

LA FORMA DEL PODER (*)

MANUEL ARAGON

Comentar el libro del profesor Rubio Llorente en el que ha reunido la mayor parte de sus trabajos sobre Derecho Constitucional y Teoría de la Constitución es para mí una tarea profundamente grata, pero llena también de muy especiales dificultades. La satisfacción proviene, en primer lugar, de ver compilados en un volumen estos estudios que, pese a ser conocidos sobradamente por el lector especializado pues todos (o casi todos, ya que había alguno inédito) estaban publicados en revistas científicas o en libros españoles o extranjeros, merecían disfrutar de mejor acceso que el que procura la dispersión. Sin embargo, el hecho de que al reunirse ahora tales trabajos en un libro se facilite su utilización no es, a mi juicio, el mayor de los beneficios que proporciona la edición que comento; por encima de él está la oportunidad que esta compilación depara de conocer de manera más completa el pensamiento del propio autor, máxime cuando los objetos de sus trabajos abarcan la casi totalidad de las cuestiones más relevantes del Derecho Constitucional.

A todo lo anterior me permito añadir otra causa más de mi satisfacción, aunque ésta sea puramente personal: hace tiempo que personas próximas al profesor Rubio veníamos apremiándole para que hiciera esta recopilación. La decisión de publicarla es probable que deba poco a esa insistencia, pero ello no empaña, claro está, la satisfacción que algunos sentimos al ver cumplido, por fin, aquel deseo.

Y ya que lo he aludido, justamente también en el factor personal residen mis dificultades para realizar el comentario. La comunidad de ideas entre Fran-

(*) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 689 págs.

cisco Rubio y yo, derivada de lo mucho que de él he aprendido (mi contraprestación, si alguna hubiera, sería muy poca), impide en gran medida la reflexión crítica que la importancia del autor y la obra merecen. Mi condición de discípulo me inhabilita, además, para extremar el elogio, del que obra y autor, también sin duda, son merecedores. En tales condiciones quizá lo más sensato sería poner aquí el punto y final a este comentario. Si no lo hago no es porque prefiera la solución más difícil por entender que es siempre la más certera, como sí ha confesado que le ocurre a mi maestro (pág. 630 de la obra que comento), sino porque aun convencido de que esta opción que tomo, siendo para mí la más difícil es, desde luego, muy poco certera, constituye, sin embargo, una tentación a la que no deseo sustraerme. Al darme este capricho, lo peor no es el riesgo que corro, sino el flaco favor que le hago al autor.

Como se advierte en la Introducción, en este libro sólo se recogen los trabajos escritos por Francisco Rubio entre 1978 y 1993, por lo que quedan fuera, de un lado, estudios de Derecho Constitucional que corresponden a una época anterior (así, entre otros, sus trabajos sobre el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Constitucional italiano, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano o sobre el derecho de resistencia y su significado en el Estado constitucional, o su notable prólogo al *Derecho Político* de E. Stein), y de otro, estudios también de Derecho Constitucional y elaborados a partir de 1978, pero cuya autoría comparte con alguno de sus colaboradores. Por supuesto que también quedan fuera, por la época y el objeto, trabajos no jurídicos, sino de teoría política, entre los que habría que destacar, sin duda alguna, su importante *Introducción a los Manuscritos económico-filosóficos* del joven Marx.

Hechas esas aclaraciones podría decirse, pues, que el libro contiene la producción intelectual del profesor Rubio en los últimos quince años, período de tiempo en que ha estado dedicado exclusivamente al Derecho Constitucional, o si se quiere, más exactamente, al Derecho Constitucional y a la Teoría de la Constitución. Habría que matizar, sin embargo, este dato, ya que tampoco sería enteramente cierto. Una parte de la producción intelectual de Francisco Rubio como jurista en los últimos quince años no está (comprensiblemente) en este libro. Me refiero a su producción como magistrado del Tribunal Constitucional. No, claro está, a su contribución (por muy relevante que haya sido) a las sentencias adoptadas con su voto favorable ni siquiera cuando en esas sentencias figurase como ponente, pues la autoría de tales decisiones no corresponde nunca individualmente a los magistrados, sino al Tribunal en su conjunto. Estoy pensando en los votos particulares, en los que sí hay autor y de los que el profesor Rubio ha hecho uso con largueza y brillantez. Ahí, en sus votos particulares, se contiene una aportación doctrinal del profesor Rubio Llorente de

singular importancia para nuestro Derecho Constitucional. Quien desee conocer toda la obra jurídico-constitucional de nuestro autor en los últimos quince años habrá de consultar, aparte de los trabajos recogidos en el volumen que comento, estos votos particulares a los que acabo de referirme.

Dejo ya de hablar de lo que en el libro no hay para ocuparme, como es pertinente, de lo que sí se incluye. Lo primero que debe resaltarse, me parece, es la variedad temática de esos trabajos, que abarcan la casi totalidad de las grandes cuestiones del Derecho Constitucional. Ello se pone de manifiesto en la propia ordenación que el autor ha realizado al clasificar sus estudios en cuatro apartados: «Poder constituyente y Constitución», «Parlamento y Gobierno», «Las fuentes del Derecho» y «Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales». A simple vista, podría pensarse que falta, no obstante, la referencia a una materia clave como es la organización territorial del poder. Es cierto que a su estudio ha dedicado el profesor Rubio menor extensión que a otras materias y que eso quizá explique por qué no aparece como parte individualizada en el sumario de la obra. Pero ello no significa en modo alguno que no la haya hecho objeto de sus reflexiones. No tengo más que remitirme a tres de los trabajos incluidos en este libro (aunque los problemas de la autonomía territorial están presentes en algunos más): «El bloque de constitucionalidad», «Minorías y mayorías en el poder constituyente» y «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma», en los que se formulan unas consideraciones, de indudable relieve, sobre el significado del Estado autonómico y sobre la naturaleza y cometido de los Estatutos de Autonomía.

Lo que ocurre es que Francisco Rubio es más amigo de la intensidad que de la extensión y prefiere siempre aportar algo propio (como cualquier intelectual que se precie) a describir simplemente las aportaciones ajenas. Su obra nos ofrece un buen ejemplo de ese modo de trabajar, esto es, del empleo del método (y transcribo sus propias palabras, pág. 400 del libro) que «en el campo del Derecho permite distinguir una obra científica de un ensayo o de un alegato abogacil. Este método no consiste (aunque muy frecuentemente a esto se reducen muchos trabajos académicos) en la recogida y ordenación más o menos afortunada de opiniones ajenas y menos aún, claro está, en la aportación de una extensa bibliografía como apoyo innecesario de un repertorio de vaciedades. Leer para citar, de manera que lo leído pase de un libro a otros sin detenerse jamás en la cabeza de quien lo utiliza (el aforismo no es mío, pero tampoco recuerdo ahora el nombre de su autor), es una perversa manera de leer que da lugar a muchas obras académicas que serían simplemente inútiles si no fueran sobre todo perniciosas, tanto porque hacen perder muchas horas a los estudiosos más jóvenes e inexpertos, como por contribuir a la deforestación del

planeta consumiendo un papel que podría destinarse a otros usos». La transcripción ha sido larga, pero creo que merecía la pena.

De esa forma, incisiva, condensada, que caracteriza a los escritos de Rubio Llorente, en el libro se encuentran abordados, como antes decía, la mayor parte de las cuestiones principales del Derecho Constitucional y por ello este volumen puede sustituir (nunca, claro está, de la mejor manera) a ese tratado de la disciplina que, por razones de excelencia y en cumplimiento de la posición doctrinal que, sin duda, ocupa, el autor nos debe.

Sería imposible, en el reducido espacio que debe tener un comentario, referirme a cada uno de los estudios incluidos en esta obra. También innecesario, por ser bien conocidos y reiteradamente citados por los estudiosos del Derecho público. De todos modos no me resisto a hacer una leve glosa de, al menos, algunos de ellos. La selección, tan arbitraria como cualquier otra, incluye a «La Constitución como fuente del Derecho», «El bloque de constitucionalidad», «El Parlamento y la representación política», «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», «Principio de legalidad» y «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho».

«La Constitución como fuente del Derecho» va a significar junto con el extraordinario estudio «La Constitución como norma jurídica», de Eduardo García de Enterría, una aportación decisiva en los primeros momentos de la entrada en vigor de nuestra Constitución (el trabajo de Rubio se publica en 1979 y el de García de Enterría en 1980) para la puesta en marcha del necesario (y no fácil) proceso de constitucionalización de la cultura jurídica española. La unión entre Estado de Derecho y Estado democrático y, por lo mismo, entre Constitución jurídicamente eficaz y soberanía popular, la consideración de la propia Constitución como un complejo normativo en el que existe una amplia variedad de prescripciones llamadas a desplegar distintos tipos de eficacia, la posición de los jueces ante las normas constitucionales, la vigorosa defensa de la capacidad derogatoria de la Constitución y de su supremacía sobre el resto del ordenamiento o incluso la primera recepción (salvo error por mi parte) en nuestra literatura jurídica de la categoría de la garantía institucional, se encuentran, entre otras cosas, en ese trabajo de Rubio que, por todo ello, va a suponer uno de los puntos claros de partida del actual Derecho Constitucional español.

«El bloque de constitucionalidad» es un trabajo en el que concurren muchas significaciones. De un lado, y desde el punto de vista exclusivamente personal, me hace recordar que fue en el trabajo de 1980 de Rubio y mío, «La jurisdicción constitucional», donde apareció quizá la primera alusión en la doctrina española al término «bloque de la constitucionalidad». De otro lado,

el estudio del profesor Rubio al que me estoy refiriendo, aparte de estar dedicado en homenaje a Eduardo García de Enterría, lo que también le presta una especial significación, está ligado a un hecho de gran relieve, creo, para el Derecho Constitucional español, como es las reuniones científicas que un grupo bien granado de profesores venimos celebrando en Sevilla desde hace años y que se inauguraron en septiembre de 1989 precisamente con la presentación y debate de este estudio y del equivalente de L. Favoreu. Finalmente, en este trabajo (y ése es, claro está, su más importante significado) se realiza una cuidadosa verificación del sentido del término «bloque de constitucionalidad» en el ordenamiento francés, explicándose su muy distinta composición y cometido en nuestro ordenamiento, en el que está destinado a la regulación de la división territorial del poder y, por lo mismo, a servir de parámetro de control de constitucionalidad en esa materia. En la medida en que ese «bloque» está compuesto por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las demás leyes estatales atributivas de competencia a las Comunidades Autónomas, el trabajo de Rubio contiene, además, una importante toma de postura acerca de una cuestión fundamental en nuestro Estado autonómico, como es el problema de la naturaleza jurídica de los Estatutos. Por ello, es decir, por la singularidad de los Estatutos frente a las demás leyes estatales atributivas de competencia, esta noción del «bloque de constitucionalidad» me parece que puede resultar enriquecida si se distingue, dentro del mismo, un núcleo más reducido (formado sólo por la Constitución y los Estatutos) que desempeña el papel de «Constitución total» (en palabras de Rubio) o de Constitución territorial del Estado, y al que yo he denominado (y el autor me hace el honor de reconocerlo en otro trabajo, «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma», pág. 167 del libro) «bloque constitucional».

El trabajo sobre «El Parlamento y la representación política» constituye seguramente una de las primeras indagaciones relevantes de la doctrina española acerca de los problemas actuales de la representación parlamentaria. Más adelante ha venido a sumarse a ese acervo doctrinal el excelente estudio de Angel Garrorena. Rubio dice en su trabajo que lo ha realizado desde la perspectiva de la Teoría del Estado. Me atrevo a opinar que, en cuanto esa Teoría es la del Estado constitucional y en vista del método que Rubio emplea para examinar el objeto que estudia, este trabajo es, claramente (al menos para mí), un trabajo de Derecho Constitucional. El significado actual del Parlamento, la consideración del Parlamento como institución y no sólo como órgano, el papel crucial del pluralismo en la actividad parlamentaria, la dimensión jurídica de la disciplina de partido en el seno de las Cámaras, la necesidad de entender el control parlamentario en sentido amplio son, además del problema cen-

tral de la representación (con el que se encuentran obviamente conectadas), algunas de las cuestiones que aquí están tratadas, o al menos apuntadas, y que serán desarrolladas en otros trabajos del mismo autor (así, en «Los poderes del Estado», «El control parlamentario», «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes» o «El mandato parlamentario», todos incluidos en el libro). En este campo, además, al conocimiento teórico se une un amplio conocimiento práctico, no en balde Francisco Rubio, además de ser letrado de las Cortes, ha sido secretario general del Congreso de los Diputados durante la transición política y el proceso constituyente.

«Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley» y «Principio de legalidad» son, a mi juicio, dos de los trabajos más importantes de nuestro autor. En el primero, expuesto oralmente en 1983 y publicado en 1984, se contiene una seria llamada de atención acerca de la necesidad de replantearse el concepto de ley como consecuencia de las transformaciones producidas en nuestro ordenamiento por obra de la Constitución. En él se critica la construcción puramente formal del concepto de ley y se aboga por introducir en ese concepto un ingrediente material, sin el cual no sólo carecería de sentido la división de poderes, sino también el principio de igualdad. Tales ideas están desarrolladas también en el segundo de estos trabajos, dedicado a la memoria de Ignacio de Otto y publicado en 1993 en la colección de estudios que reunimos con ese fin un grupo de colegas y amigos de quien fue, sin duda, uno de los más señeros constitucionalistas españoles. En este trabajo Francisco Rubio continúa dialogando con el amigo muerto, y lo hace de tal manera que lo que resulta es, sin duda, el mejor homenaje que podía rendirle a este compañero cuyo recuerdo siempre nos acompañará. La distinción entre principio de juridicidad (sinónimo de Estado de Derecho) y principio de legalidad (como sometimiento pleno a la ley parlamentaria), la propuesta de solución, basada en ese entendimiento del principio de legalidad, del problema de las relaciones ley-reglamento en materias no reservadas, las consecuencias que de ello resultan para la comprensión del significado y ámbito del reglamento independiente, la necesidad de incluir un ingrediente material en el concepto de ley tanto por exigencias de la división de poderes como, sobre todo, del principio de igualdad, aparte de por imperativo del derecho a la tutela judicial, son las líneas vertebrales de este notable estudio. Dada la relevancia que en esta construcción desempeña el principio de igualdad, me parece que el lector que desee obtener los mejores frutos de este trabajo debe ponerlo en relación con otros dos del autor directamente dedicados a aquel principio y que constituyen unas obras de necesaria consulta en el tratamiento doctrinal de la materia: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» y «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad».

Al control de constitucionalidad ha dedicado el profesor Rubio una espe-

cial atención no sólo práctica (colaboró en la redacción del Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, participó muy activamente en el nacimiento de la institución, formó parte de ella como magistrado durante sus doce primeros años de actividad, desempeñando la vicepresidencia los tres últimos años), sino teórica. Fue de los primeros juristas españoles en preocuparse de estudiar esa materia cuando ni siquiera había atisbos de una futura Constitución para España; también de los primeros en dedicarle artículos en revistas especializadas inmediatamente que apareció la Constitución, dedicación que ha continuado ejerciendo hasta ahora de modo reiterado en publicaciones que han visto la luz en España y en el extranjero. De todos sus trabajos sobre la materia (y que son más, como dije al principio, de los recogidos en el presente volumen) voy a referirme sólo a «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», que es una buena muestra, me parece, del modo en que Francisco Rubio suele abordar el estudio de los problemas relativos al control de constitucionalidad. Ese modo consiste en tratar conjuntamente las dimensiones institucional, de fuentes del Derecho y de interpretación jurídica que se dan en el fenómeno de la jurisdicción constitucional, enmarcando, además, el estudio en la perspectiva (siempre necesaria y más aún en este campo) que el Derecho comparado ofrece. Todo ello queda bien patente en el trabajo al que me refiero, cuya riqueza temática me impide aquí entrar en el detalle de su contenido, pero donde el lector podrá encontrar muy provechosa enseñanza acerca de las cuestiones más arduas que los sistemas de control de constitucionalidad europeo y norteamericano (y su comparación) plantean.

Al final de este recorrido, inevitable y lamentablemente incompleto como ya apunté, por el libro de Rubio me doy cuenta de que por las dificultades a que aludí al principio más que hacer un comentario parece que estoy, burocráticamente, levantando un acta. Y eso ni me gusta, ni corresponde al tratamiento que debe darse a una obra intelectual, ni hace justicia a la valía del autor. Porque, efectivamente, esa valía no puedo en modo alguno silenciarla amparándome en un prurito, excesivo y mal entendido, de objetividad. Voy, pues, a valorar la obra y cómo es la de un auténtico jurista, esto es, la de un hacedor (o recreador) y no sólo aplicador del Derecho, me parece que un buen modo de llevar a cabo esa valoración es apoyarme (permítaseme esta licencia como homenaje al Derecho Romano, hoy tan poco favorecido, por desgracia, en los nuevos planes de estudios) en lo que se decía en aquella Constitución de Teodosio II y Valentiniano III conocida como la «Ley de citas», en la que después de ponderarse la autoridad de Papiniano, Gayo, Ulpiano y Modestino se terminaba ordenando que las opiniones de Paulo deben «semper valere». Y se me

ocurre que hay dos modos de entender este «semper valere» atribuido a una opinión doctrinal. De una parte, en el sentido de «valiosa», esto es, de una opinión que ha de ser tenida en cuenta, necesariamente, para estudiar los problemas, aunque no nos ofrezca siempre por sí sola y directamente la solución de los mismos. Esa es hoy la verdadera autoridad de los auténticos juristas y de esa autoridad disfrutaban las opiniones de Rubio. Sus trabajos, bien fundamentados en un sólido conocimiento, son siempre problemáticos, es decir, encaminados a plantear problemas, a alumbrar nuevas perspectivas, a incitar al lector. Y es que la independencia de criterio, el inconformismo, el espíritu crítico, el talante rigurosamente anticonservador son notas bien características de la personalidad intelectual del profesor Rubio Llorente. De ahí precisamente el carácter valioso de todos sus trabajos, en el sentido de que, compartiéndose o no sus criterios, lo cierto es que difícilmente podrá estudiarse un problema por él tratado sin tener muy en cuenta su opinión (aunque sea incluso para rechazarla).

Pero hay otra acepción del «semper valere» más próxima al sentido que tenía en el texto de la «Ley de citas»: predicable de una opinión no ya «valiosa», sino «válida», esto es, normativa, de necesaria aplicación no sólo para enfocar el problema, sino para resolverlo. Creo que hay una opinión de Rubio (al menos una) que disfruta de ese carácter: su concepto de Constitución. Concepto de Constitución que debe «semper valere» en este sentido fuerte y que está presente, con una continuidad clara, en todos sus trabajos desde los más tempranos y que se encuentra bien explicitado en las páginas introductorias del libro que titula precisamente *La forma del poder*, título que va a atribuir, además, y muy significativamente, a todo el volumen. La Constitución es la forma del poder, pero no cualquier forma, sino sólo aquella que lo constituye, lo configura (y transcribo los párrafos finales de esas espléndidas páginas) «de tal forma que se mantenga abierta para todos la posibilidad de ocuparlo; que no predetermine en absoluto el contenido de las decisiones, aunque sí el límite absoluto de las decisiones posibles. En una palabra, que la forma del poder preserve la libertad: que sea simple forma».

Constitución, democracia y libertad aparecen así indisolublemente unidas (y en esa unión encuentra todo su sentido un pasaje de la frase antes citada que no encierra, en modo alguno, una paradoja sino un enunciado bien certero al exigirse de la Constitución «que no predetermine en absoluto el contenido de las decisiones, aunque sí el límite absoluto de las decisiones posibles»). Frente a las concepciones exclusivamente formales de Constitución, Rubio nos muestra cómo puede construirse con rigor un concepto jurídico (y no puramente político) de Constitución que a su vez no sea un concepto neutral. «No hay otra Constitución —decía ya en su estudio de 1979 *La Constitución como*

fuerza del Derecho— que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las “Constituciones” napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.» Ese es el concepto de Constitución —añado yo— que debe «semper valere».

Y en coherencia con ese concepto de Constitución se encuentran todos los trabajos de nuestro autor. Coherencia que presta unidad y firmeza a su obra y la hace ser, por ello mismo, una obra científicamente ejemplar. El propio autor nos dice (pág. XXIV) que «no hay en esa firmeza de ideas nada de sorprendente y menos aún de admirable». No estoy de acuerdo, salvo que se convenga en que ni lo poco común debe ser causa de sorpresa ni la excelencia motivo de admiración. Pero, en fin, no vamos a polemizar, y menos al final. Yo creo que el mayor mérito de la obra de Rubio es precisamente ese al que me estoy refiriendo: el de haber construido un Derecho Constitucional que es (o que contiene) al mismo tiempo una Teoría de la Constitución. Como debe ser, aunque sea raro.

