos ante lo que se denomina un concepto jurídico indeterminado y que vincula a los poderes públicos. Su delimitación ha sido objeto de un proceso de clarificación gradual con intervención de la doctrina, apoyada por el Tribunal Constitucional. «Se construye, de esa forma —escribe el autor—, un concepto absolutamente contrario a cualquier régimen totalitario, estando claro para los hacedores de la Constitución que el ordenamiento democrático liberal servía para rechazar tanto a los totalitarismos de izquierda como de derecha», si bien la evolución seguida demuestra que se ha ido más hacia el anticomunismo que hacia el rechazo de los totalitarismos de derecha.

Varias normas concretizan el deber de fidelidad a la Constitución por parte de los funcionarios. De ellas es posible extraer algunas importantes formulaciones: a la condición de funcionario sólo puede acceder el que ofrezca garantía de que en todo tiempo actuará a favor del ordenamiento fundamental democrático liberal; el funcionario tiene que profesar, en todo su comportamiento, el ordenamiento fundamental democrático liberal en el sentido de la Ley Fundamental y actuar para su conservación; el funcionario debe prestar juramento a la GG, y, finalmente, el funcionario comete una falta de servicio si infringe sus obligaciones.

El deber de fidelidad enunciado se inserta dentro de la categoría de los deberes fundamentales, que es una concepción de más reciente aparición que la de los derechos fundamentales. De esta manera, como puntualiza Embid Irujo, dicho deber de fidelidad distinguiría al funcionario del simple ciudadano, en cuanto que éste no está obligado a defender activamente la Constitución y aquél sí.

¿En qué consiste el deber en cuestión? El Tribunal Constitucional se ha encargado de aclararlo: «El deber de fidelidad política —fidelidad al Estado y a la Constitución— exige algo más que una acción formal, correcta, desinteresada, fría, distanciada interiormente, frente al Estado y a la Constitución; la fidelidad exige al funcionario, en particular, que se distancie claramente de los grupos y tentativas que ataquen, luchen o difamen a este Estado, a sus órganos constitucionales y al vigente orden constitucional» [BVerfGE 39,334 (348)]. Por tanto, una idea queda muy clara: la de que sólo se cumple con el deber de fidelidad si se actúa no de forma pasiva, sino activamente y en contra de los enemigos de la Constitución; y ello se hace tanto durante el servicio como fuera del mismo.

El deber de fidelidad, como también ha proclamado el Tribunal Constitucional, no hace referencia a todos y cada uno de los preceptos de la Ley Fundamental, sino tan sólo a los valores fundamentales y a las instituciones básicas de aquélla. En definitiva, de lo que se trata es de ser fiel y leal al valor ya citado y que sirve de síntesis y resumen: el ordenamiento fundamental democrático liberal.

Un aspecto de interés es el relativo a determinar si el deber en cuestión se presume o, por el contrario, hay que probarlo. Según unos autores, la fidelidad, como otras condiciones o requisitos, tiene que ser probada por el que sea ya funcionario o pretenda serlo. Otros, por el contrario, consideran que se aplica la presunción de fidelidad para los funcionarios igual que para los ciudadanos, corriendo, en consecuencia, la carga de la prueba sobre quien quiera demostrar lo contrario.

La fidelidad es un deber general dentro de la función pública. Sin embargo, existen determinados grupos de funcionarios para los que este deber supone una mayor implicación en su cumplimiento. Tal es el caso de los profesores, jueces y soldados.

Para conocer el alcance y contenido del deber de fidelidad, como ya se ha expuesto, es preciso referirse al importante auto del BVerfGE, de 22 de mayo de 1975, que «es, quizá, el dato jurídicamente más relevante de la cuestión que tratamos», y, al mismo tiempo, generador de una larga controversia doctrinal y consolidador de una adecuada jurisprudencia de los tribunales administrativos alemanes.

El importante auto resolvió la pregunta formulada por el Tribunal administrativo de Schleswig-Holstein acerca de si una regulación de este *Land*, que establecía la negativa a admitir al servicio de preparación a quien no diera, en todo momento, garantía de actuar en favor del ordenamiento fundamental democrático liberal, iba en contra de la Ley Fundamental. La razón de la consulta radicaba en que el solicitante, durante su época de estudiante, había participado en actividades de la *Célula roja de Derecho* y ésta perseguía objetivos anticonstitucionales, por lo que no podía ofrecer garantías de fidelidad a quien hubiese militado en ella. El interesado, como defensa, alegó que se le estaba impidiendo el ejercicio de la libertad de elección de profesión, trabajo y lugar de aprendizaje, consagrada en el artículo 12 de la GG, por lo que el Tribunal administrativo suspendió el procedimiento y planteó la cuestión al BVerfGE.

La solución dada por el BVerfGE fue admitir la compatibilidad entre la GG y la regulación discutida del *Land*. Y como principios cardinales establecidos en el auto dictado, Embid Irujo enumera los siguientes:

— El deber de fidelidad tiene que encontrar su acomodo constitucional, y se le incluye dentro de los principios tradicionales del funcionariado alemán a que hace referencia la GG en su artículo 33.5.

— El deber de fidelidad se identifica siempre con una obligación de hacer. Se pide del funcionario no una actitud pasiva, sino comprometida a favor del ordenamiento constitucional vigente.

— El deber de fidelidad es tan significativo que su incumplimiento conlleva para los interinos y funcionarios a prueba el despido, y para los funcionarios permanentes (o de carrera, que diríamos en España), la apertura de un expediente disciplinario que puede conducir a la separación del servicio del culpable.

— El deber de fidelidad se exige respecto de todos los funcionarios, sean permanentes, interinos, temporales o a prueba; y en cuanto a los empleados, dicho deber también se aplica, pero con menos rigor.

— No se pretende conseguir una imagen acrílica del funcionario.

De otra parte, el BVerfGE señala en su auto que el deber de fidelidad no violenta ni ataca otros derechos fundamentales, como el de libre desarrollo de la personalidad, el de no discriminación, el de libertad de expresión, el de libertad de reunión y de asociación. Los derechos fundamentales se aplican también a los funcionarios, como a los demás ciudadanos, pero, en determinados casos, pueden ser objeto de ciertas limitaciones y recortes. Y, en cuanto a la ya citada «democracia militante», no es contraria al postulado de la no discriminación. Como advierte el autor, «la GG ha querido, precisamente, constituir una democracia militante dispuesta a la defensa, y el artícu-

lo 3.3 (sobre la no discriminación) de la GG no podría ser la puerta para entregar el Estado a los enemigos».

Para los que aspiran a ingresar en la función pública, la GG y las leyes que la desarrollan establecen que el aspirante o candidato debe ofrecer garantías de fidelidad al ordenamiento fundamental democrático liberal. Por ello, la autoridad llamada a colocarse tiene que convencerse que el solicitante presenta garantías suficientes, basándose en una serie de elementos o factores a considerar en cada caso. Y, finalmente, como manifestación del comportamiento del aspirante, conviene saber si ha entrado o pertenecido a algún partido político con fines anticonstitucionales, aunque no se haya declarado formalmente la anticonstitucionalidad de dicho partido.

En lo que concierne a este último extremo, el de la pertenencia o militancia en partidos inconstitucionales, la polémica ha sido grande en Alemania Federal. Antes de la intervención del BVerfGE, mientras un sector notable de la doctrina entendía que, de la simple militancia en partidos cuya constitucionalidad no haya sido formalmente declarada, no se pueden seguir perjuicios o daños para sus miembros, otros autores mantenían la posición contraria. Con posterioridad a la intervención del BVerfGE, cuya doctrina ya se ha expuesto, la doctrina ha seguido dividida y sin encontrar puntos de coincidencia.

Como último aspecto a analizar, el autor desarrolla el procedimiento administrativo que hay que seguir para comprobar el deber de fidelidad a la Constitución por parte de los aspirantes a ingresar en la función pública y por parte de los funcionarios propiamente dichos. En cuanto a éstos, estamos ante una manifestación del llamado régimen disciplinario, ya que violar la fidelidad a la Constitución es una falta de servicio que se castiga con una sanción, que puede llegar a ser la separación del servicio, previa incoación de un expediente. Y en lo que afecta a los aspirantes o candidatos para ingresar en las filas de la burocracia, hay derivaciones de especial interés que han dado lugar a pronunciamientos numerosos por parte de la jurisprudencia.

DERECHO ESPAÑOL

La cuestión de la fidelidad funcional tiene entre nosotros, hasta el momento, escasa relevancia tanto doctrinal como normativa. Por ello, el autor es consciente de las dificultades que ha de superar para abordar el tema desde la óptica española, ya que ni tenemos tradición suficiente ni el tratamiento jurisprudencial y doctrinal ha sido el mínimamente requerido para, desde él, lanzarse a investigaciones más profundas y ambiciosas.

Entre nosotros, la defensa de la Constitución se puede llevar a cabo desde ángulos diversos, por lo que no es el único la sanción, por falta muy grave, que establece la Ley de Medidas de 2 de agosto de 1984, para los funcionarios que sean infieles a la Constitución [art. 31.1 *a*)], así como el artículo 6 *a*) del Reglamento de Régimen Disciplinario de 10 de enero de 1986. La Constitución también se defiende por los mecanismos de autodefensa que se fijan en el título X, cuando se regula la reforma de aquélla; por la actuación de los poderes públicos que, según el artículo 9.1, «están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», lo que supone para aquéllos un nivel de compromiso mayor que el de los ciudadanos en general; y también por determinadas normas directivas, preventivas y represivas que, de alguna manera, reclaman la defensa de la norma fundamental, como es el caso del citado artículo 9.1, del artículo 6 sobre los partidos políticos, de las disposiciones que regulan los derechos de reunión y asociación, de las normas sobre el juramento de los parlamentarios y otros altos cargos y de los preceptos penales que castigan a quienes se alzaren para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución (art. 214.1 del Código Penal).

A la vista del cuadro de mecanismos de defensa, se puede afirmar que, «en modo alguno, nuestra Constitución está desprovista de medios de defensa». Sin embargo, las diferencias con la República Federal Alemana son muy notorias, ya que, «en efecto, no existe en España el instituto de la pérdida de los derechos fundamentales, ni hay un núcleo intangible de preceptos constitucionales, ni se crean organizaciones administrativas especiales de protección de la Constitución, ni se ha llegado a una práctica de la inconstitucionalidad *material* de los partidos políticos constitucionales formalmente, ni, por último, aunque eso es todavía otra historia, hay un examen previo de fidelidad a la Constitución de los aspirantes a la función pública». Y, en realidad, lo que más se echa de menos en nuestro país, si lo comparamos con Alemania, «es una teorización *militante* de la defensa de la Constitución».

Nuestra Constitución se refiere a los funcionarios, entre otros, en el artículo 103.3, cuyo contenido, en opinión de Embid Irujo, «es muy poco en comparación con lo que el artículo 33 de la GG daba de sí», aunque, «sin embargo, sirve para establecer algunas conclusiones útiles a nuestros efectos». Establece que la función pública ha de obrar con imparcialidad, lo que es consecuencia de la posición «servicial» que la Administración tiene en el marco del Estado (artículo 103.1), aparte de que aquélla está llamada también a atender con «objetividad» a la realización de los intereses generales (art. 103.1). Ahora bien, de este marco de exigencias para la Administración y para los funcionarios se podría deducir que «la obligación de fidelidad a

la Constitución estaría implícita en el estatuto de la función pública que dibuja la Constitución», en cuanto la «objetividad» predicada de la Administración implicaría la neutralidad política e ideológica de los servidores públicos; así como que éstos, de hecho, no estarían obligados a defender activamente el texto constitucional y los valores que encarna y representa.

Ahora bien, descubrir en la Constitución la existencia de un mandato implícito de fidelidad a la misma «nos dice muy poco en cuanto a la extensión de esa obligación, su profundidad, el grado de afectación a los derechos fundamentales de los funcionarios, si es que éste existe». Se impone, por ello, profundizar en los derechos fundamentales de éstos en la Constitución y relacionarlos con los de los ciudadanos que no son funcionarios. El tema no está planteado ni regulado de forma general en la norma fundamental. En principio, a los funcionarios se les atribuyen los mismos derechos que a los ciudadanos, si bien, en determinados casos, se fijan algunas limitaciones específicas, como sucede, por ejemplo, con la libertad de expresión. Así, el Tribunal Constitucional, en algunas sentencias, se ha referido a este problema sosteniendo que ciertamente el ciudadano «simple» y normal encuentra límites en el ejercicio de sus derechos y libertades públicas, «pero el funcionario se encuentra, además, con otros límites derivados de su condición de tal» (sentencia de 10 de octubre de 1983). Y a su vez hay que tener presente que las citadas limitaciones varían según el tipo de funcionarios de que se trate y con arreglo a las actividades y tareas que lleven a cabo.

De las argumentaciones precedentes, lo importante a retener es que «no existe una restricción generalizada y homogénea para todos los funcionarios por el hecho de gozar de esta determinación»; y si sucede de este modo, no parece que el mandato implícito de fidelidad a la Constitución «pueda obrar de forma homogénea limitando derechos fundamentales».

¿Qué naturaleza, por tanto, tiene el deber de fidelidad del funcionario en nuestro Derecho constitucional? Hemos afirmado que estamos ante un deber implícito en el artículo 103 del texto fundamental, lo que nos induce a distinguir en éste entre deberes explícitos o regulados de modo expreso y deberes implícitos o no normativizados expresamente. Para el autor, «sin duda alguna, la fidelidad de los funcionarios a la Constitución es uno de ellos, implícito en el artículo 103 de la Constitución, en la configuración que realiza de la Administración y del funcionariado».

El contenido de este deber presenta sus peculiaridades entre nosotros si lo comparamos con el del Derecho alemán. En España no se configura ningún método para comprobar la fidelidad a la Constitución ni se pide declaración alguna en este sentido a los que aspiran a ingresar en la función pública. El marco temporal de este deber en cuestión no va más allá de la vida pro-

fesional del funcionario, sino que se recorta a su actuación oficial «en el ejercicio de la función pública», como reza textualmente la Ley de Medidas. No hay en nuestro país una concepción militante y activa de este deber, como sucede en Alemania Federal, ya que «basta, por tanto, una omisión de conductas contrarias, cumplir al máximo el deber de neutralidad política o, en última instancia, llevar a cabo una observación escrupulosa del deber de obediencia a la Constitución». Y de otra parte hay que tener presente que al hablar del deber de fidelidad a la Constitución, ésta «no puede identificarse con todos y cada uno de los preceptos del texto de diciembre de 1978», por lo que la fidelidad sería exigible tan sólo respecto de «los fundamentos básicos» del mismo y que «no son otros que los valores superiores del ordenamiento jurídico a que se refiere el artículo 1 de la Constitución y el principio de la soberanía nacional», si bien, dada la especial naturaleza de las atribuciones y misiones de los funcionarios, «tampoco serían admisibles manifestaciones que fueran contra la forma política del Estado o contra los órganos constitucionales», quedando, en todo caso, fuera del deber de fidelidad la aceptación del modelo económico propuesto en nuestra Constitución.

El deber de fidelidad, lógicamente, puede sufrir ensanchamientos o reducciones según el tipo de funcionarios que lo asuma. Por ejemplo, los que prestan servicio en las Comunidades Autónomas han de evitar pronunciarse en contra de los órganos e instituciones recogidos en el respectivo Estatuto de Autonomías; y, a la inversa, funcionarios como los docentes están más desligados de la obligación de fidelidad al poder manifestar opiniones, desde la cátedra, contrarias a aspectos sustantivos de la Constitución.

La fidelidad a la Constitución, para la generalidad de los funcionarios, encuentra su plasmación formal en la fórmula del juramento al tomar posesión del cargo para el que se ha sido designado o propuesto. No obstante, la citada fórmula cambia respecto a determinados colectivos funcionariales a los que se pide una fidelidad más activa y dinámica, como acontece con los militares, los jueces y los profesores.

Y, finalmente, como extremo último a abordar, es el de la extensión del deber de fidelidad que comprende tanto a los funcionarios de carrera como a los de empleo. Se plantea la duda de si el llamado personal laboral queda sometido a idéntica obligación, aunque «en principio habría que responder a esta pregunta negativamente». Y en cuanto a la vía a seguir para sancionar el incumplimiento de este deber, la adecuada es el procedimiento disciplinario regulado en el reglamento correspondiente.

CONCLUSIONES

Hemos desarrollado dos sistemas jurídicos, el alemán y el español, que cuentan con una institución tan importante como es la del deber de fidelidad a la Constitución. Ambos sistemas tratan de proteger a ésta, arbitrando unos medios que afectan a los servidores públicos por su condición de tales y para que demuestren, en su comportamiento, una vinculación más intensa hacia los valores y postulados constitucionales.

Las diferencias, sin embargo, son importantes si comparamos ambos Derechos. En el español no está implantado el examen previo para acceder a la función pública; tampoco se postula una fidelidad activa a la Constitución y, asimismo, entre nosotros aquélla sólo es aplicable en el ejercicio de las tareas funcionariales y no en todo tiempo, como sucede en Alemania. No obstante, para Embid Irujo, «una diferencia de fondo» a subrayar como se merece es la de que, en el Derecho alemán, el objeto del deber que nos ocupa es el ordenamiento fundamental democrático liberal, a diferencia del Derecho español, donde sólo se protegen y amparan los valores superiores del ordenamiento jurídico, la soberanía nacional, la forma política del Estado, los órganos estatales y, en su caso, los autonómicos.

Estas diferencias responden a factores de todo tipo y encuentran su justificación en la historia, la cultura, la geografía, la economía, etc. Por tanto, no es fácil buscar excesivas aproximaciones entre un sistema y otro, que siguen una trayectoria distinta y van por derroteros no siempre paralelos y uniformes. Cada país desarrolla, con arreglo a sus singularidades, sus propias instituciones. En Alemania Federal, el deber de fidelidad ha contado con un proceso de consolidación y afirmación que todavía no se da en nuestra sociedad. Ello no quiere decir que no sea necesario el que el deber de fidelidad se vaya afirmando en España poco a poco, a fin de que el funcionariado sea un elemento determinante y decisivo en la defensa de la Constitución y se convierta en uno de los puntales principales a la hora de garantizar la vigencia efectiva y real de sus valores y postulados.

Vicente M.^a González-Haba Guisado