

DR 29 780

Escuchemos ahora el análisis y reflexión que hace sobre el Tribunal Constitucional don Óscar Alzaga Villamil, Catedrático de Derecho Constitucional de la UNED. Bueno, tras un saludo vamos a decir hoy algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional, el llamado por algunos perro guardián de la Constitución. Empezaríamos por hacer una reflexión, la reflexión de que en la teoría clásica del derecho constitucional hay lo que se da en llamar la defensa política de la Constitución, que es la que mira por su supervivencia cuando la nación en que se aplica atraviesa por circunstancias de especial dificultad y que genera los estados excepcionales de estado de excepción, estado de sitio y demás y de otra parte lo que la doctrina ha acuñado con el término defensa jurídica de la Constitución para garantizar la supremacía de la Constitución frente a normas de cualquier otro rango que pudieran vulnerar las disposiciones de la ley de leyes.

Pues bien, a esta defensa jurídica de la Constitución responde el Tribunal Constitucional. Pero no siempre ha sido así. En primer lugar, la idea de la defensa jurídica de la Constitución está indisolublemente vinculada con otra, que es la nota de rigidez de la Constitución, es decir, que preside una jerarquía de normas y, consiguientemente, las normas ordinarias no pueden alterar, no pueden modificar los preceptos de la Constitución.

Históricamente han existido en las constituciones más antiguas dos mecanismos distintos de control de la constitucionalidad de las leyes. De una parte, el ejercicio de ese control por los órganos jurisdiccionales ordinarios, conforme al célebre presidente que sentó en Estados Unidos el juez Marshall en el año 1803, y que aún hoy sirve de soporte teórico al control de constitucionalidad que practica el Tribunal Supremo en los Estados Unidos de Norteamérica. Y hay una segunda modalidad histórica que es aquella en que se confía a un órgano político ese control, y este órgano político, por ejemplo, lo vemos en la Francia, en el Tribunal de Casación Constitucional, compuesto por 108 miembros, que fue realmente el germen del Senado Conservador del año octavo de la Revolución Francesa.

Laten en esos dos modelos históricos un enfoque enteramente judicialista, y que ve, bueno, que se trata de una problemática puramente jurídica, el control de constitucionalidad, y de otro un planteamiento que presta atención prioritaria a lo que podríamos llamar a la realidad del poder, y que piensa que los conflictos entre normas no son un mero problema de exégesis jurídica, sino que en última instancia, tras la colisión de normas, hay un conflicto entre poderes, o dicho en otros términos, un conflicto genuinamente político. Pues bien, esos dos enfoques, esas dos modalidades de control de constitucionalidad tan diversas, se han superado en la mayor parte de los países contemporáneos mediante una nueva idea, la idea de que quien ha de velar por la supremacía y la vigencia de la Constitución han de ser los tribunales constitucionales ad hoc. Es decir, que hasta el presente el mejor logro del constitucionalismo contemporáneo para afrontar esta problemática es la creación de unos órganos específicos que operan conforme a la técnica judicial, de lo que podríamos llamar un judicialismo

especializado y racionalizado, pero en cuya composición se refleja el trasfondo político que es inseparable de su contenido.

De forma que este es el modelo que sigue la Constitución Española de 1978, es un modelo que se construye fundamentalmente por el padre de la Escuela de Viena, por Hans Kelsen, que se aplica en primer lugar en la Constitución Austriaca de 1920, que va a ser asumido por nuestra Segunda República en la Constitución del 31, que implanta el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, que después se va a adoptar en los tribunales constitucionales de Italia, la República Federal Alemana, de Francia, de Portugal, etcétera, y que lo vemos también con nombre distinto al de nuestra Segunda República, lo vemos con el mismo nombre que se emplea, por cierto, en Italia en la Constitución de 1978. En los pocos minutos de que disponemos, yo les diría que este título de nuestra Constitución es un título, el título noveno, bastante influido por la Constitución Italiana, por el modelo de Tribunal Constitucional Italiano, y en alguna medida menor por el modelo de Tribunal Constitucional vigente en Alemania. Pues bien, en cuanto a la composición, lo que se palpa es precisamente esa influencia de la Constitución Italiana en cuanto a hacer primar un cierto criterio político en los órganos con potestad para proponer el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional.

Como ustedes saben, el Tribunal Constitucional Español se compone de 12 miembros nombrados por el rey, pero quien realmente nombra a quien se le propone, como corresponde una monarquía parlamentaria, de ellos por tanto cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro a propuesta del Senado, por idéntica mayoría, dos a propuesta del Gobierno, y tan sólo dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Luego hay órganos políticos que son tras un torreflejo de la mayoría política, que tras las últimas elecciones generales esté dirigiendo la labor de las cámaras y la del gobierno, y sólo dos de los doce miembros a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Esta composición es más política que la que se daba en el Tribunal de Garantías Constitucionales de nuestra Segunda República, del que por cierto Osori Gallardo dijo de sus miembros aquella célebre frase en que les calificaba de unos señores salidos de los casinos políticos para ser jueces de jueces, jueces de gobernantes y jueces de legisladores.

Ese origen político de los miembros del Tribunal Constitucional es uno de los puntos más delicados que evidentemente se debe solventar mediante la elección para esos cargos de juristas de reconocido prestigio, de reconocida competencia, conforme plantea, conforme exige el apartado segundo del artículo 159 de nuestra Constitución. Pero el origen político es el que va a servir de causa al problema que en estos momentos es palpable en las prácticas aplicativas de la Constitución, de que se tiende a aplicar en la práctica un régimen de cuotas entre los partidos políticos que en función de la cuota de poder que tiene entre las últimas elecciones generales tienden a distribuirse los puestos en el Tribunal Constitucional. Frente a esto ha surgido una crítica muy generalizada que ha llamado la atención a aquellos partidos más propicios a esta práctica sobre el peligro que esto encierra de afectar a la debida independencia de sus miembros y es de esperar que esa lotización del Tribunal Constitucional tienda a superarse.

Hay otro aspecto en la Constitución del Tribunal que es importante destacar y es que se compone de 12 miembros. Esta es una circunstancia anómala y singular en el ancho campo del derecho constitucional comparado porque de ordinario los tribunales se configuran por un número impar. El número par da a la elección del presidente del Tribunal Constitucional español una gran importancia, podríamos decir una excesiva importancia porque en la práctica él como tiene el voto dirimente puede tener en las sesiones plenarias puede tener una especie diríamos de doble voto.

Este es uno de los problemas que plantea la composición del tribunal siendo otra la de lograr que el mecanismo previsto en el artículo 2º realmente garantice el que los miembros del Tribunal Constitucional puedan dotar a sus sentencias del máximo nivel de calidad técnico jurídica y del máximo prestigio que ese órgano que es en última instancia un órgano diríamos legislador porque como afirmaba Kelsen quien puede derogar una ley con carácter general es también un órgano legislador goce del prestigio social, del prestigio profesional, del prestigio técnico necesario para que sus decisiones no sólo sean acatadas sino que realmente sean cumplidas sin reservas por el conjunto de los poderes públicos y por el conjunto de la sociedad. Nada más por hoy, muchas gracias. Entramos en los últimos minutos de la revista y vamos a hablar con el profesor don Jesús María Álvarez Carballo titular de Derecho Civil de un tema que lleva por título negocio o contrato.

Buenas noches profesor Carballo y bienvenido al último programa de revista de derecho que dedicamos a Derecho Civil 1. Muy bien, buenas noches Charo y buenas noches también a mis oyentes. Como ha dicho Charo este es el último apoyo radiofónico de este curso y según me informa Radio Makuto os aproximáis al final con excesivo temor aunque un poco de temor sea saludable. Estáis empezando a agobiaros y creo no es eso conveniente aunque yo reconozco por la fecha de misión de este apoyo y aquella otra en que puede llegar a vuestras manos no parece prudente lo transforme en materia de examen sino que será una de esas materias que simplemente entran en el examen pero no van a ser objeto de pregunta especial aunque sí debo advertir a los pillos de los cuales también conozco la existencia de un buen plantel que una cosa es el apoyo radiofónico concreto y otra muy distinta la totalidad de la unidad didáctica en que está llamado a integrarse y así hecha esta advertencia comienzo sin más el mensaje de hoy.

Los dos términos que figuran emparejados en el enunciado o título del apoyo radiofónico no son absolutamente idénticos en comprensión como sabrán bien los aficionados a la lingüística no son tampoco absolutamente equiparables y pese a ello se usan con frecuencia como si fueran absolutamente equivalentes. Para empezar debo deciros que para mí no son en absoluto equivalentes ni mucho menos el contrato posee unas acusadas características técnicas de las cuales carece en absoluto el negocio y constituye el contrato una bien avenida familia muy numerosa mientras que el negocio producto artificial de la destilación en alambique de la doctrina de los múltiples tipos contractuales para extraer tanto el concepto de negocio como la teoría del negocio jurídico ha resultado un instrumento confuso cuya característica más acusada y clara es precisamente la de no ser un contrato sino otra cosa que

me recuerda el claro colchón de nubes en que se disuelve el paisaje mirando por la ventanilla del avión cuando se alternan nubes y claros cada trozo de paisaje se ha ocultado tras una gasa de nubes y de la misma forma cada tipo contractual y la propia masa total del ámbito contractual se ha difuminado y perdido de vista tras la teoría general del negocio jurídico. Con el fin de alcanzar la siempre anhelada y acaso nunca lograda claridad os voy a poner un ejemplo que sirva de ilustración a lo que digo es un negocio aunque sea de derecho de familia la adopción de un menor es un negocio el testamento que un ser humano otorga a lo mejor con excesiva anticipación a la fecha de su muerte para disponer lo que quiere se haga con sus bienes después de su partida de esta vida dentro de los márgenes que el ordenamiento jurídico le permite según sus circunstancias familiares pero hay que perder mucha precisión de lenguaje y hacer a la vez una serie de equilibrios inestables para defender la identidad de los términos y eso se pone de manifiesto muy especialmente al comprobar que si bien todo contrato es un negocio en cambio no todo negocio es un contrato ahora al releer el párrafo que acabo de pasar de la cabeza a la pantalla del ordenador descubro la necesidad de dos aclaraciones complementarias la primera está constituida por la necesidad de darnos cuenta de la desproporción entre el número muy pequeño de verdaderos negocios y el número inmenso de contratos y la trampa en que frecuentemente se cae al usar la suma de ambos conjuntos distintos el conjunto contratos y el conjunto negocios cada uno con su propio y peculiar número de componentes como si se tratara de una única realidad a la que designamos de cualquier manera con absoluta despreocupación profesor carvallo me he perdido en esa especie de juego de palabras la idea se me ha escapado no me resulta muy transparente y desearía que pusiera uno de esos ejemplos suyos siempre tan divertidos y originales no me parece especialmente afortunado considerar a mis ejemplos como divertidos pero tampoco conviene hacer una montaña de un grano de arena intentaré encontrar un ejemplo a la velocidad adecuada con unas previas palabras de relleno mientras por otra esquina lo voy buscando creo que ya lo tengo y además va a ser del mundo audio o si se prefiere del mundo poético según el gusto del oyente al clasificarlo es muy conocida la frase atribuida a napoleón respecto a cómo la música es el menos molesto de los ruidos y en este mismo sentido para algunos entraría en el ámbito musical tanto la música clásica o de cámara como la mucho más moderna música pop mientras que para otros resultará absolutamente inadmisible se le otorga la categoría de música a esos infernales estruendos decibélicos de las modernas discotecas de la misma forma que otros pocos locos oyen el silencio en lo alto de la montaña no puteada por el remonte mecánico el tema de hoy es de extraordinaria importancia desde puntos de vista completamente distintos uno es la ilusionada creencia en que la inmensa mayoría de mis alumnos superarán por méritos propios no por excesiva e injusta benevolencia esta asignatura que actualmente se llama derecho civil 1 y se enfrentarán en el curso académico siguiente a la llamada derecho civil 2 de la cual este apoyo es una especie de antesala o prólogo otro radica de necesidad de resaltar dos cosas muy distintas por una parte el sorprendente dato de no usarse en el código civil nunca la expresión negocio jurídico en el sentido en que se usa habitualmente por la doctrina lo que hizo decir a un conocido autor de manuales que el código civil no sabía lo que era el negocio jurídico olvidándose él de la historia de la codificación la otra es un poco menos llamativa y estriba en el declive en que se encuentra actualmente la antes

dominadora teoría del negocio jurídico a lo cual está contribuyendo notablemente la orientación que parece va a cuajar en los nuevos planes de estudio desplazando la impronta y el excesivo peso de la doctrina germánica para sustituirla por la colonización americana mucho menos útil para europa en españa hubo una época en que todo civilista que se preciara un poco debía tener publicado algo de mejor o peor calidad según su capacidad y suerte sobre la teoría del negocio jurídico y hoy día se está abandonando esa conducta y es posible que llegue a desaparecer del contenido lectivo de los programas usuales de las cátedras de derecho civil yo a pesar de mi carácter apasionado no soy partidario de tal exceso pero sí debo reconocer siempre he preferido la teoría del contrato a la del negocio por más que los excesos de construcción doctrinal intentados y no siempre conseguidos con solidez hayan servido en un doble sentido a para plantear la insondable riqueza de la vida contractual por la vía del fracaso de las mejores construcciones que siempre resultaban insatisfactorias para abarcarla en su compleja realidad de para servir de piedra de contraste demostrativa de la endeblez de muchas construcciones y la imperiosa necesidad de atender a las necesidades de la realidad más que a los malabarismos del derecho de profesores para que éstos dejen de estar sentados en una nube columpiando las piernas mientras los conceptos dogmáticos viajan por el empirio y son detectados actualmente como objetos volantes no identificados aunque su primer descubridor haya sido un profesor alemán de derecho romano en un año muy lejano cuando escribió una obra maestra de juventud jurisprudencia en broma y en serio y con quien tomaréis contacto frecuentemente pues sus obras se han traducido al castellano lo mismo en españa que en la américa hispana el profesor álvarez carballo me parece que ahora he descubierto no solamente de quienes discípulos sino también a que se deben esos golpes de humor y me gustaría si no es demasiado latoso la obra diera una pista para poder buscarla pues podría ser la lectura de estas vacaciones y es posible que algún oyente se apuntará también a esa idea no ahora quieren sonar bien en mis oídos tus palabras charo pero en verdad se da la amarga realidad de no ser exactas por un lado todos los civilistas europeos se sentirían honrados en ser considerados sus discípulos e incluso es muy probable que si no surge una verdadera catástrofe mundial lo seguirán siendo los civilistas de los próximos siglos y sólo es verdad en sentido metafórico por otro lado no es una lectura cómoda no es una lectura de monte o playa más que para aprendices de especialistas en derecho civil pero por si alguno pica cumplo tus deseos el autor es rodolfo dierin su obra aludida jurisprudencia en broma y en serio su primera edición en alemán berlín 1849 su traductor español adolfo posada la edición madrid 1921 victoriano suárez o buenos aires 1974 elías está hay más ediciones castellanas y múltiples ediciones en varios idiomas europeos profesor álvarez carballo me gustaría explicar en qué se fundamenta la aproximación de esos dos términos contrato y negocio que usted quiere distinguir y al mismo tiempo en qué se diferencia la pregunta está muy bien formulada y es incisiva me ha complacido extraordinariamente por cuanto era precisamente el punto que yo pensaba abordar inmediatamente para continuar el hilo discursivo sin grandes traumatismos el punto en que ambos conceptos se aproximan es en el papel que juega la libertad individual es la voluntad individual del sujeto de derecho quien decide realizar un negocio adoptar a un menor otorgar testamento crear una fundación para alcanzar un fin de interés público y es esa misma voluntad individual del sujeto de derecho la que decide en otras ocasiones otorgar un

contrato ya sea del amplio muestrario existente en el ordenamiento jurídico ya sea por creación original del mismo a base de lo que yo me atrevería a llamar con mi habitual léxico elaboración abrazo que puede dar nacimiento a una verdadera obra de arte o a un auténtico engendro inviable pero quiero resaltar que tanto en un caso como en el otro la esfera de actuación del sujeto individual de derecho no se encuentra por encima del ordenamiento jurídico es decir si con un exagerado individualismo ya próximo al anarquismo se llega a creer es solamente la voluntad del sujeto la que cuenta eso es una muy grave equivocación que además de ser causa segura de no apto fulminante e inapelable excluiría a tal creyente del reducido ámbito de los juristas para pasar a engrosar el muy nutrido grupo de los cantamañanas los efectos jurídicos dependen del ordenamiento jurídico y no de la voluntad individual de la misma manera que la carretera existe y está esperando al caminante y perdura en su plena realidad aunque nadie la transite y por eso empieza a verse invadida por la vegetación circundante si las circunstancias climáticas lo toleran tal como con preciosismo ha contado kipling el punto en que ambos conceptos contrato y negocio se separan estriba ni más ni menos empleo esta expresión en afán de claridad en el concreto momento en que se tome en cuenta el número de protagonistas individuales necesario el contrato es la composición de un conflicto de intereses entre dos sujetos de derecho o si se prefiere como dice nuestro código civil el concurso de una oferta y una aceptación por mucho interés que yo tenga en vender si no consigo encontrar y convencer a un comprador no podré realizar el contrato de compraventa por más ganas y por más necesidad que del contrato de compraventa tenga debo terminar aquí para evitarme corten por donde se le antoje a cualquiera y necesito remachar una idea con intensidad la mala utilización habitual de los términos contrato y negocio como si ambos significaran exactamente lo mismo es algo parecido a lo que sucede en el actual lenguaje coloquial en donde todas las mujeres son tías y todos los caballeros son tíos o colegas y es evidente que ese peculiar parentesco en la inmensa mayoría de las ocasiones o esa pretendida pertenencia al mismo ámbito profesional o técnico es tan ficticio e inexistente como la pedante identificación entre negocio y contrato pues nada más muchísimas gracias profesor carvallo por su colaboración a lo largo del curso académico con la revista de derecho esperamos contar con su presencia en el próximo curso también espero que sí si vivo gracias charles y esto ha sido todo por este viernes en revista de derecho nos despedimos aquí de los alumnos de segundo con un deseo muy especial que tengan mucha suerte en las pruebas presenciales que se inician el lunes que viene esperamos que estos programas de radio les hayan servido de motivación pues con ese objetivo y esa ilusión hemos trabajado durante todo el curso tanto los profesores como beatriz santa maría en el control de sonido y quien les habla charo lópez de aro la revista de derecho pondrá el punto final en el presente curso la semana que viene con un programa especial un coloquio sobre la ley de extranjería en españa ahora si lo desean pueden continuar en nuestra sintonía y escuchar el informativo semanal que presenta evicheca muchas gracias por la atención prestada y feliz fin de semana muy buenas noches