

# NORMALIDAD Y EXCEPCIÓN

PEDRO CRUZ VILLALÓN

*SUMARIO:* 1. LA CONSTITUCIÓN DE EXCEPCIÓN EN 1978.—2. LA CONSTITUCIÓN DE EXCEPCIÓN EN 2003: 2.1. *Las luces: Normalidad constitucional.* 2.2. *La sombra de la violencia terrorista:* 2.2.1. *La Ley de Enjuiciamiento Criminal como ley antiterrorista.* 2.2.2. *La Ley de Partidos como vehículo de restricción de derechos.* 2.2.3. Horror vacui: *La reconstrucción constitucional del 23 de febrero.*—3. RECAPITULACIÓN.

Posiblemente nada refleja mejor la normalidad de esta Constitución que la propia normalidad, la rutina ya casi, con la que venimos celebrando estos aniversarios: los diez (1), los veinte (2), los veinticinco años ahora (3). Año a año,

---

(1) Vid. L. AGUIAR DE LUQUE y R. BLANCO CANALES (coords.): *Constitución Española 1978-1988*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, 3 vols.; P. CRUZ VILLALÓN: «Zehn Jahre spanische Verfassung», *JöR* (n.F.), 37 (1988), págs. 87-114; publicado también como «Constitución y tiempo: Primera década», ahora en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, págs. 83-116.

(2) Vid. G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA, P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, 2000; igualmente, con un planteamiento interdisciplinario, AA.VV.: *20 años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Aranzadi, 1999; P. CRUZ VILLALÓN: «Weitere zehn Jahre spanische Verfassung», *JöR* (n.F.), 48 (2000), págs. 311-323, publicado también como, «Constitución y tiempo: Segunda década», *Politeia*, 26 (2001), págs. 99-108.

(3) La Constitución se celebró a lo largo del otoño de 2003 como una verdadera «Fiesta de la Federación» a lo ancho y a lo largo de la geografía patria, lo que nos dejó a algunos felizmente exhaustos. Ante la imposibilidad de reflejar el sinnúmero de publicaciones y homenajes, hay que remitirse al resultado que ofrecen los *buscadores*. Cfr. sin embargo, de manera puramente selectiva, F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.): *La Constitución española en el contexto del constituciona-*

la falta de himno nacional se compensa en parte con la fiesta del 6 de diciembre: La Constitución lleva así camino de convertirse en el nombre de un «puente», algo perfectamente anodino, lo que no resulta del todo negativo. La naturalidad con la que se ve que tengamos una Constitución está perfectamente justificada (4).

Esta normalidad en la percepción social de la Constitución, y de sus conmemoraciones, contrasta con una resistente teoría de su excepcionalidad, es decir, de la rareza de la fase de estabilidad constitucional por la que estaríamos atravesando (5). La Constitución de 1978 sería un feliz paréntesis, ojalá que duradero, en una tierra maldecida por sus demonios familiares. Sin embargo, ahora que se lleva el redescubrimiento de los mitos nacionales (6), bien se podría revisar el de la excepción constitucional española. Ojalá este último aniversario sirva para desahuciar este sentido agónico de la convivencia nacional. En todo caso, puede que así debamos interpretar la coincidencia de este aniversario con la definitiva inscripción de la reforma constitucional en la agenda política (7).

En lo que sigue, y entrando ya en materia, comenzaré recordando cómo era, o parecía ser, la «constitución de excepción» (8) en el año fundacional de

---

*lismo contemporáneo*, Madrid, Dykinson, 2003; el número monográfico 58-59 de la *Revista de Derecho Político* (2003-2004); vid. en este último, *Veinticinco años de normalidad constitucional* (págs. 19-27), donde ya anticipo algo de lo que aquí sigue; M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN: *Del buen y mal uso de la Constitución*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2003; en fin, los tres números monográficos dedicados por esta misma *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69, 70 y este mismo 71 (2003-2004).

(4) ¿Para cuándo una historia de la Constitución de 1978? ¿Quizá con ocasión de la entrada en vigor, si es que se produce, de «la Otra», la Constitución del Tratado? Como se ve, materia ya vamos teniendo.

(5) Acaso producto de esta excepcionalidad sea la situación *cismática* de la ciencia que, desde 1978, viene específicamente ocupándose de esta Constitución, y que ha conducido a que su particular celebración de 2003 haya discurrido por los derroteros del Aberri Eguna, vale decir, cada uno por su lado. La verdad es que no resulta fácil explicar esta peculiar situación, más propia del ingenio literario de Jonathan Swift. Porque un deber de explicarnos, al menos ante los más jóvenes, desde luego tenemos. Baste dejar apresuradamente constancia de la misma, a la espera de mejor ocasión.

(6) F. GARCÍA DE CORTÁZAR: *Los mitos de la historia de España*, Barcelona, 2003.

(7) J. PÉREZ ROYO: «Una asignatura pendiente. La reforma de la Constitución», *REDC*, 69 (2003), págs. 215-235. La reforma ha empezado con los mejores auspicios, a pesar de lo cual ha faltado tiempo para que los equívocos empiecen a acumularse.

(8) Utilizo la expresión de forma parecida a como estamos acostumbrados a decir «constitución económica», por tanto, como equivalente al conjunto de los preceptos que configuran mecanismos de respuesta frente a situaciones de emergencia. Así también en *Veinticinco años de normalidad constitucional*, cit. nota 3, pág. 22.

1978 (1), para a continuación efectuar su contraste con el panorama actual (2), en alguna medida con cierto sentido de *ajuste de cuentas* conmigo mismo.

## 1. LA CONSTITUCIÓN DE EXCEPCIÓN EN 1978

Si comparamos los años de vigencia de la Constitución de 1978 con los de su antecedente inmediato, la Constitución del año 1931, el contraste no puede ser más rotundo: La Constitución de la República quedó sin efecto al cabo de muy pocos años en virtud de la decisión de un poder ilegítimo, impuesto por las armas tras casi tres años de contienda civil (9). La Constitución de la Monarquía democrática, por el contrario, sigue esta vez (10) en espléndido vigor tras un cuarto de siglo. La Constitución de 1931 terminó cayendo pronto, como consecuencias de la última de la larga serie de emergencias a las que desde casi el primer día hubo de estar haciendo frente. La rebelión militar del verano de 1936 no era la primera, sino únicamente la definitiva. Y los desafíos del brazo militar sólo eran una categoría en un heterogéneo conjunto que hicieron que los estados de emergencia estuvieran proclamados durante la mayor parte de aquéllos pocos años. La Constitución de 1978, por su parte, no ha contado con otro episodio de verdadera emergencia que la frustrada rebelión militar del 23 de febrero de 1981. Hecha esa mención, y hasta el pasado 11 de marzo, sólo queda la constante tensión provocada por la violencia terrorista, esencialmente de ETA.

Esta constitución de excepción es de sobra conocida, habiendo sido objeto de tratamientos varios desde que, en la segunda parte de aquel ya lejano curso 1978-1979 comenzó la fiebre de los comentarios. Quizá no esté de más sin embargo recordarla en apretada síntesis (11).

---

(9) No obstante, ¿cuándo se rendirá al texto de 1931 el homenaje que se merece y que todavía está esperando? Porque en vida está claro que no lo tuvo. Me temo que hay en esto menos de la tan traída y llevada «mezquindad» que no de pura desidia. Vid. subrayando la *hermandad* entre los textos de 1931 y 1978, en esta misma ocasión, J. VARELA SUANZES-CARPEGNA: «La Constitución de 1978 en la historia constitucional española», *REDC*, 69 (2003), págs. 31-67, 53, 61 y sigs.

(10) Sobre la base de considerar a la Constitución de 1869 como una primera oportunidad frustrada, por más que aquella, a diferencia de ésta, no pudiera ser calificada de «monarquía de las autonomías».

(11) Remitiéndome a la descripción que intenté muy tempranamente en, «La protección extraordinaria del Estado», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (eds.): *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, 1980, págs. 689-717, pero redactado ya en la primavera de 1979.

El constituyente de 1978 se mostró tradicional al configurar como pieza esencial de la constitución de excepción el instituto de los estados excepcionales configurado por el constitucionalismo continental del XIX (12). Optó así por un esquema de tres estados excepcionales en respuesta a otras tantas emergencias de distinto orden, más que de distinta gravedad, recuperando incluso alguna terminología historicista («estado de sitio»): El conocido artículo 116 con el que se cierra el Título relativo a las relaciones entre Gobierno y Cortes Generales (13). Esta figura central, sin embargo, venía complementada por una serie de institutos adicionales, ya sea importados, ya sea procedentes de una experiencia constitucional posterior. Así, en primer lugar, el artículo 55.2 de la Constitución preveía el régimen excepcional de algunos pocos derechos, introducido ya en el curso del proceso constituyente, que no ha recibido un nombre plenamente consolidado, si no es el puramente formal de «ley antiterrorista» (14). De otra parte, cien artículos más adelante, el artículo 155 CE recogía el instituto del federalismo alemán de la intervención o coerción federal, que tampoco ha logrado un nombre generalmente aceptado en la doctrina, siendo sobre todo eso, «el ciento cincuenta y cinco». Finalmente, la legislación de urgencia encontraba cautelosísima cabida en el artículo 86, fundamentalmente heredado del texto de 1931 y del constitucionalismo italiano coetáneo (15). Por fin, no cabría dejar sin mención cómo una serie de preceptos constitucionales (arts. 8, 15, 26, 117.5) iban dejando un reguero de resabios militaristas, por fortuna en buena medida posteriormente desactivados, pero no menos indicativos del «telón de fondo» de aquel momento constituyente. Pero este cuadro de conjunto es tan expresivo por lo que incorpora como por lo que excluye. Baste señalar cómo en 1978 se renunció a la figura de la dictadura constitucional, un instituto ciertamente aislado, a efectos prácticos reducido al conocido artículo 16 de la Constitución francesa de veinte años antes, pero sin que debamos olvidar que el texto de francés de 1958 se mantuvo a lo largo de las Constituyentes como una de las referencias constantes. Igualmente se renunció entonces a los institutos alemanes (prohibición de partidos, pérdida por

---

(12) Me remito a P. CRUZ VILLALÓN: *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, 1980.

(13) Cuyo desarrollo a nivel legislativo debió ser acometido con toda celeridad tras el 23-F. Vid. P. CRUZ VILLALÓN: «El nuevo derecho de excepción» en mi primera colaboración en esta revista (2, 1981, págs. 93-128), con un tratamiento intencionadamente formalizante de la nueva Ley orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio.

(14) Me remito a P. CRUZ VILLALÓN: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

(15) A. CARMONA CONTRERAS: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, 1997.

abuso de derechos) de exclusión de los extremismos ideológicos («democracia militante»), dejando ahora de lado el carácter estable de los mismos.

Así era sometida a referéndum, en aquella ocasión vinculante, la Constitución que habían preparado unas Cortes que iban a ser disueltas pocas semanas después para dar lugar a nuestra primera Legislatura nacional contemporánea. La ruptura con el orden institucional previsto para el postfranquismo estaba consumada. La disolución del parlamento provocó así, ya en enero de 1979, una discutida prórroga temporal de la ley antiterrorista por medio de decreto-ley. Digamos que comenzaba así nuestra historia.

## 2. LA CONSTITUCIÓN DE EXCEPCIÓN EN 2003

Mucho han cambiado las cosas desde el diseño que se podía hacer a principios de 1979. Los solos preceptos de la Constitución, que son los mismos, no pueden explicar sino muy insuficientemente la cuestión que nos ocupa. Hay, para empezar, *otra* constitución, la europea, al menos en el sentido material del término, una constitución si se quiere adjunta, que dice cosas no totalmente irrelevantes: Nuestros fundamentos constitucionales se encuentran protegidos también a través de una serie de mecanismos previstos en el Tratado de la Unión Europea, que valdrán lo que valgan, pero ahí están (16). Hoy desde luego no toca hablar de esto, sino de la Constitución nacional, pero era necesario mencionar a la otra, a fin de situar las cosas en su contexto. Más allá de esto, el cuarto de siglo transcurrido ha incorporado elementos nuevos sobre los que resulta necesario decir algo, mientras que respecto de los institutos más clásicos hay muy poca cosa que decir.

En este sentido, la oportuna fórmula utilizada por Pierre Bon en su colaboración en este mismo homenaje (17) me parece adecuada también para la descripción de nuestro caso: El balance de estos veinticinco años pone, en efecto, de manifiesto un claro contraste de luces y sombras, de normalidad y excepción en la suerte de los distintos elementos que configuraban nuestro anterior cuadro de 1978.

(16) Sanciones, esencialmente, pensando sobre todo en los poderes públicos nacionales (art. 7 TUE, art. 58 del *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*). Cfr. E. W. PETIT DE GABRIEL, «¿Herencia o innovación? La política exterior y de seguridad común: el pilar que sobrevive», en E. GÓMEZ CORONA, P. GUTIÉRREZ VEGA, R. LEÑERO (coords.): *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Aranzadi, 2004, págs. 353-377.

(17) En este mismo homenaje: «La Constitución española en el marco del constitucionalismo contemporáneo», en *REDC*, 69 (2003), págs. 13-29.

## 2.1. *Las luces: Normalidad constitucional*

En el lado positivo de la balanza hay que poner desde luego la normalidad con la que se han comportado las previsiones constitucionales, ante todo, las de la constitución *ordinaria* y, como consecuencia necesaria, las de la constitución *extraordinaria*. Si no ha habido lugar a la declaración de ningún estado excepcional y singularmente de los «políticos», ello sólo ha sido debido a la constatada normalidad y rutina con la que se ha desarrollado la vida pública, la estabilidad del sistema de partidos, el orden de las transmisiones de poder entre las sucesivas mayorías gobernantes, etcétera. Si no se ha recurrido nunca, ni se ha ponderado seriamente, la oportunidad del recurrir al artículo 155, ello se ha debido a la responsabilidad y a la madurez con la que hasta ahora se han comportado los responsables políticos, tanto centrales como autonómicos (18). El régimen de la nueva democracia sufrió su única crisis de importancia en los primeros momentos de su vigencia, pudiendo ser superada en cuestión de horas, sin que los institutos de excepción pudieran servir para una emergencia de rasgos tan atípicos. Normalidad, pues, en la *desuetudo* de las previsiones de los artículos 116 y 155 CE.

Por lo que hace a la del artículo 86 CE, debo reconocer que renuncio a mantener el tratamiento del decreto-ley como «legislación/*ordenanzas* de necesidad», con todos los resabios de la historia constitucional alemana y francesa (19): «Extraordinaria y urgente necesidad» sigue diciendo el precepto, pero más vale no seguir insistiendo. Tengo la sensación de que, al cabo de un cuarto de siglo, el decreto-ley ha conseguido irse «autorregulando», en ocasiones bien es verdad con la ayuda del Tribunal Constitucional (20); dicho de otro modo, que ha ido encontrando el sitio que la corresponde con arreglo a la estructura del conjunto del precepto. El artículo 86 es, desde luego, uno de tantos artículos de la Constitución que hoy escribiríamos de otra manera, si estuviéramos haciendo la Constitución de nuevo. Pero no estamos en eso, con lo que los ajustes tienen lugar en el contexto de una creciente comprensión compartida acerca de nuestra *constitucionalidad* (21).

(18) Sin que, por tanto, haya habido lugar a la en algún momento propuesta «desdramatización» del instituto. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: *Veinticinco años de normalidad constitucional*, cit. nota 3, págs. 22, 24.

(19) Como hacía en cit. n. 11.

(20) Ver todavía, para los principios, P. CRUZ VILLALÓN: «Tres sentencias sobre el decreto-ley (SSTC 29/82, 6 y 111/83)», ahora en *La curiosidad*, cit. nota 1, págs. 163-185.

(21) Desde esta perspectiva, «los cuatro días de marzo» han puesto de manifiesto cómo el tejido de la convivencia constitucional cuenta con «válvulas de seguridad» bastante complejas, pero en todo caso eficaces, ante fenómenos de decidida puesta a prueba del mismo.

## 2.2. *La sombra de la violencia terrorista*

Decir que estos veinticinco años han sido un dechado de corrección en el manejo de la Constitución sería una exageración. Podemos estar razonablemente orgullosos acerca de cómo hemos llevado adelante nuestra «democracia constitucional» (22). Pero ni un ápice más (23). No es el momento de pasar revista a nuestras puntuales patologías constitucionales, pero sí de señalar algunas que tienen directamente que ver con nuestro asunto. El caso es que todas las que se sitúan en este último ámbito, e incluso algunas otras (24), se reconducen a la violencia terrorista, producida básicamente por ETA. Hay que advertir no obstante sobre el alcance del término «reconducir»: Con el mismo no se quiere implicar desde luego que todos estos fenómenos sean consecuencia necesaria de la violencia terrorista (25), pero sí que ésta se encuentra invariablemente en su punto de partida. Si las cosas no hubieran podido ser más que como fueron, entonces cualquier valoración crítica estaría fuera de lugar.

Por otra parte, sin embargo, ¿qué quiere decir esto sino la observación mucho más evidente de que la emergencia que hemos padecido es la del terrorismo y no otra? Que no hemos tenido crisis políticas de raíz social, ni catástrofes que pusieran en peligro nuestra subsistencia material, como tampoco hemos tenido que enfrentarnos a tiempos de guerra o a procesos de descolonización: No hemos tenido Argelia, Angola o Mozambique, por fortuna. Hemos tenido terrorismo y, habría que añadir, terrorismo separatista: Porque, si no, nos quedaríamos en la entelequia *à la Bush*. Hay que tener presente el tipo de terrorismo del que se ha tratado a fin de entender en todas sus dimensiones tanto la naturaleza de nuestra emergencia como el modo, en el más amplio sentido, de reaccionar frente a ella.

Es aquí donde hay que dar entrada a lo que llamaríamos «los cuestionamientos frontales del artículo 2 CE», o si se prefiere, lo que desde un importante sector se reduce a la fórmula «la unidad de España», pero que es una forma en exceso simplificada de identificar el problema. El artículo segundo: Nuestro caballo de batalla por excelencia, por no dramatizar, como cuestión

---

(22) Oportunamente llevado al título de *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2003.

(23) Vuelvo a remitirme a PIERRE BON, cit. nota 16.

(24) Baste remitir al uso abusivo del adjetivo «constitucionalista» al que hemos asistido en el curso de los últimos años, afortunadamente en fase menguante desde hace pocos meses.

(25) De uno de los más graves de los cuales, los episodios de «guerra sucia» de mediados de los ochenta, el Estado de Derecho ha conseguido salir de modo airoso, si bien no sin una cierta puesta a prueba de las instituciones (paradigmáticamente, «caso Marey»).

siempre a mitad de camino entre lo político y lo existencial. Aquí sí que hay que reconocer con toda honestidad que se perfila un terreno abonado para la emergencia. Hoy se ejemplifica en el «plan Ibarretxe» (26), es decir, el objetivo político de primera magnitud de la actual, ciertamente ajustada, mayoría en las instituciones vascas, y que por supuesto tiene mucho que ver con el referido artículo 2 CE. Pero el repunte del nacionalismo catalán está contribuyendo a *des-singularizar* la cuestión vasca. Con todo esto sólo pretendo dejar constancia de un *deslizamiento* del trasfondo de la emergencia del ámbito de la violencia al ámbito de la política, aunque sea con mayúscula. Aunque siempre habrá quien niegue la validez de esta distinción. Sin más preámbulos, señalaré en lo que queda tres fenómenos a los que me parece conveniente prestar atención en nuestro futuro inmediato. Dos de ellos tienen que ver con la situación de nuestro ordenamiento. El último «sólo» tiene que ver con la teoría, es por tanto más bien cosa de los teóricos.

### 2.2.1. *La Ley de Enjuiciamiento Criminal como ley antiterrorista*

Por «orden de aparición» el primero de estos fenómenos es el que concierne al *estado* en el que se encuentra la ley orgánica a la que se refiere el artículo 55.2 CE, más conocida por ley antiterrorista. Si en el curso de la discusión del texto de ese artículo alguien hubiera podido anticipar un entendimiento del mismo como el que hoy está vigente, creo que difícilmente se hubieran encontrado parlamentarios dispuestos a seguirle. Y desde luego no se trata ahora de la circunstancia de que esa ley se haya encontrado durante todos estos veinticinco años *ininterrumpidamente en vigor*: Esto puede pesar, por más que no sea reconfortante, con tal sin embargo de que se hubiera mantenido la conciencia de lo que podemos calificar como su excepcionalidad intrínseca (27). Me refiero a su perfecta desnaturalización, no digamos ya banalización, a través de la incorporación de su parte sustantiva como elemento ordinario de uno de nuestros venerables códigos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y sin embargo esto es lo que ocurre desde 1984-1988. El legislador, acaso cansado primero de prorrogar una ley antiterrorista temporal y fastidiado después de hacer el seguimiento parlamentario periódico exigido por la Constitu-

---

(26) Vid. Auto del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2004, declarando la falta de idoneidad de la impugnación del Gobierno de la Nación en relación con la «Propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi».

(27) A lo que precisamente venía contribuyendo la previsión de un específico y periódico control parlamentario sobre su gestión.



ción, optó con toda espontaneidad por el expediente de volcar su parte sustantiva en la referida LECrim. Desde hace ya quince años, la ley orgánica que, según el art. 55.2 CE puede determinar la forma y los casos en los que con el adecuado control parlamentario los derechos a la libertad individual, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones pueden quedar individualmente suspendidos son los artículos 520 bis, 553 y 579 LeCrim.

No es de extrañar que este arbitrio del legislador sólo pasase «por los pelos» el control de constitucionalidad (28). Y no es decir que el Tribunal Constitucional se hubiera mantenido permanentemente obsequioso con la ley antiterrorista. Sabido es cómo en su día había forzado una intervención del legislador, en uno de los mejores ejemplos de colaboración en el «restablecimiento de la constitucionalidad» entre juez y legislador (29). Pero esta vez el reproche iba contra la línea de flotación de la iniciativa, aunque por otra parte tampoco era imposible un veredicto de inconstitucionalidad «por defecto»: Concretamente, por la desaparición de lo que hasta entonces se había entendido por «adecuado control parlamentario» (30).

La ajustada mayoría del Tribunal Constitucional no negó que la nueva regulación hubiera prescindido de la regulación de ese control parlamentario. Lo que sostuvo, en contra de lo que estimo la literalidad del artículo 55.2 CE, es que esa previsión debiera necesariamente formar parte de la ley orgánica posibilitada por dicho precepto (31). Desde luego, resulta un tanto inusual la regulación de actuaciones de las cámaras parlamentarias en nuestra ley procesal penal. El problema, sin embargo, es el más sencillo de la pura y simple inadecuación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como *sede* de la ley antiterrorista permitida por la Constitución. El resultado en todo caso ha sido el de una gradual, pero hace tiempo ya completada normalización del instituto del artículo 55.2 CE, cuya más próxima oportunidad de reconsideración se situaría

(28) STC 71/1994. La Sentencia lleva el voto discrepante de seis Magistrados, agrupados en dos votos particulares, el primero suscrito por cinco Magistrados.

(29) STC 199/1987 y Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo.

(30) F. ÁLVAREZ-OSSORIO: «El adecuado control parlamentario (art. 55.2 CE), según la STC 71/1994», en *REDC*, 43 (1995), págs. 283-305.

(31) «... se sigue de ello que así como la garantía de la necesaria intervención judicial resulta contenido inexcusable de dicha Ley Orgánica, como instrumento de preservación que es de dichos derechos individuales, no cabe decir otro tanto de esta otra garantía de carácter parlamentario, que puede figurar, ciertamente, en el propio Reglamento parlamentario. Siendo esta última, como es, en suma, una garantía de orden parlamentario, nada impide que su previsión específica se lleve a cabo en otros instrumentos legales o en las normas que, con carácter general, tienen por objeto precisamente, la ordenación específica del control parlamentario sobre el Gobierno, es decir, en los Reglamentos de las Cámaras» [STC 71/1994, FJ. 3.ª].

en el marco de la elaboración de la cada vez más alejada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### 2.2.2. *La Ley de Partidos Políticos como vehículo de restricción de derechos*

La prohibición *no penal* de partidos políticos es una de las decisiones constitucionales más relevantes adoptadas por el legislador español desde 1978 (32). El que se hiciera sin pasar por el portazgo de la reforma debe ser entendido más como consecuencia de la ya aludida alergia a este modo de legislar, que no por otra cosa (33).

La principal dificultad de esta ley no estriba tanto, sin embargo, en que prevea la posibilidad de prohibir un partido político, desligada por entero de un reproche penal. Como tampoco lo es la configuración de una jurisdicción singular para esta declaración de ilegalidad, separada de los órdenes jurisdiccionales hasta el momento existentes, adscrita a la «Sala del artículo 61» del Tribunal Supremo. En mi opinión, la principal dificultad, de manera sólo aparentemente paradójica, reside en el propósito de la ley de ser *eficaz*, y de pretender serlo a ultranza. El problema es el de una ley que, siendo consciente de las dificultades que la prohibición de un determinado partido pueda tener en orden a obtener una modificación efectiva de la estructura política de una población determinada, se muestra decididamente partidaria de superar dichos obstáculos, a coste si ello fuera necesario de los derechos y libertades.

Que en un contexto, por lo demás de Estado constitucional, la prohibición de un determinado partido político tiene una serie de límites difíciles de obviar es claro (34). Cualquier prohibición de partido político no sólo requiere,

---

(32) Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. Cfr. SSTC 48 y 85/2003, 5, 6 y 99/2004.

(33) Con esto no estoy diciendo ya que la Ley incurra en inconstitucionalidad: La muy especial forma de legislar llamada entre nosotros «reforma constitucional» nunca ha estado pensada exclusivamente para aquellos momentos en los que el legislador se propone derogar a la Constitución vigente. Hay también una *filosofía* de la Constitución, en el sentido más pedestre del término, que puede exigir que determinadas opciones normativas posteriores cuenten con un adecuado *enganche* constitucional. Baste en este sentido remitir a la elevación del pluralismo político a la condición de uno de los «valores superiores del ordenamiento jurídico» o a la exclusión de la libertad de asociación de los derechos suspendibles en un estado de excepción o de sitio.

(34) D. GRIMM: «Über den Umgang mit Parteiverboten», en *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Munich, 2001, págs. 174-182. J. GARCÍA ROCA: «La problemática

para ser eficaz, la extensión automática de sus efectos a cualquier otro que se reputa sucesor de aquel, sino incluso a las coaliciones de electores, cosa por completo distinta (35). La tarea de asimilar una coalición de electores a un partido político es ciertamente ardua. Si ya es complicado determinar, con las debidas garantías, que un partido político sucede *de hecho* a otro partido político declarado ilegal, la declaración de que una «agrupación de electores» formada con ocasión de una determinada convocatoria electoral no ya sucede de hecho, lo que es imposible, sino que se sitúa en la misma línea estratégica que el partido disuelto requiere cuando menos una indagación que la propia dinámica del proceso electoral no permite. Las presunciones más o menos esquemáticas vienen así a sustituir a la actividad probatoria requerida por el art. 24 CE (36).

Todo esto no demuestra sino que si la iniciativa legislativa conducente a la prohibición de la articulación política del independentismo radical vasco, con sus innegables conexiones de siempre con ETA, no fue abordada sino al cabo de veintitrés años de vigencia de la Constitución, ello no fue por falta de decisión, ni tampoco de inventiva, sino que tenía mucho que ver con los serios obstáculos constitucionales que una iniciativa de este tipo habría de encontrar, de querer ser *efectiva*. Pues justificar todas las consecuencias pretendidas de una declaración de ilegalidad con el argumento de que, de otro modo, no tendría eficacia no pasa de ser una «petición de principio», por usar la expresión del voto particular a la STC 85/2003.

En definitiva, la presente situación derivada de la declaración de ilegalidad de 2003 está manteniendo, con ocasión de cada convocatoria electoral, una presión sobre el derecho de sufragio así como sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que sólo puede incrementarse, al menos respecto del primero de los citados derechos, conforme dicha resolución judicial originaria vaya quedando más alejada en el tiempo.

---

disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas», en *REDC*, 65 (2002), págs. 295-334, 322 y sigs.

(35) J. PÉREZ ROYO: «El fin y los medios», *El País*, 29 de mayo de 2004.

(36) Calificadas, sin embargo, de *parámetros*, válidos para el futuro: M. PÉREZ-MONEO AGAPITO: «Parámetros para enjuiciar la continuidad entre partidos ilegalizados y agrupaciones de electores. (La conexión entre las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2003 y la STC 85/2003)», en *REDC*, 70 (2004), págs. 339-371.

### 2.2.3. Horror vacui: *La reconstrucción constitucional del 23 de febrero*

La última de las cuestiones que quisiera dejar aquí reseñadas, a diferencia de las anteriores, no tiene que ver con desarrollos normativos de la Constitución, vale decir, con el contenido, más o menos cuestionable, de determinadas leyes orgánicas. Es, por el contrario, una cuestión puramente *teórica*, que ha venido ocupando a la doctrina desde hace ya veintitrés años, desde el 23 de febrero de 1981, pero que sin embargo tiene trascendencia a los efectos de entender tanto nuestra constitución de excepción como, sobre todo, nuestra monarquía constitucional. Me refiero, como es fácil suponer, a la intervención directa del Rey, como titular del mando supremo de las fuerzas armadas, ordenándoles la sumisión al poder civil, todo ello en un momento en el que ningún miembro del Gobierno estaba en situación de refrendar esa intervención.

Desde hace quince años, he venido proponiendo esta intervención regia como un supuesto de estado de necesidad (37). En la misma época, sin embargo, aparecía la por desgracia ya última publicación de Ignacio de Otto en esta Revista, con un planteamiento muy diferente (38). Es un escrito póstumo y, como tal, ha de ser manejado con extrema cautela. En su arranque se contiene un llamamiento a los constitucionalistas a reconstruir conceptualmente este momento clave de nuestra historia contemporánea: «Ante algo así es claudicación inadmisibles del constitucionalista limitarse a considerar las órdenes regias como anomalía justificada por la anomalía. Lo obligado es tratar de entender la Constitución en términos tales que se asegure su propia continuidad, hacer una interpretación extensiva en ampliación de la capacidad de respuesta normal a la anomalía» (39). El espléndido estudio que sigue no es sino el intento consecuente de identificar un elemento en la facultad regia de «mando supremo de las fuerzas armadas» en el que incardinar la afortunada intervención del Rey (40).

A mi modo de ver, la cuestión no es en este momento la de entrar a debatir la concreta propuesta que entonces hacía de Otto, con la que desde luego tendría algunas reservas. El problema para mí es, por el contrario, el de si puede

---

(37) «Ejemplo de manual»: «Constitución y tiempo: primera década», en *La curiosidad*, cit. nota 1, pág. 108.

(38) *Inmediatamente detrás de la nota in memoriam*: «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *REDC*, 23 (1988), págs. 11-43.

(39) *Ibid.*, pág. 14.

(40) En términos similares a los de I. de Otto, recientemente y en este mismo homenaje, M. ARAGÓN REYES: «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», en *REDC*, 70 (2004), págs. 11-25, pág. 23.

seguir valiendo la posición apriorística de la que él entonces creía necesario partir, es decir, la ilegitimidad *teórica* del estado de necesidad como modo de categorización del supuesto. La cuestión, en términos muy elementales, sería la de si lo que posiblemente era válido en 1988, es decir, el intento de encontrar como fuese un fundamento no sólo legítimo sino además normal a dicha intervención, sigue siéndolo igualmente quince años más tarde, a las alturas de 2003.

El problema dista de ser sencillo, requiriendo un tratamiento más detenido que el que desde luego hasta el momento haya podido dedicarle, en las ocasiones en las que me he referido al mismo (41). El propio estudio de Ignacio de Otto es una primera prueba de la complejidad del asunto. Es complejo en primer lugar por la densidad histórica de todo lo que se refiere al Rey, y a sus funciones constitucionales en particular. No en vano esta Constitución sigue diciendo literalmente que el Rey sanciona las leyes, que la justicia se administra en su nombre, que declara la guerra y hace la paz, que confiere los empleos civiles y militares, por poner sólo algunos ejemplos, todo ello en los términos que se conocen, pero así está dicho. Basta por tanto que se traspase la clara pero estrecha línea que separa lo simbólico de lo efectivo para que se entre en el ámbito inabarcable de la soberanía. Esto quiere decir que en el caso del Rey nunca podría haber un estado de necesidad *puro y duro*, como en el que pudieran encontrarse los particulares, porque el Rey siempre cuenta con un hilo, por fino que éste sea, que lo sigue conectando con cualquier manifestación de la soberanía.

En segundo lugar, es complejo toda vez que, llegado el caso, puede ponerse de manifiesto que una intervención del Rey en un determinado momento, lejos de agotarse en lo simbólico, puede ser *eficaz*: No era en modo alguno igual que el Rey hubiera o no dirigido la referida orden a los militares alzados. Y la evidencia empírica de esta eficacia es complicada de explicar. El Rey no utilizó la fuerza, ni un derecho de resistencia, sino únicamente su autoridad ante las Fuerzas Armadas. Pero con ello quedó al mismo tiempo mostrado que el Rey disponía en ese momento de un fondo de autoridad absolutamente individual y propio, que es distinto y autónomo del que pueda corresponder a un gobierno salido de las urnas. Esto es conceptualmente un problema por cuanto pone en evidencia la relatividad de una explicación de la figura del Rey en términos pura y simplemente *simbólicos* (42).

---

(41) De nuevo en *Veinticinco años de normalidad constitucional*, cit. nota 3.

(42) Cfr. la contribución de F. FERNÁNDEZ SEGADO: «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», en *REDC*, 70 (2004), págs. 189-230, 203.

Una teoría excepcional de las facultades del Rey, todos lo sabemos, no está en la Constitución, aunque pueda ser una de las reconstrucciones posibles del 23 de febrero. En mi opinión, sin embargo, es la menos deseable a la larga. Lo de menos es que el 23 de febrero tenga todo el aspecto de un caso único e irreplicable. Pues ello no nos exime, como decía de Otto, de *interpretarlo*. Porque esa interpretación va a dar la pauta tanto de la monarquía parlamentaria como de la constitución de excepción: se entiende, a las alturas de 2003 y con perspectivas de futuro. A mi modo de ver, el prisma del estado de necesidad, con todas las peculiaridades del caso, ofrece la mejor garantía de la categoría «monarquía parlamentaria», sin que deslegitime en la menor medida la histórica actuación regia, sino más bien lo contrario. Creo que otros planteamientos no estarían exentos de contribuir al mantenimiento de la idea de una especie de «constitución subyacente», susceptible de ser activada en momentos extraordinarios, pero esencialmente indeterminados. En fin, una cuestión enteramente *teórica*.

### 3. RECAPITULACIÓN

Es muy posible que, a lo largo de estas pocas páginas, lo primero que haya quedado en evidencia sea la simplicidad de enfrentarse a una determinada *experiencia constitucional* nacional en términos de normalidad y excepción. Acaso eso haya sido posible en el pasado, cuando todo parecía ser cuestión de adoquines, de cargas y de piquetes de distinto tipo. El texto de nuestra Constitución, y su caso no es único, es en parte heredero de esa tradición. Que este capítulo nuestro no está a salvo de la globalización es algo que hemos debido constatar de manera particularmente dolorosa el pasado 11 de marzo (43). Si, además de todo el dolor producido, ello ha constituido un auténtico *shock* nacional en el sentido más literal de la palabra, es decir, de un abrupto despertar en el mundo en el que estamos viviendo, ello es sólo expresivo de la rapidez con la que se están produciendo los cambios, no de una particular lentitud de reflejos. Interiorizar la excepción es, aunque sólo sea en parte, instalarse en la excepción, y eso nos va a costar a todos. Pero en la Constitución hay que seguir creyendo (44).

---

(43) U. BECK: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, 2002.

(44) J.-P. MÜLLER: *Die demokratische Verfassung*, Zurich, 2002, págs. 87-94; ID.: *Der politische Mensch – menschliche Politik*, Basilea, 1999, págs. 193-194; D. GRIMM: *Die Zukunft der Verfassung*, Francfort/M., 1991, págs. 427-439; U. K. PREUSS: *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Francfort/M., 1994.

## *NOTAS*

