



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,  
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

29

Tunja, 2018 - I



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 16</i>	<i>No. 29</i>	<i>F. 29</i>	<i>pp. 174</i>	<i>Enero Abril</i>	<i>2018 - I</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	------------------------	-----------------	------------------------

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

**Directora Ediciones USTA Tunja**

María Ximena Ariza García, Ph.D.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

**Editor**

Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez

**Número de la revista**

Veintinueve (29)  
Primer Semestre de 2018

**Periodicidad**

TRIANUAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia  
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

**Correo electrónico**

revistapincipia@ustatunja.edu.co  
deiby.saenz@usantoto.edu.co

**Diseño y Diagramación:**

Búhos Editores Ltda.

**Corrección de Estilo:**

Fray Ángel María Beltrán N., O.P.

**Traducción inglés:**

Víctor Felipe Prada Hernández

**Traducción francés:**

Andrés Jiménez Chaparro

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,  
SECCIONAL TUNJA FACULTAD DE  
DERECHO**

---

EDITOR

**Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez**



COMITÉ EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD

**Ph.D. Eduardo Rozo Acuña**

Universidad de Urbino Italia  
rozo.acuna@teletur.it

**Gille Guglielmi**

Universidad de París II, Francia  
gilles@guglielmi.fr

COMITÉ EDITORIAL CIENTÍFICO

**Ph.D. Pablo Guadarrama**

Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**

Universidad de Medellín, Colombia

**Ph.D. Jaime Rodríguez Arana Muñoz**

Universidad de la Coruña, España

**Ph.D. Cristian Wolffhugel Gutiérrez**

Universidad Sergio Arboleda



---

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO  
PÚBLICO ESPAÑOL DURANTE LA TRANSICIÓN  
DEMOCRÁTICA (1975-1978)

THE TRANSFORMATIONS OF SPANISH PUBLIC  
LAW DURING THE DEMOCRATIC TRANSITION  
(1975-1978)

LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC  
ESPAGNOL PENDANT LA TRANSITION  
DÉMOCRATIQUE (1975-1978)

AS TRANSFORMAÇÕES DA LEI PÚBLICA  
ESPANHOLA NA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA  
(1975-1978)

---

**Fecha de recepción:** 28 de septiembre de 2017

**Fecha de aprobación:** 30 de octubre de 2017

**Gustavo Manuel Díaz-González<sup>1</sup>**

---

1 Cátedra de Derecho Constitucional, Administrativo, Europeo y Comparado, dirigida por el Prof. Dr. D. Hans C. Röhl. El autor es asimismo miembro del grupo de investigación “Derecho Administrativo (DA)” de la Universidad de Oviedo, dirigido por el Prof. Dr. D. Alejandro Huergo Lora.

## Resumen

En el presente trabajo se abordan los principales cambios normativos experimentados en el ordenamiento jurídico-público español desde el fallecimiento del Dictador Francisco Franco hasta la aprobación de la vigente Constitución de 1978. De esta forma, se analizan, tras precisar los caracteres principales de la referida etapa desde una perspectiva histórica, las medidas adoptadas por el Gobierno del Presidente Adolfo Suárez en materia de legalización de partidos políticos y de amnistía, así como las implicaciones de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, y los contenidos de la Constitución Española que responden a la peculiar situación en que se produjo su elaboración.

**Palabras clave:** Constitución Española de 1978; Transición Democrática española; Derecho Público.

## Abstract

This paper aims to comment the main changes operated in the Spanish public legal system from the Dictator Francisco Franco's death to the adoption of the Constitution of 1978. In this way, the measures adopted by the Government of President Adolfo Suárez regarding the legalization of political parties and amnesty, as well as the implications of Law 1/1977, of 4 January, for the Political Reform, and the contents of the Spanish Constitution that respond to the peculiar situation in which its elaboration took place, are analyzed after specifying the main characteristics of the referred period from a historical perspective.

**Keywords:** Spanish Constitution of 1978; Spanish democratic transition; Public Law.

## Résumé

Dans le présent travail, les principaux changements normatifs vécus dans l'ordre public-juridique espagnol sont traités depuis la mort du dictateur Francisco Franco jusqu'à l'approbation de la Constitution actuelle de 1978. De cette façon, ils sont analysés, après avoir précisé les principales caractéristiques des d'un point de vue historique, les mesures adoptées par le gouvernement du président Adolfo Suárez concernant la légalisation des partis politiques et l'amnistie, ainsi que les implications de la loi 1/1977 du 4 janvier pour la réforme politique et la contenus de la Constitution espagnole qui répondent à la situation particulière dans laquelle il a été produit.

**Mots-clés:** Constitution espagnole de 1978; Transition démocratique espagnole; Droit public

## Resumo

No presente trabalho, as principais mudanças normativas experimentadas na ordem legal-pública espanhola são tratadas desde a morte do ditador Francisco Franco até a aprovação da atual Constituição de 1978. Desta forma, analisam-se, após a especificação das principais características da etapa anterior, a partir de uma perspectiva histórica, as medidas adotadas pelo Governo do Presidente Adolfo Suárez quanto à legalização dos partidos políticos e anistia, bem como as implicações da Lei 1 / 1977, de 4 de janeiro, para a reforma política, e o conteúdo da Constituição espanhola que responde à situação peculiar em que foi produzida.

**Palavras-chave.** Constituição Espanhola de 1978; Transição Democrática Espanhola; Lei pública.

---

## Introducción

El período de la Transición Democrática ha sido uno de los más convulsos y ricos en matices de la historia contemporánea española (no solo) desde una perspectiva jurídica. En un lapso temporal, anómalamente breve, llegaron a definirse los fundamentos esenciales de un régimen democrático que, muy poco tiempo después, alcanzaría un grado de consolidación insólito habida cuenta de su juventud. Ello tuvo lugar, por medio de un proceso político marcadamente singular, que se caracterizó por no suponer una ruptura total con el sistema dictatorial franquista, sino tan solo una transformación del mismo, y que precisamente por este motivo, ha atraído la atención de la mejor historiografía extranjera, entre cuyas aportaciones se cuentan algunas de las más relevantes de cuantas se han consagrado al estudio del fenómeno (Preston, 1986; Powell, 2001; en la literatura española, Tusell, 2007).

La delimitación temporal del período transicional democrático español no es en modo alguno unívoca. Con frecuencia se sitúa el momento inicial del mismo en los primeros años de la década de los setenta, porque por aquel entonces la apuesta por una democratización del sistema político español comenzó a penetrar en sectores tradicionalmente comprometidos con el régimen franquista, como la Iglesia Católica, donde fue muy destacada la labor conciliadora desarrollada por Vicente Enrique y Tarancón, que presidiría la Conferencia Episcopal española entre 1971 y 1981. Tampoco existe unanimidad a la hora de precisar la fecha exacta en que se produjo la finalización de la Transición Democrática, pues en unos casos se hace referencia a tal efecto al fallido golpe de Estado del general Tejero, que tuvo lugar el 23 de febrero de 1981, mientras que tampoco es infrecuente extender aún más la duración de aquel, hasta el triunfo en las elecciones generales de 28 de octubre de 1982 del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), que traería consigo la constitución del primer gobierno integrado por miembros de una formación política situada en la

oposición al Franquismo desde el exilio durante el período dictatorial. A los efectos de este breve trabajo, sin embargo, se empleará un concepto “restringido” de Transición Democrática, que entenderemos comprendida entre el 20 de noviembre de 1975, fecha en que tuvo lugar el fallecimiento del dictador, y el 6 de diciembre de 1978, momento en que se aprueba el texto constitucional vigente, por tratarse de la fase temporal en la que se acometió la mayor parte de las reformas de calado del Derecho Público español.

Dada la complejidad social del período y la vertiginosa sucesión de acontecimientos que tuvo lugar durante el mismo, resulta necesario exponer de forma sucinta los principales caracteres de la situación inmediatamente previa a la instauración del régimen democrático español. Apenas dos días después de la muerte del dictador, el 22 de noviembre de 1975, tuvieron lugar el juramento del Rey Juan Carlos I de Borbón como Jefe del Estado ante las Cortes franquistas y la constitución del primer Gobierno de la Monarquía, presidido por Carlos Arias Navarro, que ya había sido nombrado jefe del Ejecutivo el 20 de diciembre de 1973, tras el asesinato de Carrero Blanco en la denominada “Operación Ogro”, y con participación, entre otros, de Manuel Fraga Iribarne, que posteriormente fundaría el partido político Alianza Popular (AP), y de Rodolfo Martín Villa como ministros. Arias Navarro fracasaría en el intento de presentar su programa de reformas como un conjunto de medidas suficientes para calmar la sed de democracia de la sociedad española, de acuerdo con el denominado “Espíritu del 12 de febrero”, que hacía honor a un muy destacado discurso que había pronunciado en esa fecha en el año 1974, en el que prometía una apertura en dicho sentido: la respuesta popular contra las disposiciones cuya aprobación consiguió culminar, de carácter marcadamente restrictivo (el Decreto-Ley 7/1974, de 21 de diciembre, sobre el derecho de asociación política, y la Ley 17/1976, de 29 de mayo, sobre el derecho de reunión), y la desmedida contundencia de la represión con que pretendió sofocarla, lo forzaron, así, a presentar su dimisión al Rey el 1 de julio de 1976.

En ese momento el Monarca encargó la formación de gobierno a Adolfo Suárez, proveniente del Movimiento Nacional (partido único del régimen dictatorial) y figura central en el proceso transicional español. La primera etapa de Suárez en el Ejecutivo se extendió hasta el 15 de junio de 1977, fecha en que se celebraron las primeras elecciones democráticas en cuarenta años en España, en las que su partido, Unión de Centro Democrático (UCD), fue la fuerza más votada. La segunda se extendería hasta su nuevo triunfo en las elecciones generales de 3 de marzo de 1979, mientras que la tercera y última culminaría con su dimisión, que presentó el 29 de enero de 1981.

Al inicio de la Transición Democrática existía una acentuada polarización ideológica en la sociedad española. En el seno de las Cortes franquistas se produjo una honda división entre los aperturistas, que representaban una minoría partidaria de una evolución de signo democrático, y los inmovilistas, comúnmente denominados “Búnker”, firmemente opuestos a cualquier cambio, por mínimas que fueran sus implicaciones. Paralelamente se acrecentó la actividad de los partidos políticos y asociaciones sindicales prohibidos: destacó especialmente, en este sentido, el Partido Comunista de España (PCE), líder

de la oposición durante la Dictadura, fundador de la denominada *Junta Democrática* y al que se asociaría el sindicato Comisiones Obreras (CCOO); inicialmente menos relevante fue la actuación del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), que creó la conocida como *Plataforma Democrática* y al que se vinculó el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT). Ambos partidos se asociaron temporalmente por medio de la fusión de sus iniciativas y la creación de *Coordinación Democrática*, popularmente conocida como “Platajunta”. Junto a ellos, desarrollaron en aquella época un papel de menor relieve, pero en todo caso significativo, los partidos nacionalistas y de extrema izquierda.

Pese a los apoyos que recibió la oposición al Franquismo, ésta no alcanzó en ningún momento una fuerza que le permitiera imponerse inequívocamente a los defensores del continuismo. Ello se debió, en buena medida, al relativo desinterés que, en líneas generales, mostraba la sociedad española de aquel entonces en relación con la cuestión de la democratización del país: a aquella preocupaban más otros problemas inmediatos, como la grave crisis económica que atravesaba España a inicios de la década de 1970 o el terrorismo (Verdú, 1978: 13). Sin embargo, las demostraciones de poder del gobierno de Carlos Arias Navarro y las actuaciones de los grupos terroristas de extrema derecha, en connivencia con las fuerzas franquistas, generaron una masiva respuesta popular de carácter pacífico, como la que tuvo lugar durante el funeral de los abogados de Atocha, asesinados por motivos ideológicos (defendían la causa de la clase trabajadora ante la jurisdicción social) la noche del 24 de enero de 1977.

Lo que interesa destacar, especialmente a los efectos de la exposición que sigue, es el hecho de que la efervescencia del panorama social español en el momento en que tuvo lugar la muerte del dictador Francisco Franco y el frágil equilibrio en el que se encontraban los partidarios y detractores de la democratización del país, cuyos apoyos fácticos poseían una fuerza similar, hacían prácticamente imposible una ruptura plena con el régimen jurídico preconstitucional que no terminara por degenerar en un nuevo conflicto armado. De ahí que, bajo el liderazgo del presidente Adolfo Suárez y en gran medida gracias a la sin lugar a dudas generosísima actitud mostrada por el Partido Comunista de España, al que solo se permitió concurrir *in extremis* a las elecciones generales de junio de 1977 y al que se le impuso la aceptación de la Monarquía Parlamentaria, se pudiera acometer con éxito la edificación de un sistema plenamente democrático, cuya solidez ha demostrado el paso del tiempo. El éxito obtenido con la reconciliación de posturas antagónicas en un momento en que las heridas abiertas por los innumerables crímenes cometidos durante el Franquismo aún estaban lejos de cicatrizar ofrece, sin lugar a dudas, al ciudadano colombiano de hoy un ejemplo inmejorable.

## **1. Los principales hitos normativos durante el primer gobierno de Adolfo Suárez (julio de 1976 – junio de 1977)**

El primer gobierno de Adolfo Suárez hubo de afrontar, los problemas más acuciantes de un tránsito no rupturista de un sistema dictatorial a una democracia. Para ello, se abordaron esencialmente tres cuestiones fundamentales: la legalización de los partidos políticos opositores al régimen franquista, que en un principio no benefició al principal – desde la perspectiva de la intensidad de su actividad – de todos ellos, el Partido Comunista de España [A]); la excarcelación de los presos políticos por medio de la aprobación de una “amnistía en tres actos”, que se produjo de forma paralela al compromiso de no imputar a los políticos y funcionarios de la etapa dictatorial responsabilidad alguna por su participación [B]); y, por último, la aprobación de la norma clave de la Transición, la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, por la que se acordaría la disolución de las Cortes franquistas, lo que posibilitaría la celebración de las primeras elecciones democráticas en cuarenta años en España [C]).

### **1.1 La Ley 23/1976, del 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo**

Por virtud de la Ley 23/1976, de 19 de julio, se abrió la puerta a la legalización de los partidos políticos opositores al sistema dictatorial, con el claro objetivo de posibilitar su participación en unas entonces futuras elecciones generales. La referida norma reformó, en este sentido, el art. 172 del Código Penal entonces vigente, introduciendo sin embargo en su apartado quinto una exclusión destinada a complacer al “Búnker”, por cuanto orientada a impedir que de dicha apertura pudiera llegar a beneficiarse el Partido Comunista de España. De acuerdo con el citado precepto, no se permitiría la legalización de asociaciones políticas “que, sometidas a una disciplina internacional, se [propusieran] implantar un sistema totalitario”, inciso cuya aplicación inicial sirvió de base a la exclusión de aquel partido.

Si la motivación política de la disposición era evidente, no lo era tanto su idoneidad, en términos estrictamente jurídicos, para impedir la legalización del Partido Comunista de España. En un clarividente estudio de la época sobre la reforma penal de julio de 1976, González Rus desarrolló una sólida argumentación contraria a dicha comprensión del referido precepto. De una parte, como razonaba el autor, en modo alguno se encontraba el PCE sometido a una disciplina internacional, en la medida en que había abrazado la doctrina del eurocomunismo, caracterizada no por una subordinación, sino por un espíritu de colaboración con sus homólogos extranjeros. De otra, y pese al mantenimiento de su denominación tradicional, el Partido Comunista de España

podía ya entonces ser considerado como una asociación cuyo ideario carecía de todo sesgo totalitario, toda vez que, conservando una orientación claramente de izquierdas, defendía una democratización formal del sistema político español, como demostraría su actuación sucesiva. En último término, proseguía González Rus, tal circunstancia habría de ser valorada *a posteriori*, y no como motivo para denegar de plano a dicho partido la posibilidad de legalización (González Rus, 1977: 680 y ss.).

La misma tendría lugar en abril de 1977, por medio de la que fue sin lugar a dudas una de las medidas estratégicamente más lúcidas del presidente Suárez, que aprovechó la jornada del Sábado Santo, en que no se emitían ni publicaban noticias, para decretarla. Con dicha medida, que causó un lógico revuelo, se daba un paso más en la legitimación del proceso democratizador del sistema político español.

## **1.2 El Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, el Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia, y la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía**

La sola lectura del encabezamiento de este epígrafe, que recoge tres disposiciones dictadas en la misma materia en poco más de un año, da idea de las dificultades a las que se enfrentó el gobierno de Adolfo Suárez para resolver la cuestión de la “transición penal” hacia el régimen democrático español, problema que trascendió el primero de sus mandatos y que tan solo en octubre de 1977, meses después de la celebración de las primeras elecciones democráticas tras la dictadura, fue objeto de una regulación definitiva.

La primera de las normas que procede considerar, el Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, otorgaba en primer lugar la amnistía “por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión (...) en tanto *no* [hubieran] *puesto en peligro* o lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación a través del contrabando monetario (...)” (art. 1.1; cursiva añadida). Igualmente se preveía su concesión “por los delitos de rebelión y sedición” y por otros tipos penales previstos en el Código de Justicia Militar y en la legislación especial castrense (art. 1.2). Su otorgamiento efectivo correspondía a las autoridades judiciales competentes, que habían de actuar a instancia de parte salvo en relación con los procedimientos en tramitación y con los penados que se hallaran cumpliendo condena, supuestos en que se imponía su intervención de oficio, previa audiencia en uno y otros casos del Ministerio Fiscal (art. 4.1). El acuerdo de amnistía, no obstaba en ningún caso a la posibilidad de reclamación de resarcimiento de los daños ocasionados por la vía civil (art. 2.1) ni a la de exigir las oportunas responsabilidades de naturaleza tributaria, no así a la imposición de sanciones de tipo administrativo, que quedaban igualmente excluidas (art. 3.1). Con respecto a los militares que se beneficiaran de la amnistía se

preveía, en fin, que la concesión de la misma no implicaba un reingreso automático en sus empleos o carreras (art. 8).

La implementación inicial de este marco normativo se caracterizó por una cierta arbitrariedad de la judicatura, que interpretó en ocasiones la “puesta en peligro” a que se refería el art. 1.1 del Decreto-Ley de forma harto extensiva. Ello generó nuevas oleadas de protesta ciudadana que motivaron la aprobación del Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, por el que se acordó la eliminación del referido inciso, lo que determinaría la forzosa limitación de las exclusiones de la aplicación de la amnistía a los casos de lesión efectiva de los bienes jurídicos recogidos en aquel precepto.

La Ley 46/1977, de 15 de octubre, terminó por diseñar un marco jurídico completo y de amplio alcance de las medidas de amnistía adoptadas durante el período transicional. De esta forma, junto a la previsión de la aplicación de la misma a “todos los actos de intencionalidad política, *cualquiera que fuese su resultado*, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis” (art. 1.1; cursiva añadida), se dispuso su extensión a “todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se [apreciase] además un *móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España*” (art. 1.2; cursiva añadida), disposición por virtud de la cual fueron liberados miembros de agrupaciones terroristas tales como ETA o el FRAP. La norma preveía igualmente la forzosa aplicación de la amnistía a concretas categorías de actividades delictivas, entre las que se encontraban los tipos penales de rebelión y sedición [art. 2.a)], la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar [art. 2.b)], los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación [art. 2.d)], o los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas [art. 2.f)], previsión que cerró la puerta a la depuración de responsabilidades penales por actuaciones de violencia policial o institucional durante la Dictadura. La Ley introducía además una disciplina más precisa de los efectos asociados a la concesión de la amnistía (art. 7) e imponía, con respecto al personal militar beneficiario de la misma que hubiere sido condenado a la pena accesoria de separación del servicio o pérdida de empleo, “la extinción de las penas principales y el reconocimiento, en las condiciones más beneficiosas, de los derechos pasivos que les correspondan en su situación” (art. 6, párrafo 2º). El otorgamiento habría de ser tramitado por los jueces y tribunales competentes con carácter urgente, no debiendo rebasarse en ningún caso el plazo máximo de tres meses (art. 9, párrafos 1º y 2º). La iniciación del procedimiento podría ser, en fin, tal y como establecía la regulación anterior, acordada de oficio o a instancia de parte, pero a la acción ejercitable a tal efecto se le atribuyó carácter popular (párrafo 3º).

Como se desprende de lo expuesto, la evolución de la normativa transicional en materia penal fue de signo claramente aperturista y puso de manifiesto el compromiso de los gobiernos de Suárez, primero, y de las fuerzas políticas con representación parlamentaria

tras las elecciones de junio de 1977, después, de edificar un sistema plenamente democrático sobre la base del perdón de las actuaciones violentas cometidas por unos y otros desde el estallido de la Guerra Civil hasta la culminación de la construcción del nuevo régimen político. La aprobación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de cuyo contenido se acaba de dar cuenta en extrema síntesis, permitió además no extender la amnistía a los terroristas de extrema derecha, por cuanto en sus atentados no era posible detectar voluntad alguna de “restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España”, de acuerdo con lo establecido *ex art.* 1.2. Como contrapartida, se incluía expresamente entre los beneficiarios de la amnistía a los funcionarios y agentes del orden público que hubieran llevado a cabo actuaciones constitutivas de delito contra el ejercicio de los derechos de las personas [art. 2.f)], lo que evidencia el carácter pactado de la normativa analizada, que coadyuvó a la normalización, *una vez celebradas las primeras elecciones democráticas*, es preciso subrayarlo, del clima político en el que habría de sellarse el tránsito a un nuevo sistema mediante la adopción de la norma fundamental del nuevo ordenamiento jurídico: la Constitución.

### 1.3 La Ley 1/1977, del 4 de enero, para la Reforma Política

Con carácter previo a la aprobación de la Ley 46/1977, de amnistía, y aún durante el primer gobierno de Adolfo Suárez, tuvo lugar la proclamación de la norma esencial – con el “permiso”, si se quiere, de la Constitución – de la Transición Democrática española: la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política. Aprobada en Cortes el 18 de noviembre de 1976 y posteriormente en *referendum* el 15 de diciembre del mismo año con carácter de Ley Fundamental del Reino (concepto franquista de *Constitución en sentido formal*), supuso la consagración del denominado “harakiri” de las Cortes franquistas, que acordaron por virtud de la misma su propia disolución para propiciar así la sustitución de un régimen dictatorial por otro de signo democrático sin solución de continuidad o ruptura.

La Ley para la reforma política representa, así, el texto legal que singulariza el proceso transicional español en clave histórica: la misma institución (pseudo)parlamentaria que había estado integrada desde su constitución en julio de 1942 en el esquema organizativo dictatorial fue la que adoptó la decisión de su extinción para dar paso a un cambio de régimen. Dicha operación presenta en primer lugar implicaciones de tipo estrictamente jurídico: el problema de la legitimidad del nuevo sistema político quedó así reducido a una cuestión fáctica, es decir, de mera aceptación social e institucional. En otras palabras, a las dudas que, en abstracto, podrían haberse planteado en relación con la admisibilidad de una reforma por la que se acordaba la destrucción del sistema jurídico-constitucional entonces vigente, cuya validez habría exigido la inexistencia de cláusulas de intangibilidad y el respeto de los cauces procedimentales a tal fin previstos, no se dio respuesta alguna más allá de la de su descalificación por la vía de los hechos. Abona la anterior conclusión, el que la Ley para la Reforma Política se atribuya a sí misma el rango de Ley Fundamental sin acordar expresamente la derogación del

abigarrado *corpus* jurídico-constitucional franquista, *acquis* normativo que eliminaría del ordenamiento español la Disposición Derogatoria de la Constitución de 1978, precisando en todo caso que dicha decisión se adoptaba en cuanto tal efecto no se entendiera producido como consecuencia de la aprobación de la propia Ley para la Reforma Política, cuya expulsión del ordenamiento era igualmente acordada (apdo. 1).

Por otra parte, no se tomó en consideración, a estos efectos, la ilegitimidad del sistema dictatorial, reclamada por los partidos de la oposición y por el gobierno republicano en el exilio, por haberse impuesto el mismo como consecuencia de una sublevación armada contra el Ejecutivo que había resultado designado tras las elecciones de febrero de 1936: ello habría supuesto la restauración de la II República, posibilidad muy difícilmente practicable si se tiene en cuenta la rotunda oposición del “Búnker” a una tal solución.

El optar por la vía referida presenta ante todo una evidente significación política, que no es otra que la admisión de que en el proceso de construcción de la nueva democracia intervinieran políticos que provenían del régimen franquista. No hubo, dicho de otra forma, en España un proceso equiparable al de la “desnazificación” alemana tras la II Guerra Mundial. Partidarios y opositores del franquismo encontraron en el sistema democrático idénticas posibilidades de participación política. Ello influiría con carácter decisivo en la adopción de determinadas decisiones fundamentales durante el proceso constituyente, sobre las que se reflexionará de inmediato.

## 2. La Constitución Española de 1978

La singularidad del proceso transicional, como acaba de señalarse, no ha quedado limitada a hacer borrón y cuenta nueva con respecto a los sucesos que precedieron a la aprobación del texto constitucional, sino que ha influido asimismo en el devenir democrático del sistema jurídico español al incidir de manera directa sobre determinados contenidos esenciales de la Norma Fundamental. En este sentido, siguiendo una propuesta de clasificación personal, y por ello con seguridad discutible, cabe diferenciar entre un conjunto de disposiciones adoptadas en aquel momento con el objeto de dar satisfacción, cuando menos parcial, al “Búnker”, al que había de convencerse de la necesidad de abandono de su férrea defensa del continuismo con el régimen franquista sin pretender, porque lo contrario habría sido utópico, su adscripción plena a los ideales constitucionales [A]), de otra serie de previsiones que, por su carácter excesivamente abierto, si se toman en consideración los modelos que ofrece el Derecho comparado, simplemente ponen de manifiesto la ausencia de un acuerdo suficiente para llevar al texto constitucional determinados aspectos, cuya regulación precisaría de una ulterior intervención del Legislador [B]). Este, en todo caso, permitiría el mantenimiento de la vigencia durante largo tiempo de los textos legales nucleares del Derecho Administrativo aprobados durante la década de 1950, cuya adecuación a los cánones constitucionales abordó con pulso firme la jurisprudencia, auxiliada en este cometido por la mejor doctrina iuspublicista [C]).

## 2.1 Democracia formal, inexistencia de cláusulas de intangibilidad y otras peculiaridades de la regulación de la reforma constitucional como medidas de satisfacción del “Búnker”

El texto constitucional español, y este es un aspecto que lo diferencia frente a otros aprobados en contextos similares, por cuanto inmediatamente adoptados tras el fin de un sistema totalitario, como el alemán, no asume un concepto militante, sino formal de democracia. El art. 6 CE recurre a una formulación justamente tildada de imprecisa (Morodo y Murillo de la Cueva, 1996: 325 y 347-348) al disponer: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y *el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*” (cursiva añadida). Dicho con otras palabras, se permite a los partidos políticos la persecución de objetivos abiertamente anticonstitucionales, imponiéndoseles tan solo la obligación de dotar a su estructura interna y funcionamiento de carácter democrático, lo que implica la prohibición de pretender la consecución de aquellos por cauces ajenos a los previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, no cabe en ningún caso la ilegalización de un partido político por no adecuar su ideario a los valores constitucionales, aun a los de carácter basilar: cualquier formación puede basar su programa en la destrucción del sistema democrático sin que los poderes públicos puedan oponer a tal aspiración obstáculo alguno. Así se desprende con claridad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, singularmente, de la STC 48/2003, de 12 de marzo, en la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido frente a la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (Fundamento Jurídico 7º), como no ha dejado de subrayarse (Duque Villanueva y Requejo Pagés, 2009: 99-100).

Es evidente que detrás de una tal comprensión del principio democrático se encuentra la pretensión de optimizar el principio del pluralismo político como elemento vertebrador del sistema, adoptando una visión plenamente válida de aquel, que proclama con solemnidad el art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y *democrático* de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y *el pluralismo político*” (cursiva añadida). En términos históricos sería sin embargo ingenuo desconocer la incidencia directa de la realidad del contexto social en que la Constitución Española de 1978 fue adoptada sobre las referidas previsiones: lo inmediatamente perseguido no era sino trasladar al “Búnker” el mensaje de que la aprobación de la Constitución en nada obstaría a la legitimidad de la defensa del continuismo con el (*rectius*: del retorno al) régimen franquista, al no imponerse a los partidos políticos una alineación con los valores plasmados en la Norma Fundamental.

Conectada con lo anterior, se encuentra la admisión de la reforma total de la Constitución. Nuevamente a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas constitucionales surgidos tras períodos dictatoriales, no existe en España disposición alguna que proteja con carácter definitivo o perpetuo ninguno de sus contenidos. La posibilidad de derogación íntegra de la Constitución se encuentra expresamente prevista *ex art.* 168 CE, que exige para ello acudir al procedimiento agravado de reforma. Así, se hacía en 1978 un nuevo guiño al inmovilismo: no solo se permitía de esta forma su participación efectiva en la vida política nacional tras la aprobación de la Constitución, sino que se dejaba abierta la puerta a un retorno al pasado plenamente conforme con la legalidad desde una perspectiva procedimental.

La protección de la Corona como institución constitucional a través de la declaración de aplicabilidad del procedimiento agravado de reforma para la introducción de modificaciones en el Título II CE, destinado a su regulación, representa la última concesión directa al “Búnker”. Al Partido Comunista de España se le había impuesto la aceptación de la Monarquía Parlamentaria durante las negociaciones encaminadas a acordar su legalización, condición que su líder, Santiago Carrillo, declaró admitir en la medida en que el Rey Juan Carlos de Borbón respetara el sistema democrático. El Partido Socialista Obrero Español defendió abiertamente la República como sistema político y llegó a abstenerse en la votación del art. 1.3 CE, en el que se recoge el principio monárquico. Dos agrupaciones políticas de gran representatividad durante el proceso constituyente, en definitiva, habían mostrado, de una u otra forma, su rechazo a consolidar un sistema de sucesión hereditaria en la jefatura del Estado. La estabilidad del entonces futuro texto constitucional parecía por este motivo frágil, razón por la cual se acordó el blindaje fáctico de la Corona a través de la referida extensión del ámbito de aplicación del procedimiento agravado de reforma, contentando nuevamente a quienes bajo ningún concepto parecían dispuestos a admitir un retorno al sistema democrático republicano frente al que se alzó el bando sublevado en julio de 1936.

En los contenidos constitucionales referidos resulta identificable, en síntesis, una influencia directa de la amenaza de separación del “Búnker” con respecto al proceso constituyente, algo que sin lugar a dudas habría amenazado el tránsito pacífico en España hacia un sistema político democrático. Ello en nada obsta a la corrección de los planteamientos de base de la Constitución Española, particularmente en lo que se refiere a la comprensión formal del principio democrático. En último término, la concepción militante no ha dejado de presentar fisuras en otros sistemas desde una perspectiva pragmática, por cuanto recientemente, en un Estado como el alemán, el partido ultraderechista *Alternative für Deutschland* (AfD) no solo ha podido concurrir sin obstáculo alguno en las últimas elecciones, sino que incluso se ha convertido en la tercera fuerza política de cuantas gozan de representación en la Dieta Federal. Un resultado, permítasenos el chauvinismo, hoy en día impensable en el contexto político español.

## 2.2 La indeterminación constitucional de la estructura territorial y otras remisiones a la intervención del Legislador

En el texto constitucional español es igualmente posible detectar un considerable grado de desregulación en relación con determinados aspectos que, por su relevancia desde la perspectiva del funcionamiento del Estado, parecerían exigir *a priori* una disciplina de cierta densidad dotada del máximo rango normativo. Tal es el caso, particularmente, de la articulación territorial del Estado. La Constitución Española no prejuzga en modo alguno el grado de descentralización política que podrá alcanzarse (se rechaza tan sólo *ex art.* 145 CE la construcción de un sistema federal); es más, ni siquiera adopta una decisión a favor o en contra de la caracterización del Estado como unitario, regional o autonómico: la misma corresponde, por el contrario, al Legislador, al que se permite la constitución de Comunidades Autónomas (art. 137 CE) mediante la aprobación de los respectivos Estatutos de Autonomía, a los que se atribuye el carácter de ley orgánica estatal (art. 81.1 CE). Dicha característica del Derecho Constitucional español ha recibido la denominación de “principio dispositivo” (Fossas, 2007). En términos estrictamente constitucionales, tan válido es el mantenimiento del carácter fuertemente centralizado del Estado de la etapa franquista como la construcción de un sistema en el que las Comunidades Autónomas que se constituyan disfruten, incluso, de potestad legislativa, como de hecho ocurre en la actualidad. Ello no es sino resultado de la falta de consenso al respecto en el momento de aprobación de la Constitución, que aconsejó diferir temporalmente el diseño definitivo de la organización territorial.

Siendo ello cierto, no puede dejar de subrayarse que la probabilidad de una descentralización efectiva del poder resultaba ya en 1978 una evidencia, y ello, en primer lugar, porque del propio texto constitucional se desprende una firme apuesta por la creación del que se denominaría Estado de las autonomías. De esta forma, dispone el art. 2 CE que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y *reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran* y la solidaridad entre todas ellas” (cursiva añadida), mientras que el Título VIII CE regula en su Capítulo III con un considerable grado de detalle numerosos aspectos relacionados con la cuestión. Todo ello pone de manifiesto, en definitiva, que, si la decisión relativa a la construcción del Estado autonómico había de asumirse en el nivel legislativo, políticamente no existían dudas en relación con la puesta en marcha de un proceso de descentralización que en la actualidad ha alcanzado un nivel equiparable desde la perspectiva competencial al de los Estados federales más señeros del continente europeo.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que, con anterioridad a la aprobación de la Constitución, se puso en marcha el conocido como sistema de las preautonomías, inaugurado mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña. La citada norma introduciría un esquema posteriormente extendido a los demás territorios que más

adelante habrían de constituirse como Comunidades Autónomas. A este respecto, señala Muñoz Machado (2007: 138-139) que la pretensión de homogeneidad resultante de la redacción en todos los casos de Reales Decretos-Leyes y Reales Decretos de desarrollo de contenido muy similar quedaría potencialmente frustrada por el escaso grado de detalle de los mismos y por la remisión para la determinación de contenidos de enorme importancia (singularmente, de las competencias a asumir por cada Ente preautonómico) a Comisiones Mixtas constituidas *ad hoc* para cada uno de ellos. La solución, como precisa el autor, vendría dada por la utilización como modelo para el resto de Entes del Decreto de transferencias aprobado para el caso catalán. De tal circunstancia, no obstante, resultaría la previsión constitucional de dos vías de acceso a la autonomía (art. 143.2 y 151.1 CE), con respecto a las cuales se introdujeron diferencias iniciales de régimen jurídico desde la perspectiva de los límites a la asimilación de competencias: mientras que las Comunidades Autónomas que accedieran a dicho *status* a través de la vía extraordinaria – que requería mayorías adicionales a las exigidas con carácter general – del art. 151.1 CE podrían asumir *ab initio* todas las competencias no reservadas al Estado *ex art.* 149.1 CE, las que lo hicieran por medio de la vía ordinaria del art. 143.2 CE solo podrían atribuirse inicialmente las previstas en el art. 148.1 CE, permitiéndoseles alcanzar el techo competencial representado por el listado de competencias exclusivas estatales tan solo transcurridos cinco años a partir de la aprobación de sus respectivos Estatutos, mediante reforma de los mismos (art. 148.2 CE).

En definitiva, la singularidad del proceso constituyente español, en el que el consenso alcanzado con respecto a la democratización del sistema político no pudo comprender otros ámbitos de singular relevancia, como el de la articulación territorial del Estado, trajo consigo la aprobación de un texto muy abierto que, en consecuencia, apenas ha precisado de dos modificaciones de extremos puntuales por exigencias del Derecho de la Unión Europea (que han afectado a los art. 13, en materia de derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales, y 135, en relación con los límites a la deuda pública, por obra de las reformas de 1992 y 2011, respectivamente).

Ello entronca con una segunda característica del sistema jurídico español en relación con el importante papel que asume el Legislador en la disciplina de extremos de relevancia constitucional desde una perspectiva material, cual es la reserva de numerosos ámbitos a la regulación por Ley orgánica, fuente primaria cuya aprobación, modificación o derogación exige la adopción de la correspondiente decisión por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (art. 81.2 CE). Para evitar que una interpretación formal de la figura, de acuerdo con la cual cupiera la atribución del carácter de Ley orgánica a todo texto normativo aprobado con dicha mayoría, condujera a una petrificación del ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional español asumió tempranamente, en su Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, la denominada “tesis material”, de acuerdo con la cual “si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la C.E.), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria” (Fundamento Jurídico 21º), para cuya aprobación, modificación o derogación es suficiente la votación favorable de la mayoría de miembros

presentes del Congreso de los Diputados. De esta forma, el Constituyente, consciente del escaso grado de detalle de la Norma Fundamental, introdujo la exigencia de adopción de determinadas decisiones por virtud de una norma legal que precisa de una mayoría absoluta para su aprobación, pero las reservas a la misma han de ser interpretadas con carácter restrictivo para evitar que mayorías parlamentarias coyunturales bloqueen las posibilidades de actuación de Legisladores sucesivos. Sobre estas cuestiones, la obra de referencia continúa siendo el temprano estudio de Fernández Rodríguez (1981).

Por último, el carácter abierto del texto constitucional español, resultado, como se viene señalando, de las particularidades del procedimiento de elaboración del mismo, se ha plasmado en la remisión a la decisión legislativa para la precisión de los términos en los que los denominados “principios rectores de la política social y económica”, recogidos en los art. 39 a 52 CE, podrán ser alegados ante los órganos de la jurisdicción ordinaria. Dichos preceptos prevén extremos de enorme importancia, tales como los derechos a una vivienda digna, a la salud y a la protección del medio ambiente, la defensa de los consumidores o la protección de la familia. Por hallarse insertos en el texto constitucional poseen el valor normativo e interpretativo propio de la Norma Fundamental, pero carecen de la aptitud para servir de base, por sí mismos, a auténticos derechos subjetivos, accionables por los particulares ante los jueces y tribunales. En otras palabras, para que los ciudadanos puedan ejercitar una pretensión relacionada con los ámbitos materiales regulados en los preceptos referidos la intervención del Legislador destinada a precisar los límites de su invocabilidad se convierte en condición *sine qua non*: a falta de la misma, aquellos principios desplegarán otros muchos efectos comunes al conjunto de disposiciones constitucionales, pero les faltará esta última virtualidad.

En conclusión, son diversos los aspectos en los que la falta de consenso constituyente a finales de la década de 1970 se tradujo en una remisión a la decisión del Legislador. La ambición del objetivo y la urgencia con que había de culminarse el proceso transicional para evitar una posible involución política no dejaban otra salida. En los últimos tiempos, (no solo) como consecuencia de la grave crisis de Cataluña, parece cobrar fuerza la idea de la reforma del Título VIII CE, precisamente. El tiempo dirá si, en un contexto no tan complejo como el de la Transición, pero en todo caso enormemente exigente desde una perspectiva política, podrá alcanzarse un auténtico consenso constituyente con respecto a la articulación territorial del Estado.

### **3. La eficacia interpretativa de la Constitución y la larga pervivencia en democracia de la legislación administrativa de la etapa franquista**

Resta tan solo considerar muy brevemente la eficacia de la aprobación del texto constitucional en materia administrativa como aspecto autónomo de la Transición Democrática. En la década de 1950 había tenido lugar en España una renovación sin precedentes de la normativa básica en el referido sector. Se había aprobado, así, un

conjunto de textos legales cuyo rigor técnico aún hoy es aplaudido por la doctrina: entre ellos se contaban la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de noviembre de 1956, la Ley de 20 de julio de 1957 sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y la Ley sobre Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Por tratarse de normas nacidas en el seno de un régimen dictatorial, el sistema de garantías por ellas introducido no puede ser considerado hoy satisfactorio en términos democráticos y de Estado de Derecho, pero las mismas representaron para el Estado español un muy significativo avance, impulsado inicialmente por la doctrina más avanzada (García de Enterría, 1962) y, tiempo después, por la aprobación de la Constitución de 1978.

Tanto es así, que la acomodación por vía interpretativa del referido *corpus* normativo a las disposiciones de la Constitución permitió durante largo tiempo el mantenimiento de la vigencia de aquellas disposiciones legales. El control jurisdiccional de la actividad administrativa, incluida la resultante del ejercicio de potestades discrecionales, y el consecuente vaciamiento de contenido de la figura del denominado “acto político”, por imperativo de los art. 103.1 y 106.1 CE, que consagran, respectivamente, la sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho y su sometimiento a la fiscalización judicial; la ampliación de la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo ante los órganos de la jurisdicción como derivación inmediata del reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos *ex* art. 24.1 CE; y la apertura de las posibilidades de participación en el procedimiento administrativo, exigida por el art. 105.a) CE, fueron solo algunos de los numerosos aspectos en los que la jurisprudencia contencioso-administrativa profundizó, apoyando muchos de sus pronunciamientos directamente en las disposiciones constitucionales citadas. La calidad técnica de los textos normativos franquistas, así como su espíritu aperturista, facilitaron enormemente dicha labor.

La renovación normativa –aún no culminada, por cuanto la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 continúa en vigor– se abordaría, así, transcurridos casi dos decenios desde la aprobación del texto constitucional: se produjo, de esta forma, en la década de 1990 la aprobación de las Leyes 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (ambas derogadas por la reforma de octubre de 2015), 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En cierto sentido, dicho cuerpo normativo representa la culminación – de carácter tardío, por más que ello sea comprensible – del proceso transicional democrático español en materia administrativa.

## Referencias

- Duque Villanueva, J., y Requejo Pagés, J. (2009): “Artículo 6”, en Casas Baamonde, M<sup>a</sup>. E., y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, págs. 83-103.
- Fernández Rodríguez, T. (1981): *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas.
- Fossas, E. (2007): *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Marcial Pons (2007).
- García de Enterría, Eduardo: “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, 38 (1962), págs. 159-208.
- González Rus, Juan José: “La reforma del Código Penal del 19 de julio de 1976 en materia de asociaciones”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 30-3 (1977), págs. 651-698.
- Morodo, Raúl, y Murillo de la Cueva, Pablo Lucas: “Artículo 6º”, en Alzaga Villamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. I: Preámbulo y artículos 1 a 9, EDERSA (1996), págs. 303-389.
- Muñoz Machado, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. I, Iustel, 2<sup>a</sup> edición, 2007.
- Powell, Charles: *España en democracia, 1975-2000*, Plaza & Janés (2001).
- Preston, Paul: *The triumph of democracy in Spain*, Methuen & Co. (1986).
- Tusell, Javier: *Spain: From dictatorship to democracy*, Blackwell Publishing (2007).
- Verdú, Pablo Lucas: “La singularidad del proceso constituyente español”, *Revista de estudios políticos*, 1 (1978), págs. 9-27.

