

LOS PODERES DEL ESTADO
EN LA OBRA DE FRANCISCO RUBIO LLORENTE¹

Ángel J. Gómez Montoro

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

1. Algunas consideraciones introductorias

No faltan en la obra del Prof. Rubio Llorente un buen número de trabajos dedicados a los poderes del Estado en los que, como ocurre con todos sus escritos, hay siempre profundidad en el análisis y originalidad en las propuestas. Con todo, me atrevería a decir que no es este uno de los ámbitos más tratados por él. Podría pensarse que este cierto vacío de análisis contradice de alguna manera su afirmación de que “mi objeto de estudio ha sido siempre el poder político”². Pero en realidad esa posible paradoja sería solo aparente pues, como él mismo dejó escrito, “los poderes del Estado no son, excusado es decirlo, «el poder del Estado»” sino “las instituciones concretas que forman y actúan la voluntad del Estado en general o de cada Estado en particular”³. No es por ello de extrañar que su interés se centrara en aquellas cuestiones que tienen más que ver con *la forma del poder* y su limitación, entre las que cabe destacar el estudio de la propia Constitución como instrumento que *da* forma al poder, la jurisdicción constitucional que hace efectivas las disposiciones constitucionales, o los derechos fundamentales como principal límite material de los poderes constituidos. Y a ese mismo tipo de interés parecen responder sus numerosos estudios sobre la Unión

¹ Las citas a las obras de Rubio Llorente las haré —siempre que estén incluidas, lógicamente— según su recopilación *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª ed., Madrid 2012. Y, para simplificar, utilizaré las siglas FP seguidas del tomo en romanos y página o páginas. No obstante, incluiré entre paréntesis el título del trabajo originario y su fecha para que sea más fácil al lector enmarcar sus afirmaciones.

² “Discurso de aceptación del nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Valladolid”, publicado en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20, 2012, pp. 345-360 (http://www.ugr.es/~redce/REDCE20pdf/09_RUBIO.pdf), p. 346.

³ FP II, 577 (“Los poderes del Estado”, 1984).

Europea, en cuanto forma novedosa de organizar el poder que, en buena medida, viene a poner en cuestión muchos de los principios sobre las que se asientan nuestros Estados constitucionales.

Esto no quiere decir que no existan en su obra contribuciones, y contribuciones relevantes, sobre los distintos poderes del Estado. Destacan entre ellas los trabajos sobre la forma de gobierno y la incidencia que en la misma tiene el Estado de partidos. Esta ha sido sin duda una de sus grandes preocupaciones que, aunque con distintas perspectivas, aparece una y otra vez en sus escritos. Y es que se trata de un tema que excede la mera organización para incidir de manera relevante en la misma *forma del poder*. Otros trabajos —aunque esto, como él mismo ha explicado, ha sido habitual en todos los ámbitos— son fruto de encargos, unidos a veces a las importantes responsabilidades públicas que asumió en los distintos momentos de su vida. Uno de ellos, publicado en el libro de Linz, *España: un presente para el futuro*, lleva precisamente por título “Los poderes del Estado” y en él realiza un análisis, necesariamente sintético, de cada uno de los tres poderes tradicionales, junto con la Corona⁴. Otros escritos se centran en alguno de ellos, destacando de manera especial los relativos al Parlamento y sus relaciones con el Gobierno, siendo escasos, sin embargo, los dedicados al poder ejecutivo y al judicial. En la última época, y por su condición de Presidente del Consejo de Estado, publicó algunos trabajos sobre la función consultiva⁵.

Como antes se ha apuntado, el conjunto de sus publicaciones revela un interés mayor por las cuestiones que afectan el poder que por los aspectos organizativos. Y su lectura evidencia, asimismo, profundos conocimientos de teoría política, influencia de su formación y, en especial, de su Maestro, Manuel García Pelayo⁶. Pero a la vez, revela su

⁴ J. J. Linz, *España: un presente para el futuro*, Instituto de Estudios Económicos, 2 vols., Madrid, 1984. El trabajo de Rubio se incluye en el vol. 2, pp. 49-76.

⁵ “La función consultiva en el Estado de las Autonomías”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, 2004, pp. 96-110; y “El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006, pp. 27-40.

⁶ Según explicaba en su discurso de aceptación del doctorado honoris causa de la Universidad de Valladolid, “mi objeto de estudio ha sido siempre el poder político, aunque por razones diversas lo he abordado desde perspectivas diferentes. Sociología Política, Historia de las Ideas, Teoría del Estado, Derecho Público y especialmente Derecho Constitucional”, perspectivas todas que “cabían dentro del cuerpo abigarrado del Derecho Político, que es la denominación que desde la Ley de 1857 hasta la LRU recibía en el pensum de nuestras Facultades de Derecho la asignatura equivalente a la que casi en todos los demás países europeos se llamaba ya Derecho Constitucional” (“Discurso de aceptación...”, cit., p. 346). Aunque él no lo menciona, habría que añadir a esas diversas perspectivas la de la Historia Constitucional, de la que era también un profundo conocedor.

esfuerzo por preservar la pureza metodológica propia de cada rama del saber. Como él explicaba refiriéndose específicamente a la cuestión objeto de este estudio, “el problema del «poder del Estado» pertenece al ámbito de la Teoría política, el de los poderes del Estado al de la Teoría del Estado, al del Derecho Constitucional o al de la Sociología política, según cuál sea el ángulo desde que se le aborda”⁷. En algunas de sus contribuciones predomina la metodología propia de la teoría del Estado; creo que es el caso de “Mayorías y minorías en el poder constituyente” o su trabajo sobre “La representación política”. Sin embargo, cuando realiza análisis de la Constitución, llama la atención su marcado carácter formal, algo que quizás puede explicarse no solo por el empeño en no mezclar metodologías, sino también por la necesidad de construir en España un Derecho Constitucional que no existía antes de la aprobación del Texto de 1978⁸.

A pesar de ese formalismo, sus trabajos responden también a un profundo conocimiento no solo de las normas objeto de análisis sino de la realidad que las subyace. Como él mismo puso de relieve, había tenido “la ventaja ciertamente singular de haber aprendido Derecho Constitucional directamente de la práctica; de haber participado, de una u otra forma, en la elaboración de una Constitución y sobre todo en su interpretación, durante mis años en el Tribunal Constitucional”⁹. Creo que ese profundo conocimiento de la práctica se nota especialmente en los trabajos de Derecho Parlamentario y sobre el Tribunal Constitucional (también, por supuesto, en los relativos a la función consultiva, aunque su alcance es menor). Y entiendo que responde asimismo a ese empeño por no hacer Derecho al margen de la realidad su preocupación por la fuerza del mercado y los poderes económicos, que fue a más con los años y avanzó a la par del fenómeno de la globalización (y que quizás tiene también que ver con su temprano estudio de los escritos de Marx).

Esta preocupación estuvo siempre presente en su pensamiento y no es raro que aparezca, aunque sea de manera colateral, en algunos escritos. Así, en su estudio sobre “El Estado entre las Comunidades Autónomas y Europa”, veía en los criterios de convergencia del art. 109.1 del

⁷ FP II, p. 577 (“Los poderes del Estado”, 1984).

⁸ Un Derecho Constitucional que, en su caso y siguiendo con sus palabras, “se ha hecho en buena medida al margen de la licenciatura, y adolece por eso, entre otros muchos, del defecto propio del autodidactismo, de haberse llevado a cabo sin contar con un plan sistemático de lecturas guiadas” (“Discurso de aceptación...”, cit., p. 347). Sin cuestionar su “autodidactismo” es evidente que la formación adquirida era todo menos defectuosa.

⁹ “Discurso de aceptación...”, cit., p. 347.

Tratado de Maastricht la expresión sintética más acabada de la lucha contra el populismo, “o, lo que es casi lo mismo, a favor de la ortodoxia económica”¹⁰. Y en “Mayorías y minorías en el poder constituyente” llamaba la atención sobre el hecho de que la Economía, con la pretensión de haber adquirido rigor científico, pretendiera “sustraer a los políticos la decisión en todas aquellas cuestiones que pueden ser resueltas con arreglo a su propio saber”¹¹.

Pero esa preocupación adquirió un tono mayor en los últimos años. Así, era frecuente que apareciera en seminarios y foros académicos y la formuló ya de manera expresa en su discurso de aceptación del Doctorado *honoris causa* por la Universidad de Valladolid, en el que subrayó que los problemas con que se enfrenta hoy nuestro Estado Constitucional no son estrictamente jurídicos sino que “nos vienen del mundo exterior o de lo profundo de nuestra cultura política. Los primeros son los que ahora interesan y él los concretaba en “la incidencia que la globalización económica tiene sobre los Estados nacionales”. Partiendo del análisis de Daniel Rodrick sobre “el trilema político fundamental de la economía mundial”, ponía de relieve cómo en opinión de un buen número de distinguidos autores, “la hiperglobalización impone a todos los Estados una «dorada camisa de fuerza» que les obliga a aceptar sus reglas, con las que los países se hacen más ricos, y el espacio de la política se reduce”¹². Y estas cuestiones son tratadas con más detenimiento en sus últimos escritos —“Constitucionalismo contemporáneo y Constitución europea” y “El constitucionalismo contemporáneo”—, centrados precisamente en los problemas del constitucionalismo de nuestros días¹³.

¹⁰ FP I, p. 286 [“El Estado entre las Comunidades Autónomas y Europa”, el autor confiesa que no sabe lugar y fecha de publicación y que es posible que sea inédito (FP I, p. 5)].

¹¹ FP I, p. 60 (“Mayorías y minorías en el poder constituyente”, 1991).

¹² “Discurso de aceptación...”, cit., p. 349. Un par de años después, en un artículo que lleva el provocativo título de “Defectos de forma” consideraba que la crisis del “parlamentarismo de partidos” existente en Europa “es manifestación de la crisis general de la política, de la frustración de los ciudadanos ante la impotencia del Estado nacional (...) para hacer frente a la consecuencias económicas y sociales de la globalización económica” *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, 2014, p. 140.

¹³ El primero de ellos aparecido en Francisco Balaguer Callejón y José Tudela Aranda (coords.), *Estudios en homenaje al profesor y magistrado Luis Ortega Álvarez*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016; el segundo, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, 2015, pp. 371-387, una recensión —aunque en realidad es más que eso— de los libros de Petra Dobner y Martin Laughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, y Alexander Somek, *The Cosmopolitan Constitution*.

Para concluir con estas referencias generales, debe destacarse la profunda influencia alemana que se percibe en sus escritos. Si bien conocía a fondo los autores franceses e italianos, y en los últimos años —sobre todo tras su larga estancia en Estados Unidos al dejar el Tribunal Constitucional— tuvo un especial interés en la doctrina Norteamericana, es la Constitución alemana y los autores de ese país los que están más presentes en sus obras y los que parecen haber tenido una mayor influencia en su pensamiento.

En las páginas que siguen trataré de exponer la visión de Rubio Llorente sobre cada uno de los poderes del Estado, no sin antes realizar algunas consideraciones de alcance más general sobre la relación entre el poder y los poderes. Con carácter previo permítanseme dos precisiones. La primera, no trataré en estas páginas de la jurisdicción constitucional, y no porque no sea un poder del Estado sino porque, con toda razón, los organizadores de este coloquio han considerado que debe tener un tratamiento propio. La segunda apunta en sentido contrario: aunque los partidos políticos no son poderes del Estado y, además, son objeto también de un análisis específico, será imprescindible referirse al Estado de partidos al tratar de las Cortes, el Gobierno y las relaciones entre ambos pues la aproximación de Rubio a estos temas se produce principalmente, y además de forma constante en el tiempo, desde la perspectiva del Estado de partidos.

2. Poder y poderes

Como ya he señalado, el estudio del poder ha sido, según confesión propia y como se desprende de forma clara del análisis de sus escritos, el *leit motiv* de la obra intelectual de Francisco Rubio. Hasta el punto de que se le podrían aplicar en no poca medida las palabras que escribió en una semblanza de García Pelayo: “lo que da unidad a su obra —afirmaba— es (...) el tema del poder, el misterio del poder institucionalizado: su justificación, sus instrumentos, su finalidad declarada o encubierta”¹⁴. Aunque, a diferencia de su Maestro, su aproximación al tema la hizo, fundamentalmente, desde la óptica del Derecho Constitucional. Esta opción por la perspectiva jurídica no supone, sin embargo, una aproximación menos intensa o comprometida —si se me permite hablar así— respecto del objeto de estudio.

Para Rubio, solo el Estado constitucional garantiza la libertad mediante la afirmación de “la immanencia social del poder”; su instau-

¹⁴ FP I, p. 434 (“Manuel García Pelayo. Un intelectual patriota”, 2009).

ración “implica, junto con la sujeción del poder al Derecho, la traslación al pueblo de su titularidad”¹⁵. La Constitución se convierte por ello en la clave de bóveda de toda la construcción y lo que “define la Constitución es su función y esta es precisamente la de dar forma al poder, es decir, la de crearlo: *forma dat esse rei*”¹⁶. Se trata, como es fácil ver, de una visión tributaria del concepto racional-normativo de Constitución tal y como lo formulara García Pelayo¹⁷. Un concepto que le llevó a criticar con frecuencia la concepción meramente formal de la Constitución propia del positivismo¹⁸.

Pero a la hora de explicar la relación poder-Constitución Rubio va aún más allá hasta el punto de afirmar que la Constitución es “el origen del poder, su fuente”. Desde el punto de vista del Derecho, “el poder que nace de las relaciones fácticas no es todavía poder político”¹⁹; sólo la Constitución convierte el poder fáctico en poder político. La Constitución no solo limita al poder, sino que lo constituye, con la paradójica consecuencia de que el pueblo que actúa como soberano al establecer la Constitución, deja de serlo a partir de ese momento²⁰.

Esta visión formal —que no formalista— de la Constitución no le impide sostener que “toda Constitución está vinculada a la historia”; esta es la que aporta los fundamentos de la legitimidad²¹; por eso, afir-

¹⁵ FP II, p. 691 (“El control parlamentario”, 1985).

¹⁶ FP I, p. XXXV.

¹⁷ *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid 1950, pp. 30-36.

¹⁸ “La concepción puramente formal de la Constitución acuñada por el positivismo únicamente es válida para los ordenamientos modernos, pero es útil solo en la medida en la que no es neutral; solo en la medida en la que, traicionando en cierto modo los presupuestos metodológicos de los que el positivismo arranca, se identifica Constitución formal con limitación del poder, puede tener alguna utilidad jurídica esa concepción” (FP I, p. XXXV). Para Rubio el concepto clave es el weberiano de legitimación, del que no puede separarse el de validez (como exponer de manera brillante en el prólogo al libro de J. L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, en especial, pp. XIV y ss.).

¹⁹ FP I, p. XXXVI.

²⁰ FP I, p. 17 (“El concepto de Constitución”, publicado como la voz “Constitucionalismo” en los *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2011). Aunque no conviene detenerse en estos aspectos por ser objeto de otro de los trabajos de este volumen, no deja de llamar la atención que, a diferencia de la concepción constitucional clásica, considere el acto del poder constituyente no como *pacto* sino como *acto de poder*, “un acto de dominación, mediante el que, en el mejor de los casos, la voluntad de la mayoría se impone a la totalidad del grupo”, con la condición, eso sí, de que “no niegue ciertos «derechos» del individuo que se denominan, por eso, inalienables” [FP I, p. 64 (“Mayorías y minorías en el poder constituyente”, 1991)].

²¹ FP I, p. XXXVI.

ma, “no cabe construir un concepto jurídico de Constitución que sea válido para cualquier lugar y cualquier tiempo”²².

Ahora bien, ¿cuál es su visión de los poderes constituidos, que son al fin y al cabo el objeto de este trabajo? El punto de partida es que “los poderes del Estado no son (...) «el poder del Estado»”, sino “las instituciones concretas que forman y actúan la voluntad del Estado en general o de cada Estado en particular”²⁴. Sin embargo, los problemas para definir el poder del Estado, que derivan de la insuficiencia del concepto de Estado nación y de la nueva relación de la sociedad y el Estado, implican “una considerable dificultad tanto para establecer el concepto mismo de poderes del Estado como para el análisis crítico de estos, para el que son de escasa utilidad las viejas categorías dogmáticas del Derecho Público”²⁵.

A pesar de ello y como se acaba de señalar, opta por un concepto puramente formal: “por «poderes del Estado» hay que entender, en principio, el conjunto de instituciones concretas que forman y actúan la voluntad del Estado”²⁶. Una noción que no viene definida en la Constitución, que usa más frecuentemente la expresión “poderes públicos”. Ahora bien, un concepto más preciso de poderes del Estado requiere aún dos precisiones: por Estado se entiende aquel “que tiene como base el pueblo considerado como unidad, haciendo abstracción de la localización territorial de los ciudadanos”²⁷. Dicho de manera más llana, las instituciones generales del Estado y no las de las Comunidades Autónomas; y entre estas, no todas sino “aquellas que deciden en último término, las instituciones supremas”, coincidiendo así “con los llamados órganos constitucionales”²⁸. Cada poder, además, “se define por la función a realizar”²⁹. Se trata, como puede apreciarse un concepto bastante clásico y convencional que incluye, básicamente, Parlamento, Gobierno, Corona y poder jurisdiccional, si

²² FP I, p. XXXV.

²³ Dejamos al margen sus numerosas e interesantes consideraciones sobre el poder constituyente por entender que desbordan del tema encomendado. El indudable punto de partida es que “el pueblo no es solo el origen del poder, sino también su titular supremo y la voluntad del pueblo, voluntad general, es la única con capacidad para exigir la obediencia de los ciudadanos” (id., p. 652, “El Parlamento y la representación política”, 1984).

²⁴ FP II, p. 577 (“Los poderes del Estado”, 1984).

²⁵ Id., p. 580.

²⁶ Id., p. 581.

²⁷ Id., p. 522.

²⁸ Id., p. 582.

²⁹ FP II, p. 722 (“Función legislativa, poder legislativo y garantía del procedimiento legislativo”, 1998; en FP lleva por título “El procedimiento legislativo”).

bien estos dos últimos se enmarcan más en el horizonte “del Estado global que el del Estado Central”³⁰.

La importancia de la división de los poderes del Estado y su relación con la democracia fue objeto de un trabajo específico publicado en 2004³¹. Resulta interesante su arranque: recoge una conferencia en la que se le había pedido por los organizadores que hablara de la separación de poderes y democracia en la Constitución, lo que en su opinión planteaba una primera dificultad ya que “la forma propia de los regímenes parlamentarios es la división de poderes, no su separación, que se entiende como rasgo propio del presidencialismo”³². Se trata, por otra parte, de un principio nacido en un contexto no democrático y “también como instrumento para combinar la legitimidad democrática con otras legitimidades”³³.

Interesante resulta también la afirmación de Rubio, contenida en otro de sus trabajos, sobre la compatibilidad entre limitación del poder y su estructuración a través de órganos funcionalmente separados, con un régimen, en mayor o menor medida, autoritario. “Lo específicamente democrático no es la limitación o división del poder, sino su pretensión de legitimidad y la organización que de ella necesariamente se deriva”³⁴.

Por lo que se refiere a la concreta articulación de los poderes en nuestra Constitución, esta es la descripción que él mismo hace: “Una Monarquía parlamentaria (...). Un bicameralismo muy desequilibrado. Un Gobierno de estructura «cancilleresca», con primacía muy acusada del Presidente del Gobierno. Una jurisdicción dividida en dos estructuras diversas: Poder Judicial y Tribunal Constitucional”³⁵. Pero, tanto en este como en otros trabajos, lo que parece interesarle más y sobre lo que insistirá con frecuencia es en cómo ese diseño formal se ve alterado por el funcionamiento real de los partidos políticos. “Desde la concepción republicana de la democracia —dirá—, la nuestra es poco satisfactoria”, pero sus defectos derivan sobre todo “de una falta de cultura

³⁰ *Ibid.*

³¹ “Separación de poderes y democracia en la Constitución”, en M. A. Ramiró Avilés y G. Peces-Barba (coord.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 223-236. Publicado en FP II, pp. 669-681, aunque el título pasa a ser “División de poderes y democracia en la Constitución” quizás por la razón apuntada en el texto.

³² FP II, p. 669 (“División de poderes y democracia en la Constitución”, 2004).

³³ *Ibid.*

³⁴ FP II, p. 604 (“Introducción al Título III” en los *Comentarios a la Constitución* dirigidos por O. Alzaga, 1998; en FP lleva un título que responde mejor al contenido del trabajo, “La representación política”).

³⁵ *Id.*, p. 672.

democrática y del dominio absoluto de nuestra vida política por los partidos”³⁶. Se trata de algo más que meras disfunciones organizativas puesto que “la nueva realidad de los partidos altera tanto el equilibrio entre las instituciones propias del parlamentarismo que pone en cuestión su propia razón de ser” y “pone en riesgo la legitimidad del sistema”³⁷. Volveremos sobre ello al tratar de las Cortes y el Gobierno, aunque como ya hemos señalado, el tema de los partidos y la representación es objeto de otra ponencia.

3. Monarquía parlamentaria y Corona

A diferencia de su Maestro, que dedicó a la Corona importantes trabajos³⁸, y de algunos de sus discípulos, que han dedicado también en distintos momentos atención a la Monarquía Parlamentaria³⁹, no parece haber sido este un tema de especial interés para Rubio Llorente. Aparte de algunas referencias, escasas y breves, dispersas en trabajos sobre otros temas, lleva como título “La Corona” un breve texto incluido en el tomo II de *La forma del poder* que recoge una conferencia pronunciada en las jornadas sobre *Monarquía y democracia* celebradas en el Congreso de los Diputados en febrero de 2001⁴⁰. Se trata de un trabajo a caballo entre la Historia y la Filosofía Política, tributario sin duda de la obra de García Pelayo, si bien considera necesario matizar su afirmación de que la Corona es precursora de la idea de Estado puesto que, si bien es cierto que cuando aparece la noción de Estado en el siglo XV una de sus raíces es la idea de Corona, “ni esta raíz es la única, ni sobre todo, el surgimiento de la idea de Estado implica la desaparición de la idea de Corona”⁴¹.

Por lo que ahora interesa, el trabajo concluye con unas consideraciones sobre la opción de nuestro constituyente de 1978. En general, sus

³⁶ *Id.*, p. 676.

³⁷ “Defectos de forma”, cit., pp. 138-139.

³⁸ Véase su importante contribución “La Corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político”, recogido en M. García Pelayo, *Del Mito y de la Razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid 1968 (incluido en *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, vol. II, pp. 1041-1073). Al tema se dedican también *El Reino de Dios, Arquetipo político*, Revista de Occidente, Madrid 1959 y *Mitos y símbolos políticos*, Taurus, Madrid 1969 (recogidos en el vol. I de sus *Obras Completas*).

³⁹ Me refiero a los conocidos trabajos de M. Aragón Reyes y J.J. Solozábal Echavarría.

⁴⁰ FP II, pp. 741-750 (no he encontrado una publicación previa de ese texto).

⁴¹ *Id.*, p. 743.

observaciones tanto en este como en otros trabajos son bastante indiscutidas: la "opción monárquica" era una de las "decisiones constituyentes implícitas" que difícilmente podían revocar las Cortes constituyentes⁴²; y puesto que el régimen presidencial ha sido ajeno a nuestra tradición, la opción monárquica implicaba el parlamentarismo⁴³. La monarquía parlamentaria es, por otra parte, la síntesis que permite conciliar principio monárquico y principio democrático⁴⁴. Si bien, y me parece esta una idea para no olvidar, esa conciliación no elimina la tensión entre política y Derecho como se refleja en el art. 1.3 CE. Acepta Rubio la tesis de M. Aragón de que esa fórmula encierra en realidad dos fórmulas distintas, la forma meramente política del Estado y la forma jurídica de Gobierno, pero considera que "el texto no es nunca inocente" y que es "la expresión de una tensión que se mantiene viva y lleva a interpretaciones muy diversas de otras fórmulas constitucionales". O, dicho de otra manera, se ha apostado por "una lectura moderna" que, sin embargo y por nuestra cultura, "no permite eliminar totalmente la contraria"⁴⁵.

Interesantes son sus consideraciones sobre la rúbrica del propio título, que no alude ya al rey sino a la Corona, un acierto de los constituyentes en la medida en que "alienta una nueva concepción de la Corona, que ya no es simplemente «otro nombre para el rey», para volver a ser una institución, un centro de imputación, una suma de facultades concretas, a través de las que el rey ha de ejercer, más que el poder, la autoridad"⁴⁶. Asimismo, considera adecuado —frente a las críticas formuladas por quienes piensan lo contrario— que el tratamiento de la Corona se realice en nuestra Constitución antes que el de las Cortes y ello, "precisamente por el hecho de que, la monarquía que la vigente instaura no es ya «constitucional», sino simplemente «parlamentaria»"⁴⁷; aunque pueda parecer paradójico, afirma Rubio que "tiene cierto sentido, me parece, que se haya querido exaltar la importancia de una institución puramente simbólica, haciendo preceder su ordenación a la del poder efectivo"⁴⁸.

También considera un acierto, fruto más de la intuición que del análisis o la deliberación, el que los constituyentes "no intentan hacer caracterización alguna de la Corona y se afanan por encontrar tareas para el Rey". Entre ellas, la de arbitrar y moderar, "difícil de aprehen-

⁴² Cfr. FP II, p. 583 ("Los poderes del Estado", 1984).

⁴³ "Defectos de forma", cit., p. 135.

⁴⁴ FP II, p. 742 ("La Corona", 2001).

⁴⁵ FP II, p. 584 ("Los poderes del Estado", 1984).

⁴⁶ FP II, p. 748 ("La Corona", 2001).

⁴⁷ FP II, p. 601 ("La representación política", 1998).

⁴⁸ Id., p. 602.

der y definir, pero sobre todo difícil de realizar"⁴⁹. Con su proverbial agudeza y su afán por cuestionar, se pregunta, primero, si es posible que una organización sea simbolizada y no simplemente denotada y, segundo, si cabe que la función simbólica sea atribuida por una norma, cuestiones que, en su opinión, deben ser contestadas negativamente⁵⁰. Interesante es también la afirmación de que el Rey no representa en realidad al Estado, a pesar de lo que dice el art. 56.1 CE, sino a la nación, algo que no se afirmó en la Constitución porque hubiese roto el consenso con los nacionalistas pero que se ve cada vez como más necesario "en una España cuya estructura estatal se va diluyendo progresivamente en la estructura comunitaria"⁵¹.

Para concluir este apartado, cabe destacar que, por el encargo de realizar un informe sobre "las prerrogativas procesales de los titulares de órganos constitucionales" para la *Table-Ronde* de Aix-en-Provence en 2002, dedicó algunas breves consideraciones a las inmunidades del Jefe del Estado, una cuestión que había suscitado algunas dudas con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se incorporó el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, que instituyó la Corte Penal Internacional. Para Rubio, puesto que nuestra Constitución se inspira en la idea de absoluta irresponsabilidad jurídica del monarca, este goza de una inmunidad total en el Derecho interno, siendo imposible cualquier acción penal contra él, lo que no impide, sin embargo, que se le pueda exigir responsabilidad penal internacional⁵².

4. Parlamentarismo de partidos

Como ya he señalado, la opción por la forma parlamentaria de Gobierno fue una de las que Rubio llama "decisiones implícitas" de nuestro proceso constituyente⁵³: la opción por una Monarquía avocaba a la forma parlamentaria de gobierno que, por otra parte, ha sido la forma habitual en nuestro constitucionalismo histórico. Pero a diferencia

⁴⁹ FP II, p. 749 ("La Corona", 2001).

⁵⁰ Cfr. id. 749-750.

⁵¹ Id., p. 750.

⁵² Cfr. FP II, p. 731 ("Las prerrogativas procesales de los titulares de órganos constitucionales", 2002). Sostiene Rubio la existencia de no pocos reparos de constitucionalidad en la traslación de la responsabilidad criminal del Rey al referendante "puesto que el principio de culpabilidad difícilmente se acomoda a transferencias intersubjetivas" (pp. 731-732).

⁵³ FP I, p. 50 ("El proceso constituyente en España", 1983).

de aquél, nuestro parlamentarismo contemporáneo está transido por los partidos políticos y esto tiene profundas consecuencias, bien conocidas y que atrajeron de forma intensa el interés de Rubio Llorente, quizás porque vienen alterar la "forma del poder" tal y como la diseña nuestra Constitución —y en general la forma parlamentaria de Gobierno—, pero también porque veía en ellas unos excesos autodestructivos difíciles de frenar. Y parece que en esto sigue asimismo las preocupaciones —aunque no estrictamente la visión— de García Pelayo⁵⁴.

Un buen resumen de su pensamiento al respecto se recoge en uno de sus últimos trabajos, que lleva por título "Defectos de forma"⁵⁵. Su punto de partida es el clásico sobre el tema: la transformación de los partidos de notables en partidos de masas como consecuencia de la democratización de la sociedad, con la consiguiente transformación en "organizaciones permanentes, servidas por cuadros profesionales y cuya financiación requiere cuantiosas aportaciones externas"⁵⁶. Mayor interés tienen algunas de las consecuencias que saca de esta realidad y que expongo a continuación de forma más bien esquemática.

La primera, la tendencia —que considera inherente en los partidos de masas— a invertir la relación entre finalidad última —gobernar el Estado de acuerdo con ciertas ideas y valores— y finalidad inmediata —la permanencia en el poder—. No queda, sin embargo, claro si esta afirmación es para él un simple dato de experiencia o una consecuencia necesaria por razones teóricas.

Una segunda conclusión es "la necesidad de contar con los muy considerables recursos financieros que requiere el funcionamiento de la estructura permanente y la realización de costosas campañas electorales", con el consiguiente riesgo —expresado por Rubio de manera directa y sin ambages— "de que el partido aproveche el poder alcanzado en las instituciones públicas para recabar fondos a cambio de la adjudicación de contratos, otorgamiento de concesiones, calificaciones urbanísticas o favores de cualquier otro género"⁵⁷.

Una tercera consecuencia, bien conocida y sobre la que volveré enseguida, es la inversión de las relaciones entre Parlamento y Gobierno.

En general, considera Rubio que estamos ante tendencias inherentes al parlamentarismo, que no pueden ser eliminadas pero que no

⁵⁴ Quien, como es sabido, escribió un libro que lleva por título *El Estado de partidos*, Alianza Editorial, Madrid 1986. El libro fue objeto de una breve nota-recensión del propio Rubio aparecida en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1987, pp. 259-261.

⁵⁵ Cit., pp. 133-165. En particular, 136-148.

⁵⁶ Íd., p. 137.

⁵⁷ Íd. p. 138.

deben ignorarse pues disminuyen la capacidad de limitar el poder y, en última instancia, comprometen la legitimidad del sistema. Con la dificultad añadida de que las medidas para cambiar esta tendencia deben adoptarlas los propios partidos.

Aunque no es este el lugar para extenderse sobre el tema, que en cierto modo queda al margen del objeto de este trabajo, resulta interesante destacar la conclusión a la que llega después de realizar consideraciones sobre la legislación sobre partidos y su financiación: la necesidad de una reforma a fondo que los libre de sus "defectos degenerativos, aunque para lograrlo se haya de aceptar el riesgo de que se produzca un cierto fraccionamiento del sistema de partidos y una disminución de la estabilidad gubernamental"⁵⁸. La evolución de la política española en los últimos años —no prevista por Rubio, ni por casi nadie para ser honestos— ha llevado, sin embargo, a la situación apuntada por él pero sin necesidad de reformas. O quizás cabría afirmar que ha sido precisamente esa falta de reformas de los partidos y su modo de hacer política lo que ha conducido a la situación actual.

5. Cortes, Gobierno y relaciones entre ambos

a) LAS CORTES GENERALES

Dentro de los estudios de Rubio Llorente sobre los poderes del Estado, destacan los dedicados a las Cortes Generales, lo que se puede explicar tanto por la relevancia del Parlamento en un Estado constitucional-democrático como por la especial vinculación que tuvo con ellas como Letrado y Secretario General del Congreso de los Diputados. Se trata más bien de estudios sobre aspectos concretos de su regulación y funcionamiento, quizás porque siempre estuvo más interesado en el análisis de los problemas que en la descripción de las instituciones⁵⁹. Y aunque recibió el encargo de Óscar Alzaga de realizar la introducción al Título III en los *Comentarios a la Constitu-*

⁵⁸ Íd. p. 144. Unos años antes Rubio había llamado, por el contrario, la atención sobre el riesgo de demonizar los partidos políticos mediante "la representación falsa de que, más allá de nuestras fronteras, las instituciones democráticas tienen un funcionamiento ejemplar"; y rompía una lanza a favor de los partidos considerando que, si bien son responsables directos de una deficiente vida parlamentaria, "la lucha contra estos defectos graves, que no son necesariamente consecuencia del dominio de la vida política por los partidos políticos, no puede ignorar que algún reflejo tienen en la democracia los defectos del propio demos" [FP II, p. 647 ("La representación política", 1998)].

⁵⁹ Cfr. FP I, p. XXIX.

*ción Española*⁶⁰ dirigidos por él, las extensas páginas que dedicó al tema son más un excelente análisis de la teoría de la representación y sus problemas en las democracias actuales que un estudio de nuestras Cortes⁶¹.

Pero no faltan en sus escritos sobre Derecho parlamentario afirmaciones de amplio alcance. Una de ellas —son sus palabras—, que «la «crisis» de los Parlamentos (si se puede llamar así sin grave contradicción una condición permanente en el tiempo) es estructural, no coyuntural»⁶²; se trata de un recordatorio frente a quienes utilizan la crítica al Parlamento con el propósito de deslegitimar el sistema parlamentario y, en última instancia, la democracia representativa⁶³. Otra, la radical evolución de las razones que han motivado las críticas a la institución parlamentaria: desde 1870 y hasta la II Guerra Mundial, el problema era su omnipotencia, hoy por el contrario, su impotencia⁶⁴.

Por lo que se refiere a la concreta regulación constitucional, subraya Rubio la novedad de la afirmación de que las Cortes «representan al pueblo español», afirmación obvia que sin embargo no figura en esos términos en ninguna de nuestras Constituciones⁶⁵. Se muestra sin embargo crítico con el adjetivo «Generales» con el que el Texto denomina a nuestras Cortes, rompiendo con una vieja tradición, si bien la cosa no tiene demasiada importancia⁶⁶.

Sus consideraciones sobre la estructura bicameral y el papel del Senado son similares a las de la mayor parte de la doctrina. La reforma de la Cámara Alta («una Cámara a la búsqueda de su propia función»⁶⁷) era considerada por él como necesidad inexcusable⁶⁸ y, a la vez, inseparable del problema de la organización territorial del poder⁶⁹. Y, como es sabido, pudo participar de manera activa en la propuesta de reforma que se recogió en el informe del Consejo de Estado⁷⁰; dada su cualidad de

⁶⁰ O. Alzaga Villaamil (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, EDER-SA, tomo VI, Madrid 2006, pp. 21-64.

⁶¹ Se trata de un extenso y profundo estudio de la representación, hecho más desde la teoría política que desde el Derecho constitucional y en el que Rubio muestra su profunda formación en ese campo. Quizás por ello optó por titularlo «La representación política» al incluirlo en *La forma del poder* (FP II, pp. 601-649).

⁶² FP II, p. 606 («La representación política», 1998).

⁶³ Muchas de esas críticas derivan, en su opinión, de una defectuosa comprensión de la democracia representativa (*ibid.*).

⁶⁴ Cfr. *id.*, p. 605, nota 9.

⁶⁵ *Id.*, p. 607.

⁶⁶ Cfr. *id.*, pp. 602-603.

⁶⁷ FP II, p. 585 («Los poderes del Estado», 1984).

⁶⁸ FP I, pp. 80-81 («Mayorías y minorías en el poder constituyente», 1991).

⁶⁹ «Discurso de aceptación...», cit., p. 357.

⁷⁰ *Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española*, febrero de 2006 (<http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>).

Presidente y, antes que eso, su gran prestigio como constitucionalista, es de suponer que esas páginas reflejan en alguna medida su visión de por dónde debería ir la reforma.

En otro orden de cosas, y además de la gran cuestión de la incidencia de los partidos en la posición del Parlamento y sus relaciones con el Gobierno sobre la que volveré enseguida, merece la pena destacar las dos aportaciones que, en mi opinión, resultan más relevantes. La primera, la doble caracterización del Parlamento como órgano del Estado y como sede del pluralismo. En cuanto órgano estatal, titular de la potestad legislativa, «expresa en su forma suprema, la forma de Ley, la voluntad estatal; como expresión del pluralismo político de la sociedad es, al mismo tiempo, la institución en la que las distintas fuerzas políticas organizadas se enfrentan para debatir en público y de manera continua la acción de gobierno»⁷¹. En cuanto órgano del Estado, su voluntad es la de la mayoría, en cuanto sede del pluralismo, todas las voluntades son igualmente importantes. Esta segunda dimensión del Parlamento es la adecuada para entender la función de control parlamentario, donde el protagonismo debe tenerlo la minoría⁷².

La segunda es la constatación —creo que con más resignación que entusiasmo— de la fragmentación de los Parlamentos actuales. Partiendo, una vez más, del principio de la representación política, recuerda que «el mandato representativo exige la igualdad de los representantes»⁷³; son iguales, porque cada uno representa a todo el cuerpo político. Se trata de «un principio ético» que, sin embargo, «es disfuncional desde el punto de vista de la eficacia»⁷⁴. El Parlamento se divide en Comisiones que, a diferencia de las Secciones, implican una quiebra del principio de igualdad pues «el hecho de que unos parlamentarios estudien unos temas y otros no, que tengan acceso a una determinada información que otros no conocen, o que al menos no conocen con la misma facilidad etc., establece una diferencias incompatibles con el principio (...) de que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas implica también el derecho a ejercerla en condiciones de igualdad»⁷⁵.

⁷¹ FP II, p. 701 («El control parlamentario», 1985).

⁷² Cfr. *id.*, p. 702.

⁷³ «Las comisiones parlamentarias», en J. C. da Silva Ochoa (Coord.), *Las Comisiones Parlamentarias*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz 1994, p. 214. Se trata de su intervención en unas Jornadas sobre el tema organizadas por el Parlamento vasco. No sé por qué razón el texto no se recoge en *La forma del poder*.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Id.*, pp. 215-216. Critica, además, el hecho de que, con este mayor protagonismo de las Comisiones como centro de decisión política, han dejado de cumplir el

La consecuencia es que el Parlamento pasa de ser un órgano único a un "complejo orgánico", en el que "«el Pleno» no pasa de ser un «órgano más», aunque sea el más importante, de una estructura compleja cada una de cuyas partes tiene competencias propias"⁷⁶. Esta misma visión del Parlamento como un colegio de iguales le llevó a manifestarse también crítico con el protagonismo que han asumido los órganos de gobierno de las Cámaras.

Además de estos puntos que me ha parecido más interesante destacar, no faltan en los trabajos de Rubio Llorente otras consideraciones sugestivas. Por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo, sus reflexiones sobre la importancia del debate parlamentario, del que —a pesar de evidenciar la división dentro del órgano— deriva el mayor valor de la voluntad parlamentaria y en el que "estriba la necesidad política del principio según el cual cada representante lo es de la totalidad"⁷⁷. De aquí también su crítica a las regulaciones reglamentarias que potencian "la sustitución del individuo por el grupo y del debate público y abierto por una negociación reservada"⁷⁸. O a la apertura a la prensa de las sesiones de las Comisiones, anulándolas como órganos adecuados para la negociación⁷⁹; o al sistema de tiempos tasados, que "hace el debate más monótono y plano"⁸⁰.

Interesantes son también sus consideraciones sobre el procedimiento legislativo, que consideraba inadecuado y sobre el que llegó a formular una propuesta concreta de reforma⁸¹: comenzar por el estudio de los proyectos en Comisión, pasarlos a una subcomisión y abrir solo después el trámite de enmiendas. Considera, asimismo, que el debate en la Comisión sería más útil si no hubiera de tener lugar ante los representantes de los medios de comunicación social, si bien no desconocía el carácter un tanto utópico de esta propuesta. Pero también llamaba la atención sobre los riesgos de la pervivencia de los defectos: "una cosa es la tensión entre realidad y norma y otra, bien distinta, que la norma

papel para el que nacieron: preparar el trabajo de la Cámara mediante el estudio detenido de los proyectos y la escucha de expertos cualificados cuando fuera necesario (id., pp. 222-223).

⁷⁶ Id., p. 216. Quizás con un poco de exageración compara Rubio el Parlamento actual con el Poder Judicial, si bien sale al paso de las posibles crítica señalando que la diferencia entre Parlamento y Poder Judicial en el sentido expuesto, no son mucho mayores "que las que median entre la imagen clásica del Parlamento como órgano representativo (...) y este Parlamento de nuestro tiempo" (*ibid.*).

⁷⁷ FP II, p. 645 ("La representación política", 1998).

⁷⁸ FP II, p. 588 ("Los poderes del Estado", 1984).

⁷⁹ Cfr. id., p. 589.

⁸⁰ Id., p. 590.

⁸¹ FP II, pp. 728-729 ("El procedimiento legislativo", 1998).

construya una realidad imaginaria que todo el mundo sabe que es pura ficción".

b) EL GOBIERNO

Salvo error por mi parte, Rubio no dedicó ningún trabajo específico al Gobierno; y escasas son también las referencias al mismo en otras contribuciones, salvando aquellos aspectos referidos a sus relaciones con las Cortes y, en particular, a su condición de órgano controlado por ellas.

En el ya citado trabajo sobre "Los poderes del Estado" hace una caracterización del Gobierno bastante convencional. Nuestra Constitución ha optado por una concepción "cancilleresca" derivada de un procedimiento de investidura, muy similar al de la Ley Fundamental de Bonn, que "subraya la primacía indiscutible del Presidente del Gobierno" y "refuerza la tendencia «plebiscitaria» de nuestro electorado"⁸². Llama, sin embargo, la atención sobre el hecho de que este cambio tan relevante no se haya traducido en una profunda modificación de la composición y estructura del Gobierno⁸³.

Bastantes años después, subrayará el dato de que nuestra Constitución haya otorgado al Gobierno "un poder legislativo que va mucho más allá de lo que es común en los países de nuestro entorno", permitiendo un uso tan inmoderado que el Congreso de los Diputados puede quedar reducido "a poco más que cámara de segunda lectura"⁸⁴.

c) Las relaciones del Gobierno con las Cortes: parlamentarismo presidencialista

Las relaciones del Gobierno con las Cortes fueron objeto de especial atención por parte de Rubio. Además de las referencias que se pueden encontrar en otros trabajos, al tema dedicó una conferencia que lleva precisamente por título "Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes"⁸⁵, así como otra anterior centrada en la función de control⁸⁶.

⁸² FP II, p. 594.

⁸³ Cfr. id., pp. 595-596.

⁸⁴ "Discurso de aceptación...", cit., p. 356.

⁸⁵ Conferencia pronunciada en 1986 en las X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Se publicó en 1988 y se recoge en FP II, pp. 705-718.

⁸⁶ "El control parlamentario", *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, núm. 1, 1985, (FP II, pp. 687-703).

En el primero de estos trabajos explica la posición de preeminencia que tiene el Gobierno ya en la propia configuración constitucional: se trata de una relación entre dos instituciones colegiadas en la que “se da la circunstancia curiosa (...) de que los miembros de uno de los colegios toman parte activa en los trabajos del otro, sin que, a su vez, los integrantes de éste, el mayor en dignidad, puedan participar en las deliberaciones o en las decisiones de aquél”⁸⁷. Esta “penetración del Gobierno en las Cortes”, como él la llama, implica un sistema relacional “afectado, en su base misma, de un cierto desequilibrio”, que se ve aún más acentuado por las normas que regulan los ámbitos de esa relación⁸⁸.

Pero la verdadera posición de preeminencia del Gobierno no deriva tanto de este hecho como de la situación que surge “a partir del momento en que se acepta la relevancia jurídica, y no sólo política, de la adscripción partidista de diputados y senadores a la actual regulación de las relaciones entre Gobierno y Cortes”⁸⁹. Es por tanto el Estado de partidos lo que ha cambiado radicalmente las relaciones entre legislativo y ejecutivo, y ello de modo tan relevante que le lleva a afirmar a Rubio que “en el parlamentarismo contemporáneo, los Parlamentos no derriban a los Gobiernos, limitándose, cuando mucho, a dar forma legal a decisiones tomadas fuera de ellos por los protagonistas de la política contemporánea, es decir, los partidos”⁹⁰. Esto es lo que él llama, parafraseando a Kelsen, “la relación jurídica esencial entre Gobierno y Cortes”⁹¹.

Se trata de una realidad bien conocida y que podemos afirmar constituye un lugar común en la doctrina constitucional de nuestro tiempo. Lo interesante, me parece, en el pensamiento de Rubio es que mientras que considera que no hay motivo para lamentar, sino más bien para celebrar “la situación de predominio relativo que en la relación Gobierno-Cortes ostenta aquel en lo que llamaba las «relaciones existenciales», en las relaciones que se establecen con motivo del ejercicio de la potestad legislativa e incluso, aunque aquí con ya algunas reservas, en las que tienen por objeto las condiciones generales de funcionamiento de la institución parlamentaria”, su valoración es radicalmente la contraria en lo que se refiere a la función de control. La regulación sobre el tema, afirmará con contundencia, “está absolutamente de espaldas a la realidad, y representa incluso un peligro grave para la libertad y la democracia”⁹². Las razones

⁸⁷ FP II, p. 707 (“Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes”, 1986).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, p. 713.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 708.

⁹¹ *Ibid.*, p. 706.

⁹² *Ibid.*, p. 713.

de esta valoración tan dispar ya han sido apuntadas: mientras que en los ámbitos organizativo y de funcionamiento y en la potestad legislativa el Parlamento funciona como órgano, y por ello es la mayoría la que tiene que decidir, en el control, por el contrario, las Cámaras funcionan como “sede institucional del pluralismo político”, como “marco del permanente debate público entre Gobierno y oposición”⁹³. Acometió por ello en su momento —y recuérdese que estamos hablando de trabajos de 1985 y 1986— la revisión de “la doctrina canónica” sobre la materia⁹⁴, realizando algunas propuestas concretas tales como dejar en manos exclusivamente de la oposición la fijación del orden del día, por ejemplo una vez por semana, eliminar las formas privilegiadas de comunicación gubernamental, y especialmente facultar a la oposición los acuerdos necesarios para impulsar la actividad investigadora, incluso contra la voluntad de la mayoría⁹⁵.

Con los años, la postura del Rubio se irá haciendo cada vez más crítica con el protagonismo de los partidos y considerará necesarios cambios más radicales en su regulación aunque sea a costa de un fraccionamiento del sistema que pueda repercutir en una menor estabilidad gubernamental⁹⁶.

Conviene destacar, para concluir este apartado, que esa necesidad de cambios de regulación, aún a costa de provocar una mayor inestabilidad, es una constante en lo que se refiere a la institución de la moción de censura. Ya en 1984 había sido crítico con la recepción constitucional del modelo alemán de moción constructiva por entender que “este mantenimiento del Gobierno por la simple razón de que no puede ser sustituido, no sirve para dotarlo de las fuerzas de que carece y prolonga indefinidamente la vida de los Gobiernos débiles”⁹⁷; y reiterará esta crítica en diversos trabajos y conferencias, incluido su discurso de recepción del Doctorado honoris causa por la Universidad de Valladolid⁹⁸.

⁹³ *Ibid.*, p. 714.

⁹⁴ FP II, p. 687 (“El control parlamentario”, 1985).

⁹⁵ Cfr. FP II, p. 714 (“Relaciones del Gobierno...”, cit., 1986). Alguna atención dedicó asimismo Rubio a la incidencia —también negativa y bien conocida— que tiene en el control del Gobierno por el Parlamento la integración europea [FP I, pp. 286-287 (“El Estado entre las Comunidades Autónomas y Europa”)].

⁹⁶ Cfr. “Defectos de forma”, cit., p. 144.

⁹⁷ FP II, p. 597 (“Los poderes del Estado”, 1984).

⁹⁸ “Discurso de aceptación...”, cit., p. 356. Véase también “Defectos de forma”, cit., p. 147.

6. El Poder Judicial

A diferencia de la importante atención dedicada por Rubio a la jurisdicción constitucional, explicable quizás por sus doce años como Magistrado y también por el papel relevante que venía a ocupar en nuestro modelo constitucional (de nuevo, más interés por “el poder” que por “los poderes”), el poder judicial apenas si fue objeto de su estudio⁹⁹. Solo he encontrado un trabajo dedicado específicamente al tema que lleva el llamativo título de “La Constitución y el desasosiego judicial”¹⁰⁰.

Sin embargo, sí es una constante en su pensamiento una actitud que puede considerarse de prevención hacia los riesgos de un “gobierno de los jueces” y de una visión de estos como “señores del Derecho”. Ya en 1984, y tras considerar que “la independencia del Poder Judicial no resulta hoy problemática y parece suficientemente asegurada”, insistía en que el problema es más bien “el que para el resto de los poderes deriva de su existencia, pues la tendencia de la Constitución a maximalizar el sometimiento del poder a Derecho ha incrementado considerablemente la autoridad de los órganos judiciales”¹⁰¹. Y en su recensión al conocido libro de Zagrebelsky, *Il Diritto Mite* reclamará, frente al papel primordial que el juez juega en el constitucionalismo de los derechos, “la función central que el legislador sigue teniendo en el Estado constitucional de nuestro tiempo”¹⁰². Recordará Rubio que la apertura de la Constitución implica, sobre todo, libertad del legislador para elegir entre las diversas soluciones políticas, mientras que “el pluralismo político sucesivo y el de la democracia resultarían negados si el juez pudiera en todo caso prescindir de las reglas para guiarse sólo por los derechos o la justicia”¹⁰³. Asimismo, y con ocasión de una de las

⁹⁹ Aunque el Tribunal Constitucional es “un poder del Estado”, o al menos ejerce función jurisdiccional, como ya se ha dicho su tratamiento queda totalmente al margen de este trabajo al haber optado los directores del libro, con toda lógica, por un estudio específico.

¹⁰⁰ FP III, pp. 1529-1534. Es, según afirma Rubio “probablemente el texto de una conferencia pronunciada, quizás a invitación del Consejo General del Poder Judicial”, en 2005 (FP III, p. 979).

¹⁰¹ FP II, p. 599 (“Los poderes del Estado, 1984). Un año después llamaba también la atención sobre los riesgos del “gobierno de los jueces”, “que tradicionalmente ha sido una tentación de la derecha, pero a la que en nuestro tiempo también sucumbe en ocasiones la izquierda, (y) es una perversión profunda del Estado constitucional, que transforma el control jurídico, objetivo, en control político, subjetivo, y erosiona, con la democracia la idea misma del Derecho” [FP II, p. 690, (“El control parlamentario”, 1985)].

¹⁰² “*Il Diritto mite*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, p. 433.

¹⁰³ *Íd.*, p. 434.

—cíclicas— controversias entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional sobre los posibles excesos de este al decidir en materia de derechos fundamentales, escribirá un artículo periodístico, ya celebre, que llevará el significativo título “Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero”¹⁰⁴.

Pero es en el texto de la citada conferencia sobre “La Constitución y el desasosiego judicial” donde desarrolla un poco más algunas consideraciones sobre el poder judicial. Y lo hace en términos que creo pueden considerarse un tanto excesivos y que quizás se explican por el contexto de la intervención: una conferencia en la que, como era su costumbre, buscó —quizás en exceso— decir cosas sugerentes y novedosas. Señala Rubio que las causas del desasosiego que percibe en la sociedad ante nuestra jurisdicción son dos. La primera, fácilmente compartible, el retraso en la resolución de los asuntos o, dicho en sus propios términos, “su incapacidad para acomodar el ritmo de las decisiones al incremento de la litigiosidad”¹⁰⁵. La segunda, “la falta de consenso en el seno de la sociedad, y muy probablemente también en el seno del poder judicial, acerca de cual es o debería ser el lugar y la función de éste en la España de hoy”¹⁰⁶. Esto último —en lo que influye la actitud de los medios de comunicación al valorar las decisiones judiciales— sería a su vez consecuencia de dos factores: uno jurídico, “la modificación profunda que la estructura de los ordenamientos jurídicos, y con ella del contenido real de la función jurisdiccional, ha experimentado por obra de la juridificación de los derechos fundamentales”; y otro político, “la tendencia de los partidos políticos a invadir todos los ámbitos de poder”. Dos “rasgos típicos del Estado democrático de nuestro tiempo”¹⁰⁷.

En relación con el primero de ellos, repite lo ya apuntado en la recensión de la obra de Zagrebelsky, que “se ha producido un cambio en la percepción que tanto los ciudadanos como los jueces tienen de la relación entre derechos y ley”. Lo preocupante es que se trata de “un cambio para el que se carece de una teoría adecuada y frente al que se reacciona por eso de una manera más intuitiva que reflexiva, frecuentemente exagerada”¹⁰⁸.

En cuanto al problema político, deriva de la “conceptualización de la jurisdicción como poder (...). Un poder situado, por lo menos, en el mismo plano que los restantes poderes del Estado, pues de otro modo

¹⁰⁴ Publicado en *El País* en la edición de 9 de febrero de 1994 (https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409_850215.html).

¹⁰⁵ FP III, p. 1529.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Íd.*, p. 1530.

¹⁰⁸ *Íd.*, p. 1532.

no podría llevar a cabo su función esencial, que es precisamente la de enfrentarse con ellos para proteger al ciudadano¹⁰⁹. Critica Rubio esa concepción del juez como paladín de los derechos y “mediador entre la sociedad y el Estado”, cuestión que, en sus palabras, es seguramente la decisiva. Consecuencia de una visión de los jueces como titulares de órganos políticos, es que estos “son libres para decidir o no, o hacerlo en un sentido o en otro, y pueden (y deben) orientar su decisión por su propias preferencias valorativas”. De todo ello se sigue inevitablemente “una pérdida de autoridad para la justicia”¹¹⁰.

¹⁰⁹ *Id.*, pp. 1533-1534.

¹¹⁰ *Ibid.* En este mismo texto, y aunque de manera tangencial, se manifiesta Rubio crítico con el Consejo General del Poder Judicial, si bien no tanto por su diseño constitucional como por “la infortunada reforma de 1985” (*id.*, p. 1530). Algunos años antes había realizado, también tangencialmente, una crítica en cierto modo novedosa y que no desarrollará en el futuro, a la participación del Parlamento en el nombramiento de los miembros del Consejo por considerar que había tenido “una consecuencia manifiestamente poco democrática, en cuanto que ha sustraído el funcionamiento del Consejo al control parlamentario” [FP II, p. 675 (“División de poderes y democracia en la Constitución”, 2004)].