

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DIFICULTADES  
EXISTENTES EN LA POLÍTICA Y EL DERECHO  
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL PARA EL ENTENDIMIENTO  
DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO UNA  
OPERACIÓN JURÍDICA LIMITADA.  
ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNO DE LOS PROBLEMAS  
PLANTEADOS POR EL ARTÍCULO 168  
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Javier RUIPÉREZ\*

SUMARIO: I. *A modo de dedicatoria.* II. *El problema de la reforma constitucional en el derecho español anterior a la Constitución de 1978.* III. *Las dificultades de la comprensión de la revisión en el marco de la vigencia de la actual Constitución.* IV. *Consideraciones en torno a la ausencia de cláusulas de intangibilidad y su significado real.* V. *La hipótesis de la reforma total: ¿mera operación jurídica limitada o acto revolucionario?* VI. *La exigencia del referéndum obligatorio como negación de los límites materiales a la reforma, y crítica a esta tesis.*

I. A MODO DE DEDICATORIA

Es para mí un gran honor ser requerido por la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, así como por la Comisión Científica encargada por éste para la organización del mismo, para participar en este, por lo demás tan merecido, homenaje académico al doctor Carpizo MacGregor. Honor y satisfacción que, en todo caso, es mayor en tanto en cuanto que el mismo se me hace no en atención a mis posibles méritos académicos y científicos —que, con toda probabilidad, se limitan a mi condición de discípulo del profesor De Vega, que no solo asume que es a él, y en virtud de esas impagables enseñanzas que me ha ido transmitiendo desde aquel ya tan lejano octubre de 1977, cuando inicié mis estudios de

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de La Coruña

la Licenciatura de Derecho en la Universidad de Salamanca, a quien debo todos los conocimientos que tengo sobre el Estado, el derecho y la política, sino que, además, no se cansa de reivindicar para su maestro todos los honores (en el sentido usual del término, y no en el que, contraponiéndolo al principio de la virtud política maquiavélica, le atribuía Charles de Secondat)<sup>1</sup> y todos los méritos que sea dado atribuir a una excelente persona que se dedica profesionalmente al estudio científico del Derecho Constitucional—, sino, por el contrario, atendiendo a razones de proximidad y cercanía con el hoy nuestro homenajeado. Lo que, en tanto entran en juego las ideas de amistad y de lealtad, nos sitúa en el ámbito de aquéllos “valores cívicos laicos”, cuya pérdida en la sociedad actual tanto preocupaba, como es, sin duda, bien conocido por todos los que participamos en este volumen, a Jorge Carpizo. Y es, precisamente, porque la invitación se me cursa por este último motivo por lo que, como digo, me siento sumamente honrado y, al mismo tiempo, harto satisfecho de que los organizadores del homenaje se hayan acordado de mí.

Me unía, en efecto, a Jorge Carpizo una relación, personal y académica, muy estrecha. Relación ésta que, como he indicado en alguna otra ocasión, responde, de manera inequívoca, a aquello que mi dilecto maestro llama la “amistad histórica”. Lo que, en definitiva, se concreta en que desde el momento mismo en que nos conocimos personalmente —en 1996, cuando tuve el honor de formar parte, en sustitución doctor Valadés, de la Comisión encargada de juzgar la tesis doctoral que, bajo la dirección de Pedro de Vega, presentaba en la Universidad Complutense uno de los sobrinos de Carpizo MacGregor—, nuestro trato fuera el de dos viejos conocidos. Dos viejos conocidos cuya amistad no nacía, ni mucho menos, en aquel momento, sino que venía de antiguo. Más concretamente, del año 1964, cuando, coincidiendo con su primer viaje a México D. F., se inició la amistad entre mi muy querido y admirado maestro y el entonces joven integrante del Claustro del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Desde entonces, además de facilitarme, y de modo innegablemente satisfactorio, el que pudiera ampliar mis conocimientos como estudioso de la Teoría del Estado y de la Constitución —circunstancia que me lleva a incluirle, como no podría ser de otro modo, entre todos aquellos insignes universitarios a los que, de forma directa o indirecta, puedo llamar maestros—, nuestra “vieja amistad” no ha hecho más que profundizarse. Lo que me ha sido especialmente grato. Tanto más cuanto que, con el conocimiento personal y el trato directo, he descubierto, a lo largo de estos años que compartíamos una concepción de la amistad y de

<sup>1</sup> Cfr. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (1748), Madrid, 1985.

la lealtad muy similares. Comprensión que, estimo, queda perfectamente reflejada en aquel texto de quien, al menos para mí, es el mejor de los poetas españoles contemporáneos, Joan Manuel Serrat, había redactado, en 1973 y con el título de “Para mí amigo”, en honor a un amigo fallecido, y que, a modo de particular homenaje a Jorge, no me resisto a dejar de transcribir:

Puc vendre'm l'ànima al diable // i el cops als demés // i llogar fins la guitarra // par diners // o trencar la meva imatge // com si fos de guix // o jugar-me l'esperança // al set i mig, // però no pas aquest poema // volador i petit. // Gust d'amor, // color magrana // que he escrit per al meu amic. // Ets bo. // Est doç. // Est mascle. // L'alcohol em destruirà el fetge // i les armes la pell, // i el homes el cervell. // Pudreu fullejar el meus somnis, // grapejar el records // i estripar-me plors i versos, // jocs i amors. // Però no pas aquest poema // volador i petit. // Gust d'amor, // color magrana // que he escrit per al meu amic. // Ets bo. // Est doç. // Est mascle. // He tingut sort amb les dones, // que ja és molt tenir, // i a las mans la primavera, // que ja és dir. // He pujat on la neu crema, // he caigut al sot. // Demaneu-me el que vulgeu // que tinc de tot, // però no pas aquest poema // volador i petit. // Gust d'amor, // color magrana // que he escrit per al meu amic. // El bo. // El doç. // El mascle.

Fácil resulta, desde esta perspectiva, comprender que constituía para mí un deber inexcusable el atender la amable invitación que se me hacía para participar en un trabajo colectivo en homenaje al doctor Carpizo. No otra cosa, en efecto, podría yo hacer al recibir el requerimiento por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que, por lo demás, y como he dejado constancia escrita en algún otro lugar,<sup>2</sup> me es tan caro.

En este sentido, he de indicar que, al recibir la invitación, pensé inmediatamente en un problema al que prestarle atención, y proceder, como debiera ser obligado, a la redacción de un trabajo inédito que dedicaría a la memoria de mi buen amigo y tristemente fallecido Jorge Carpizo. Teniendo en cuenta que en nuestra última comunicación, a través del correo electrónico, Carpizo, tratando de contrarrestar mi lamento por la situación a la que el poder ha reducido hoy a la Universidad española: ser una suerte de guardería, en la que se tolera la actuación de los profesores, aunque sean críticos con sus intereses y con los medios que utilizan para satisfacerlos —ya, y haciendo caso omiso de aquel ruego que, en

<sup>2</sup> Véase Ruipérez, J., “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México D.F., 12-15 de febrero de 2002)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 116, 2002.

1793, hacía Fichte<sup>3</sup> a todos los gobernantes europeos, se encargan ellos de que nuestro pensamiento, incluso aunque podamos publicarlo, no llegue a la opinión pública—, en la medida en que entretenemos durante cuatro años a una buena parte de la población joven que, de este modo, no pasan a integrar las listas del paro, me animaba a no darme por vencido y seguir trabajando como si la situación no fuese esa, y, de cualquier forma, ponderando la importancia que tiene el dejar una obra escrita desde el ejemplo de lo sucedido con aquel Heller que se vio obligado a refugiarse en la España de la Segunda República española, en cuanto que último, y desesperado, intento de establecer el régimen de libertad total en Europa,<sup>4</sup> me vino, inmediatamente, a la cabeza un posible estudio: “La Constitución como realidad constitucional. Consideraciones sobre la vigencia y eficacia de los Textos Constitucionales con motivo del 80 aniversario de la muerte de Heller”. Proyecto éste con el que, además, se daba pleno cumplimiento a la idea helleriana de que todo estudio de Teoría del Estado y de la Constitución tiene siempre, y aunque su redacción parezca responder a una mera especulación teórica, un contenido práctico inmediato.<sup>5</sup>

Y es que aquél no dejaría de responder a uno de los más graves problemas que hoy se plantean en la vida jurídica y política española, y al que deberíamos enfrentarnos los estudiosos del Derecho Constitucional. Problema que, estimamos, no ha de ser muy difícil de comprender. En efecto, en un Estado donde el partido mayoritario de la derecha no cesa en su afirmación de que es menester proceder a llevar a cabo una “segunda transición”; el partido mayoritario de la izquierda, respetando el principio de legalidad, pero violentando el principio de legitimidad sobre el que descansa todo el ordenamiento constitucional hoy vigente, trata, desde la rara especie de “recuerda que estamos en la transición”, de justificar la adopción de cualquier solución normativa contraria a lo expresamente dispuesto en el código jurídico-político fundamental por el Constituyente de 1977-1978; los partidos mayoritarios de ámbito regional, singularmente los adscritos al nacionalismo romántico, espiritual, irracional, mítico y místico<sup>6</sup> y que encuentran, como todas las fuerzas de

<sup>3</sup> Cfr. Fichte, J. G., “Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron” (1793), en el vol. *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, Madrid, 1986.

<sup>4</sup> Cfr. Ruipérez, J., “Hermann Heller marcha al exilio (un ensayo de teoría del pensamiento político y constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 75-76, 2009.

<sup>5</sup> Cfr. Heller, H., *Teoría del Estado*, México, 1983.

<sup>6</sup> Sobre éste, y por todos, cfr. Vega, P. de, “El carácter burgués de la ideología nacionalista” (1965/1977), en Vega, P. de, *Estudios político constitucionales*, México, 1987.

éste, en aquel monarquismo constitucional puesto en marcha en la Alemania decimonónica por Stahl, von Bismarck y Treitschke<sup>7</sup> su principal fuente de inspiración ideológica, niegan, pese no solo a haber participado en todo el proceso constituyente, sino haber desempeñado un papel central en todas y cada una de las fases del proceso de elaboración, discusión y aprobación del actual documento de gobierno, existencia misma de la Constitución —que, en realidad para ellos, y como ha puesto de relieve quien hoy es su máximo consejero áulico, aunque oficioso, solo sería tal si se presentase como un auténtico contrato celebrado entre el rey, en cuanto que soberano de la “España pequeña”, Cataluña y País Vasco,<sup>8</sup> ya que, según nos dicen, no es el resultado del ejercicio del derecho de autodeterminación, en cuanto que materialización de la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo,<sup>9</sup> y cuando, finalmente, desde el diario de mayor difusión se nos asegura que en el Estado español existe un muy grave problema político al que el texto constitucional, cuya misión primordial es, debemos recordar, el conducir de manera adecuada el proceso político democrático en una determinada comunidad política estatal, es incapaz de ofrecer una solución adecuada, evidente, e inconcuso resulta que lo que los constitucionalistas españoles, manteniéndonos, como es por lo demás obligado, en el ámbito de la crítica inmanente (H. Heller, P. de Vega), tenemos que hacer es interrogarnos sobre si el código jurídico-político fundamental del 27 de diciembre de 1978 sigue gozando de una auténtica y real vigencia y eficacia, en el sentido que a este término le otorgó, oponiéndose a la concepción del más radical de los positivimos jurídicos formalistas, Hermann Heller.<sup>10</sup> El problema en modo alguno es insignificante. Piénsese, a este respecto, que si, por las razones que sean —el que haya dejado de existir una identidad entre los principios y valores que fueron consagrados en el documento de gobierno, y haciendo en todo caso abstracción de la cuestión de si los mismos eran los que en aquel momento operaban realmente en la sociedad, o si, como parece desprenderse de las actuales afirmaciones de las fuerzas políticas mayoritarias, no lo eran, por el legislador constituyente de 1977-1978 y

<sup>7</sup> Cfr. Heller, H., *Las ideas políticas contemporáneas* (1926), Granada, 2004.

<sup>8</sup> Véase Herrero de Miñón, M., “La Constitución como pacto”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

<sup>9</sup> Sobre este particular, y por comodidad, cfr. Ruipérez, J., “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.

<sup>10</sup> Cfr. Heller, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* (1927), 2a. ed., México, 1995.

los que existen y rigen la vida de los españoles en la actualidad; o que, por el mero transcurso del tiempo, aquél se vea incapacitado para cumplir su misión—, llegamos a la conclusión de que el texto de 1978 ha dejado de estar, si no formalmente, sí desde el punto de vista político-jurídico material, vigente, ello es tanto como afirmar que España carece de un verdadero Código Constitucional. Y no puede olvidarse, en este sentido, que uno de los más acertados asertos de Hegel<sup>11</sup> fue, justamente, el que una comunidad política que carece de Constitución solo puede ser entendida como un Estado despótico.

Tal era, como digo, mi intención cuando recibí la invitación para participar en este homenaje al doctor Carpizo. Sucede, sin embargo, que la falta material de tiempo (coincidencia con las clases en el Grado en Derecho y el doble Grado Derecho/ADE, y con la necesidad de atender otra serie de compromisos previamente adquiridos),<sup>12</sup> así como, y sobre todo, por mi actualmente mermado estado de salud (que me obliga a dosificar los esfuerzos), me resulta imposible proceder a la redacción de tal trabajo, al menos en el plazo que se nos daba para entregar el escrito. Imposibilitado para realizar mi inicial proyecto, al que en modo alguno renuncio a dar ejecución en el futuro, hubo de ser cambiado por una tarea que sí fuera factible realizar en tiempo y forma. De esta suerte, lo que me propongo ofrecer en honor de mi buen amigo Jorge Carpizo es una variación de uno de los trabajos que me encontraba redactando cuando me llegó la triste noticia de su fallecimiento, y que todavía continua inédito. Escrito que, por lo demás, trata de una problemática que, además de conectar de manera inmediata y directa con el problema al que antes aludía, había sido objeto de largas conversaciones e intercambio de pareceres entre nuestro homenajeado y yo, sobre todo por cuanto que la misma se plantea hoy en unos términos muy similares en la realidad jurídico-política mexicana y la española. Y sobre la que, como le ocurría a Miguel Hernández con su amigo Ramón Sijé, todavía tendríamos que haber hablado, y, sobre todo, seguir hablando mucho ambos.

<sup>11</sup> Cfr. Hegel, G. W. F., *La Constitución de Alemania* (1802-1893), Madrid, 2010.

<sup>12</sup> Véase Ruipérez, J., “¿Podría aprobarse un auténtico texto constitucional para la actual Unión Europea? Un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución sobre la moderna Unión de Estados de Derecho Internacional Europea”, texto presentado al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Tucumán en septiembre de 2013; “El derecho constitucional a la vivienda y la problemática de su arrendamiento en el Estado social. Un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución como ciencia conceptual y como ciencia práctica”, en R. Colina Garea (dir.) *et al.*, *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado de alquiler de viviendas*, Pamplona, 2014.

## II. EL PROBLEMA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La, tempranamente denunciada por Alejandro Nieto,<sup>13</sup> obsesión de la doctrina iuspublicista española por presentar la Constitución —que, en rigor, se presenta como una norma jurídica obligatoria y vinculante para gobernantes y gobernados en la medida en que constituye la expresión normativa de la voluntad soberana del Poder Constituyente (H. Heller, P. de Vega, etcétera)—, como una norma jurídica directamente aplicable por los tribunales, ha determinado que haya terminado por olvidarse que no ha sido tan solo en este punto donde se han verificado históricamente las grandes diferencias entre la tradición jurídico-constitucional estadounidense y la tradición constitucional europea. Es más, cabría incluso afirmar que la anterior divergencia no es, en realidad, más que el lógico y consecuente corolario del resto de las diferencias entre ambos modelos constitucionales.

De cualquier modo, lo que me interesa es indicar que una de las principales disparidades existentes se encuentra, de un modo muy preciso, en el muy diverso modo en que a uno y otro lado del Atlántico se comprendió el instituto de la reforma. Hecho éste que, no obstante, no es hoy debidamente enfatizado como consecuencia, directa e inmediata, de la aceptación incondicional y acrítica de los presupuestos de la *Reine Rechtslehre* y, además, sin tomar en consideración que, en ella, Kelsen<sup>14</sup> pretendía realizar no tanto un estudio del derecho, como de la estructura lógica del ordenamiento jurídico estatal tal y como ésta se presenta desde los esquemas conceptuales derivados de la merkliana *Stufenbautheorie*, que, bien conocido es, el ilustre maestro vienés había elevado a la condición de la más valiosa aportación a la ciencia del derecho. Y es que, en efecto, la anterior divergencia no es más que el resultado de la muy desigual suerte que en uno y otro continente corrió la materialización práctica, y la efectividad real, de los principios que determinaron la aparición histórica de la forma política “Estado constitucional”. Y es que, en efecto, fue tan solo porque en los Estados Unidos de América se hizo real y efectivo

<sup>13</sup> Cfr. Nieto, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983.

<sup>14</sup> De manera muy particular, cfr. Kelsen, H., *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübinga, 1920; *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho* (1933), Madrid, 2009; *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 9a. ed., Buenos Aires, 1970.



el dogma político de la soberanía del pueblo y, en consecuencia, y por decirlo en la conocida expresión de Paine,<sup>15</sup> la Constitución, en cuanto que *Lex Superior*, fue elevada a la posición del soberano, por lo que, como nos dice Arnoult,<sup>16</sup> pudieron los *Founding Fathers* comprender la reforma como una facultad constituyente entendida como una actividad jurídica reglada por la propia Constitución, y cuyo ejercicio, en consecuencia, será llevado a cabo por el legislador de reforma dentro de la propia Constitución y con respeto a la misma (P. de Vega), y, por ello mismo, establecer una serie de materias que no podrían ser objeto de revisión.

Todo lo contrario sucedería en el derecho europeo.<sup>17</sup> Es verdad que también en los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII se proclamaron también, y de forma solemne, los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional. Debemos, sin embargo, a Bastid<sup>18</sup> la acertada observación de que si bien la proclama formal de estos principios fue igual de intensa que la hecha en la Revolución liberal-burguesa estadounidense, es lo cierto que fue bien otra la fortuna que tuvo la vigencia real y efectiva de los mismos en la Europa de finales del siglo XVIII, todo el XIX y primeros años del XX. De un modo muy concreto, esto se hace meridiano en relación con el principio democrático, cuyas dificultades para adquirir auténtica realidad y entidad determinaría, asimismo, la imposibilidad de la virtualidad de los otros dos principios inspiradores del constitucionalismo moderno. Dificultades que se derivaban de la circunstancia, de naturaleza eminentemente política e ideológica, de que, a diferencia de lo que sucedía en Estados Unidos, el constitucionalismo europeo hubo de construirse desde la confrontación entre las ideas y el principio democrático, cuyo corolario es el dogma político de la soberanía del pueblo o de la nación, y las ideas y el principio monárquico, que conduce a la inequívoca afirmación de la soberanía del monarca. Lo que acabaría condicionando la propia comprensión de

<sup>15</sup> Cfr. Paine, Th., “El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)” (1776), en Paine, Th., *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990.

<sup>16</sup> Cfr. Arnoult, G., *De la revisión des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systèmes de révisions des Constitutions étrangères*, París, 1895.

<sup>17</sup> Sobre ello, y por comodidad, cfr. Ruipérez, J., “De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 30, 2012. Escrito éste que, junto con el que sirve de base para la elaboración de este escrito de homenaje al Doctor Jorge Carpizo, fue, a sugerencia de mi dilecto maestro, Pedro de Vega, objeto de una profunda revisión y ampliación para integrarlo en Ruipérez, J., *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, México, 2014.

<sup>18</sup> Cfr. Bastid, P., *L'idée de Constitution*, París, 1985.



la *Verfassungsänderung*. El maestro De Vega<sup>19</sup> lo puso claramente de manifiesto cuando escribió que:

Son las exigencias políticas derivadas del principio democrático, y los requerimientos jurídicos emanados del principio de supremacía constitucional... quienes condicionan la aparición del poder de reforma... Naturalmente, cuando esas exigencias y esos requerimientos no se dan en la realidad, por no formar parte de la conciencia social, o cuando el Estado se vertebra sobre supuestos ideológicos distitos, como serían los derivados del principio monárquico frente al principio democrático, la temática de la reforma pierde todo su sentido. A fin de cuentas, es lo que sucedió en Europa... donde la teoría de la constitucional que se elabora a lo largo del siglo XIX y parte del XX se produce sin que, en la práctica, operen las condiciones sociales y políticas que determinaron históricamente la aparición del Estado constitucional. Así las cosas, la reforma constitucional no podría presentarse, ni siquiera como problema teórico, al ser muchas las Constituciones que negaban, como criterio político legitimador, el principio de la soberanía popular.

Si lo anterior nos dice que la problemática de la revisión carecía de sentido en el contexto de los documentos de gobierno, que no auténticas Constituciones, que operaron en lo que los franceses denominaron la “Restauración”, en el constitucionalismo doctrinario y, desde luego, en el marco del monarquismo constitucional —el verdadero anticonstitucionalismo (H. Heller)—, debemos hacer notar que tampoco gozó de una correcta comprensión en las etapas en que se afirmaba el principio democrático como criterio político legitimador, vertabrador y estructurador de la comunidad política. Lo que se debe a esas dificultades a las que se refería Bastid para que este principio lograra una verdadera eficacia. De una manera más concreta, es menester señalar que uno de los motivos principales de que la reforma no pudiera ser entendida como una operación jurídica limitada por la Constitución se encuentra, aunque pudiera parecer paradójico, en la propia formulación de Sieyès. Ciertamente es que corresponde al abate liberal el gran mérito de haber comprendido que la revisión supone el ejercicio de una facultad constituyente y que, como tal, la misma no podía ser desarrollada por el Parlamento ordinario. De esta suerte, Sieyès, como también La Fayette, propuso que la modificación formal del texto constitucional fuese llevada a cabo por una Asamblea especial, cuyos miembros recibi-

<sup>19</sup> Cfr. Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985.

rían de la propia Nación soberana ese poder especial que, como sucedía en el proceso constituyente originario (R. Carré de Malberg),<sup>20</sup> les legitimaba para actuar en el ámbito de la normativa fundamental y del que carecen, en cuanto que integrantes de un poder constituido, los representantes del Poder Legislativo ordinario. Con lo que, en primera instancia, se lograba conciliar adecuadamente el principio democrático y el principio de supremacía constitucional. Ahora bien, el problema, como nos enseña el maestro De Vega, se presenta por cuanto que Sieyès, y con él, y en un primer momento, el resto de los revolucionarios liberal-burgueses, y después, y de manera fundamental, los antidemocratas —buen ejemplo de ello son las reflexiones de Royo Vilanova<sup>21</sup> sobre el texto de 1931—, no alcanzaron a comprender que la actividad constituyente puede ser entendida como una actividad libre, soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimiento jurídico, y cuyo ejercicio solo puede corresponder a la Asamblea Constituyente, y como una actividad jurídica reglada por la propia Constitución, y cuyo ejercicio, en consecuencia, será llevado a cabo por el legislador de reforma dentro de la propia Constitución y con respeto a la misma. La revisión se convertía, de este modo, en una acción soberana y revolucionaria. Y, por ello mismo, el poder de reforma, equiparado al *Pouvoir Constituant* mismo, se presentaba como un sujeto que ejercía un poder soberano, absoluto, e ilimitado en el contenido material de su voluntad, y también, y pese a que se afirmase lo contrario, en el formal, ya que la observancia del procedimiento legal-constitucionalmente establecido para tal fin quedaría siempre, y de manera inevitable, como algo que libremente decidiría ese sujeto soberano.

Sea de ello lo que sea, lo que, aquí y ahora, nos interesa es advertir que España en modo alguno supuso una excepción a esta realidad. Antes al contrario, podríamos muy bien afirmar que fue justamente en España donde los problemas y dificultades que encontró la comprensión adecuada de la reforma adquirieron, por las singulares circunstancias políticas del Estado español, su máxima expresión.

Idea ésta que no ha de ser muy difícil de comprender. En este sentido, bastaría con no olvidar cuál fue el verdadero y auténtico sentido y significación que tuvieron los distintos documentos de gobierno que, en la mayoría de los supuestos como gran programa de gobierno del partido que ocupaba el poder, estuvieron vigentes en nuestro Estado. Si así se hace, es tan solo posible concluir que estamos ante una realidad jurídica y política

<sup>20</sup> Cfr. Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, México, 1948.

<sup>21</sup> Véase Royo Villanova, A., *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Valladolid, 1934.

en la que no podía plantearse, ni en la teoría ni en la práctica, la problemática de la reforma constitucional. Lo que se explica, y se debe, a que, como, con meridiana claridad, señaló el maestro De Vega:<sup>22</sup>

La historia de nuestro constitucionalismo es la historia de una ficción. Ficción que se tolera y se mantiene en la medida en que no pasa de ser un juego y que no adquiere la suficiente autonomía para controlar los efectivos resortes del poder. Porque cuando el constitucionalismo pierde ese carácter ficticio y lúdico —que fue lo que ocurrió en Cádiz en 1812, en 1869 y 1931— las fuerzas conservadoras han de caer sobre él abriendo etapas de dictaduras más o menos encubiertas.

Lo anterior, como es obvio, no podría generar ciertas consecuencias para el problema que nos ocupa. Y, además, lo haría en todos los ámbitos del mundo jurídico-político.

En el ámbito científico, los efectos de que se trataba de un sistema político en él, salvo en los momentos consignados y aun así, con grandes dificultades, no operaban los supuestos inspiradores, vertebradores y justificadores del moderno Estado constitucional, se muestran de un modo evidente e innegable. Piénsese que, debido a lo anterior y que, en consecuencia, no podía plantearse en serio la problemática de la revisión ni siquiera como un problema teórico, la literatura iuspublicista española se caracterizó por el dato de que no prestó la dogmática española del derecho público apenas atención a la problemática de la reforma. Nada de extraño tiene, de esta suerte, el que si exceptuamos los trabajos de Becker, Posada y Pérez Serrano,<sup>23</sup> no podamos encontrar en aquélla algún escrito digno de mención y que, en todo caso, haya resistido el paso del tiempo. Al menos, esto era así hasta el fin de la guerra civil.

Hubo de esperarse, aunque pueda parecer paradójico, a la década de 1950 para que el problema de las transformaciones constitucionales comenzase a tratarse desde un punto de vista científico. Lo que sucedió en el singular marco de la Universidad Salmanticensis. Fue, en efecto, la sobresaliente influencia del “viejo profesor” la que determinaría que la problemática de la estática y dinámica constitucionales, se convirtiera

<sup>22</sup> Cfr. Vega, P. de, “Constitución y Democracia”, en *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983.

<sup>23</sup> Becker, J., *La reforma constitucional en España. Estudio histórico-crítico acerca del origen y las vicisitudes de las Constituciones españolas*, Madrid, 1923; Posada, A., *La reforma constitucional*, Madrid, 1931; Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente” (1947), en Pérez Serrano, N., *Escritos de Derecho Político*, Madrid, 1984, vol. I.

en objeto de atención preferente para todos los integrantes del “Grupo Tierno” (P. Lucas Verdú).<sup>24</sup> Y, con ello comenzaron sus integrantes a formular una auténtica Teoría del Estado y de la Constitución, equiparable a la que se estaba formulando en los países de nuestro entorno, y que, aunque obligadamente construida desde la simulación, el cripticismo y el doble lenguaje, pero haciendo suyos los postulados hellerianos sobre el papel que le corresponde jugar al científico de la política y el derecho, no tenía otra finalidad que la de contribuir a la puesta en marcha en España de un régimen de libertad total. Circunstancia ésta que resulta meridiana si se toma en consideración que lo que sucede es, como ha puesto de manifiesto De Vega:

Pero del mismo modo que no se concibe una teoría de la Constitución que no tome como punto de referencia las cuestiones básicas que la reforma suscita, tampoco se concebiría una teoría adecuada de la reforma, en la que no se plantease el significado político y jurídico del propio concepto de Constitución. Hasta cierto punto, y sin hipérbole alguna, se podría sostener que la teoría de la Constitución y la teoría de la Reforma son expresiones equivalentes, en tanto en cuanto los contenidos esenciales de una y otra, son también inexorablemente coincidentes.

Así, nos encontramos con que, respondiendo a un mismo tipo de preocupaciones políticas —que cabe concretar en, por decirlo con De Vega, “la convicción profunda de que el único régimen éticamente defendible, políticamente coherente, y científicamente explicable es el régimen democrático”—, y desde los mismos planteamientos teóricos, se fueron elaborando en el “Seminario Tierno” los escritos sobre la reforma y la mutación constitucionales de Lucas Verdú,<sup>25</sup> Morodo<sup>26</sup> y Andrino.<sup>27</sup> Al mismo orden de preocupaciones científicas y políticas responden también, —y, por ra-

<sup>24</sup> Cfr. “La teoría constitucional del profesor Tierno Galván”, *Sistema*, núm. 71-72, 1986.

<sup>25</sup> Los trabajos de P. Lucas dedicados a la problemática de los cambios constitucionales, pueden verse, de manera fundamental, en Lucas Verdú, P., *Curso de Derecho Político*. II. *La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado Federal. La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, 2a. ed., Madrid, 1977; *Curso de Derecho Político*. IV. *Constitución de 1978 y transformación político-social española*, Madrid, 1984.

<sup>26</sup> Cfr. Morodo, R., “Derecho y realidad: sobre la reforma constitucional y sus límites”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 3, 1969; “Las doctrinas políticas sobre la reforma constitucional”, en Tierno Galván, E. y Morodo, R., *Estudios de pensamiento político*, Madrid, 1976.

<sup>27</sup> Cfr. Andrino Hernández, M., “Sobre las reformas constitucionales”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, núm. 10-12 (1956).

zones subjetivas, con mucha más razón, no podría dejar de señalarlo, tanto más cuanto que son, justamente, sus sabias enseñanzas las que sirven de hilo conductor de estas reflexiones—, los estudios que, aunque hunden sus raíces en el momento en que era tan solo un harto brillante estudiante de la Licenciatura de Derecho, viene realizando, desde los años 1960, mi dilecto maestro, Pedro de Vega. Estudios estos últimos que, dejando al margen los trabajos que realizó ya en su estancia en Bolonia, tienen como puntos de referencia capitales, en primer término, la lección magistral que pronunció en el concurso-oposición en el que ganó la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, en 1971, todos los escritos en el periodo constituyente sobre este particular<sup>28</sup> y de los primeros momentos de la vigencia de la actual Constitución Española,<sup>29</sup> para, de forma definitiva, alcanzar su mejor versión con la, ya citada, monografía *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, de 1985, con la que obtuvo el premio “Adolfo Posada”, y que tiene su continuación en la conferencia “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”,<sup>30</sup> pronunciada en 2006.

Por su parte, las consecuencias del carácter ficticio y lúdico de nuestro constitucionalismo histórico resultarían, como no podría ser de otro modo, todavía más patentes en el ámbito de la práctica jurídica y política. La falta de entidad de los supuestos en los que descansa el Estado constitucional, determinó que, al igual que sucede en todas las comunidades políticas con una escasa tradición constitucional, la clase política española procediera, ya por aceptar las conclusiones que se derivan de la utilización del principio y las ideas monárquicas, ya como consecuencia de la confusión generada por las tesis de Sieyès, a la identificación de la reforma con la revolución. Hecho éste que resulta indiscutible cuando se observa que a lo largo de todo el siglo XIX, cuando los prácticos de la política españoles hablaban de la necesidad de llevar a cabo una revisión, lo que hacían no era, ni mucho menos, proceder a la modificación formal del documento de gobierno en vigor, sino que, por el contrario —y sin

<sup>28</sup> Cfr., por ejemplo, Vega, P. de, “La reforma constitucional”, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

<sup>29</sup> Cfr., también a título de ejemplo, Vega, P. de, “Comentario al Título X. De la reforma constitucional”, en *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979; voz “Reforma constitucional”, en González Encinar, J. J. (ed.) et al., *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984.

<sup>30</sup> Cfr. Vega, P. de, “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, [http://www.fundacionjimenezabad.es/imagen/Documentos/2006/20061127\\_epp\\_devega\\_garcia\\_p\\_es\\_o.pdf](http://www.fundacionjimenezabad.es/imagen/Documentos/2006/20061127_epp_devega_garcia_p_es_o.pdf).

tomar en consideración que la técnica de la reforma es, ante todo y sobre todo, un instrumento fundamental para la defensa del documento de gobierno en vigor (P. de Vega) y no un mecanismo para su destrucción—, a ejecutar la sustitución de éste por uno nuevo. Táctica ésta que, de cualquier forma, fue mucho más frecuente entre los políticos adscritos al antidemocratismo. En efecto, los escritos del catalán Balmes<sup>31</sup> nos ofrecen un magnífico ejemplo, en el sentido de que, enfrentado a la posible revisión del texto de 1837, y partiendo de la concepción histórico-tradicional de los códigos constitucionales, lo que propondrá no es el que se operen en él modificaciones formales de su articulado, sino su derogación para adoptar un nuevo instrumento de gobierno que declarase, clara y explícitamente, que “El rey es soberano”.

Es menester advertir que si bien es verdad que esta confusión entre *Verfassungsänderung* y destrucción de la Constitución fue, sin disputa, el rasgo más característico de la problemática de la estática y dinámica constitucionales en las etapas que, con el profesor De Vega, podemos llamar de autocracia encubierta, es lo cierto que esta misma falta de un cabal y ponderado entendimiento de la revisión se dejó, también, notar en el que, sin discusión alguna posible, fue el momento más democrático de la Historia de España. Nos referimos a todos aquellos proyectos de reforma que, desde el mismo 13 de octubre de 1931, fue ideando Alcalá-Zamora<sup>32</sup> y que, de una u otra suerte, acabarían gozando del apoyo inequívoco de aquel cardenal Herrera Oria que si originariamente se había mostrado como un gran admirador de la estrategia del hitlerianismo para hacerse con el poder en la República de Weimar, sería también partidario de la práctica jurídica y política de éste para, desde el respeto al principio de legalidad y negando el principio de legitimidad, proceder a la aniquilación total del Estado constitucional y su sustitución por el totalitarismo nacional-socialista. Proyectos todos éstos que, en la medida en que venían a negar todos, o al menos la mayoría, de los principios y valores sobre los que cimentaba el régimen de nuestra Segunda República, jamás podrían ser considerados como auténticas reformas, sino, por el contrario, como la perpetración de un auténtico “*fraude à la Constitution*”, en virtud del cual se procedería a “la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de

<sup>31</sup> Véase Balmes, J., “Reforma de la Constitución”, en Balmes, J., *Política y Constitución*, Madrid, 1988.

<sup>32</sup> Véase Alcalá-Zamora, N., *Los defectos de la Constitución española de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, Madrid, 1981.

un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente” (P. de Vega).

Como es conocido, frente a tales pretensiones se posicionaría Azaña en múltiples ocasiones. Entre ellas, merece la pena recordar tan conocidas como no siempre bien entendidas, sentencias del 11 de febrero y del 16 de abril de 1934. En la primera, el político de Alcalá de Henares advertiría que:

La República ante todo; la Constitución está por encima de todos nosotros, republicanos y no republicanos, funcionarios o no funcionarios, políticos o no políticos, pero dentro de la Constitución, y saliéndose por encima de ella, está la República, que es antes que la Constitución. En el orden del tiempo y en el orden político moral, antes que la Constitución está la República, y por encima y antes que la República está el impulso soberano del pueblo que la creó, y si a nosotros se nos va desalojando de posición en posición, iremos a la República y de la República iremos a aquel impulso popular que la trajo, para gloria de España.

En la segunda, el entonces expresidente del gobierno de la República adoptaría una fórmula todavía más contundente y radical: “La Constitución tiene un espíritu y una letra... decimos que lo que nos importa de la Constitución es su fin y su propósito y conocemos que su armadura se hizo para eso, y por encima de la Constitución está la República, y por encima de la República, la revolución”. Expresiones con las que Azaña lejos de llamar a la insurrección, no hacía más que recordar el contenido central del principio democrático, conforme al cual el soberano decide por el principio mayoritario y su voluntad, precisamente por ser la del soberano, se impone a todos, y que Wise<sup>33</sup> había sintetizado en la idea de que, como consecuencia de la celebración del pacto social:

Un Voto o un decreto [la Constitución] debe inmediatamente establecer una particular forma de Gobierno sobre ellos, Y si han convenido en el primer *Compact* una cláusula expresa de que se estará en todo lo concerniente a la forma de Gobierno a la decisión resultante del primer Voto: Todos ellos estarán obligados por la mayoría a aceptar la forma particular así establecida, aun cuando su propia Opinión privada, les incline hacia algún otro modelo.

<sup>33</sup> Cfr. Wise, J., *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity Divine Providence has put upon it*, Boston, 1717.



### III. LAS DIFICULTADES DE LA COMPRENSIÓN DE LA REVISIÓN EN EL MARCO DE LA VIGENCIA DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN

Sea de ello lo que sea, es cierto que el entendimiento de la reforma como instituto de defensa del orden constitucional vigente tampoco mejoraría una vez que fue aprobada y entró en vigor la actual Constitución. Una buena prueba de ello nos lo ofrece la resistencia que la clase política, la clase jurídica y una buena parte de la clase académica ha mostrado a la puesta en marcha del *amending process*. Al menos esto ha sido así durante mucho tiempo. Piénsese, en este sentido, que incluso en 1992 la revisión se hizo única y exclusivamente como consecuencia de que el Tribunal Constitucional descartó la posibilidad de la adaptación del artículo 13.2 a las exigencias del Tratado de Maastricht a través de la *Verfassungswandlung*, y afirmase que la única manera posible de reformar la Constitución de manera válida, lícita y legítima era la misma que se verificará como un supuesto de lo que Schmitt<sup>34</sup> denominó “reforma constitucional de la Constitución”, que es, por lo demás, la única que resulta admisible en un sistema de Constitución rígida (Jellinek,<sup>35</sup> Carré de Malberg, etcétera), realizada con la observación del procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional.

Lo de menos sería detenernos a discutir sobre si esta negativa a la posibilidad de efectuar modificaciones formales en el texto constitucional se debió al muy noble intento —que, aunque sin una prescripción constitucional expresa al respecto, enlazaría con aquella práctica que, como señala, por ejemplo, Barthélemy,<sup>36</sup> estuvo muy extendida en los momentos revolucionarios en los que se instauraba un régimen político nuevo y radicalmente distinto al precedente—, de tratar de lograr que la Constitución adquiriera una cierta antigüedad que, a la postre, terminase por generar un “sentimiento constitucional” y una verdadera “voluntad constitucional”, aunque, para ello, hubiera de renunciarse a introducir en ella las modificaciones que fuesen de menester para corregir los errores técnicos que la propia clase política reconocía, o si, por el contrario, lo que aquella negativa traslucía no era más que la precariedad de la vida democrática española y la existencia de un muy escaso sentimiento constitucional que, primeramente y como sucede en todas las comunidades políticas donde esta circunstancia se verifica, tiende a restringir al máxi-

<sup>34</sup> Cfr. Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982.

<sup>35</sup> Cfr. Jellinek, G., *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991.

<sup>36</sup> Cfr. Barthélemy, J. y Duez, P., *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1933.

mo la operatividad de la revisión a la que se contempla con recelo, y que, en definitiva, en el plano histórico se había concretado en el hecho de que, al no ser capaz nuestra clase política de entender que, con la técnica de la *Verfassungsänderung*:

No se trata de que, a través de la reforma, se vulnere la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino, justamente al contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad constituyente (de la Constitución material) en la Constitución formal elaborada en el préterito. Lo que explica que sea en la técnica de la reforma donde terminan por confluir los supuestos políticos y los imperativos jurídicos de lo que, forzosamente, ha de dar cuenta un Derecho constitucional que, consciente de su propio contenido, abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídico-normativa (P. de Vega).

De aquella proverbial identificación a la que antes aludíamos entre la apertura del proceso de reforma con la derogación del documento de gobierno vigente y su sustitución por otro nuevo. Aunque, no obstante, no podemos dejar de indicar que parece que es esta última alternativa la que más ha pesado en la inicial actitud de la clase política, la académica y la judicial. Es menester recordar que la negativa a la realización de modificaciones formales del texto, incluso en aquellas materias en las que se reconocía la existencia de un grave error técnico en la decisión del Constituyente y que su mantenimiento podría incluso deparar la disolución del cuerpo político mismo, así como la búsqueda de vías alternativas para la verificación de las transformaciones constitucionales deseadas (LOAPA, reforma del Reglamento del Senado, etcétera), y que, en cuanto que implican la utilización de procedimientos subrepticios para operar aquéllas, debieran ser considerados como claramente condenables (P. de Vega), se justificó siempre, y tanto por parte de los profesores universitarios, como por parte de los prácticos de la política y los del derecho, apelando a la idea de que la apertura del proceso de revisión, equiparado en todo al propio proceso constituyente, comportaba, siempre, una serie de riesgos y peligros políticos que, a la postre, se diría, podrían llegar a la derogación de la actual Constitución y su sustitución por otra nueva.

Y así las cosas, lo que debemos preguntarnos es si esta actitud temerosa de los operadores jurídicos y políticos frente a la hipótesis de la reforma, no comportaba, en realidad, un riesgo, como mínimo igual que el que pretendían eludir, para la vigencia efectiva y real del propio código

constitucional (O. Alzaga).<sup>37</sup> Riesgo éste que, en todo caso, y desde la más elemental lógica jurídica y política, terminaría por ser mucho mayor que el posible peligro derivado de su modificación. Sobre todo porque, como, con total acierto, indicó Heller, “todo derecho positivo está incuestionablemente sujeto al flujo de la historia; un derecho inmutable significaría tanto como vida muerta”. Téngase en cuenta, a este respecto, que, como, respondiendo, desde una óptica general, a esta justificación para no acudir a la puesta en marcha del *amending process*, advirtió De Vega, que quienes así actuaban parecen olvidar:

Que políticamente toda reforma encierre riesgos para el prestigio y la propia eficacia normativa de la ley fundamental, no implica en modo alguno que las reformas hayan de ser sistemáticamente eludidas. La reforma no debe interpretarse como un capricho político sino como una necesidad jurídica. Por ello, la pregunta... sobre cuándo es el momento oportuno para utilizar el procedimiento formal de la reforma, sólo admite una respuesta: la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria.

Es desde esta perspectiva desde donde la amenaza para el mantenimiento, y profundización, del régimen constitucional se muestran de modo incontrovertido. Es menester tomar en consideración que cuando la clase política de un determinado Estado se niega de modo sistemático a la puesta en marcha del procedimiento de reforma, lo que sucede es que al no permitir la modificación formal del documento de gobierno que permita la constante, y deseable, adecuación entre la realidad jurídico-normativa y la realidad política, social y económica subyacente, la Constitución formal quedará obsoleta y, en consecuencia, se verá incapacitada para conducir el proceso político democrático. Pero, además, y en el mismo orden de ideas, no podemos olvidar que lo que la historia nos enseña es que la vigencia real y efectiva de los textos constitucionales se ha visto también seriamente afectada cuando los operadores jurídicos y políticos de la comunidad política, optando por desatender la inevitable dinámica de la vida estatal, han mostrado una radical resistencia a la posibilidad de llevar a cabo reformas. Y ello, por la sencillísima razón de que, en tales supuestos, lo que ha sucedido, siempre y sin excepción, es que se han hecho reales aquellas acertadas observaciones realizadas, por ejemplo, por Bryce<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Cfr. Alzaga Villaamil, O., “Entre el santo temor a la reforma de la Constitución de 1978 y la conveniencia de pensar en ella”, en Lamo de Espinosa, E. y Pardo, E. (eds.) *et al.*, *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española*, Madrid, 1996.

<sup>38</sup> Cfr. Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1988.

y Friedrich<sup>39</sup> de que, por decirlo con este último, “Todo orden político está sujeto a cambio y a menos que se adopten los medios necesarios para adaptar constantemente a las instituciones que implican valores, intereses, creencias, dicho cambio puede asumir formas de violencia, ya sea esporádica... ya sea total, como es el caso de la revolución política”.

De cualquier modo, lo que nos interesa señalar es que si la entrada en vigor del texto de 1978, y a pesar de que, rememorando *a contrario* el juicio de Mortati sobre la Constitución alemana de 1919, se haya venido afirmando la gran virtud de la actual Constitución en tanto que, se dice, ha sido el único documento de gobierno español que ha sido capaz de crear una verdadera realidad constitucional y, por ende, de generar un cierto sentimiento constitucional entre los españoles, no ha venido acompañada de un ponderado y cabal entendimiento de la *Verfassungsänderung* que, en último término, permitiese comprenderla como una institución básica para asegurar la continuidad de la propia Constitución y no como un medio para destruirla, mucho menos podría hacerlo para solucionar el problema de la existencia, o inexistencia, de límites materiales a la actuación del poder de revisión. En efecto, la entrada en vigor del actual código constitucional, y pese al hecho de que éste se inspira, y trata de hacer realmente efectivos, en los principios democrático y de supremacía constitucional, no ha supuesto que la clase política y jurídico-práctica española pase a comprender que el legislador de reforma es, aunque ciertamente extraordinario en tanto se encuentra legitimado para actuar en el nivel de la ley constitucional, tan solo un poder constituido que, por ello mismo, se encuentra constreñido a desarrollar su actuación en el marco, y con absoluto respeto, de la voluntad del *Pouvoir Constituant* originario. Lo que contrasta con la que ha sido la regla general en todos aquellos supuestos en los que el Estado ha pasado de un régimen autocrático o, como mínimo, autoritario a uno de carácter democrático.

El supuesto alemán nos ofrece un magnífico ejemplo al respecto. En efecto, en modo alguno puede entenderse como algo casual el que fuera en la República de Weimar donde, rompiendo con el criterio del monarquismo constitucional, y pese al silencio que mantenía el texto de 1919 sobre el particular, tanto los prácticos de la política —naturalmente, los que eran partidarios del sistema democrático—, como los estudiosos del Estado, el derecho y la política comenzaran a plantearse la existencia de límites materiales implícitos a la reforma (O. Bühler),<sup>40</sup> y que, acaso,

<sup>39</sup> Cfr. Friedrich, C. J., *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968.

<sup>40</sup> Cfr. Bühler, O., “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y co-

encontró en Heller<sup>41</sup> su más brillante defensor. Como tampoco puede entenderse como algo casual el que, aniquilada por completo, y en muy buena medida gracias a la coartada que le proporcionaba el positivismo jurídico formalista a ultranza,<sup>42</sup> la Constitución de 1919 por el nacional-socialismo, y terminada la Segunda Guerra Mundial, tanto los prácticos de la política como los teóricos del Estado, el derecho y la política alemanes se esforzasen en afirmar que, como hace, por ejemplo, Hesse,<sup>43</sup> la reforma como mera operación jurídica que es y debe ser, está siempre limitada por la propia Constitución que se pretende reformar, incluso aunque no existan cláusulas de intangibilidad.

Que lo anterior es así, es algo que resulta difícilmente discutible. En efecto, cualquier observador de la dinámica política y jurídica española, y ya se trate de algún estudioso del Estado, el derecho y la política o de un ciudadano ordinario, o ya se trate de un ciudadano español o de algún curioso extranjero, puede además constatarlo con toda facilidad y, en todo caso, comprobar cómo aquella circunstancia se ha ido agravando con el mero transcurso del tiempo.

La actitud mantenida por el nacionalismo catalán y vasco constituye, sin disputa, la mejor prueba al respecto. De todos es conocido que a partir de 1993 las organizaciones políticas del conservadurismo catalanista y vasquista se han esforzado por hacer real lo que podemos llamar su programa de máximos. El cual realmente no consiste tanto en el acceso de Cataluña y el País Vasco a la condición de Estados independientes que no habrían de tener ningún tipo de vinculación y relación con el Estado español, cuanto en la puesta en marcha de aquella organización confederativa soñada por Prat de la Riba<sup>44</sup> que, como unión de comunidades políticas soberanas y libres, se extendería desde Lisboa hasta el Ródano y que, bajo la sabia dirección de catalanes y vascos —de quienes, de conformidad con los presupuestos del nacionalismo romántico, irracional y

mentario sistemático a sus preceptos” (1922/ 1929), en el vol. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid, 2010.

<sup>41</sup> Cfr. Heller, H., “Libertad y forma en la Constitución del Imperio” (1929/1930), y “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana” (1931), ambos en Heller, H., *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, 1996.

<sup>42</sup> Sobre este particular, cfr., por todos, y por comodidad, Ruipérez, J., “La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada Teoría Constitucional de Weimar”, en León Bastos, C. y Wong Meraz, V. A. (coords.) et al., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010.

<sup>43</sup> Cfr. Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 11a. ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1978.

<sup>44</sup> Véase Prat de la Riba, E., *La nacionalidad catalana* (1906), Valladolid, 1917.

etnicista que, en aquel tiempo, venía defendiendo, e imponiendo en la práctica, el monarquismo alemán (H. Heller) que, de una u otra suerte, tomaban como referencia ideológica (S. Juliá), se predicaba, por parte de ellos mismos, una cierta superioridad sobre el resto de los pueblos ibéricos—, estaba llamada, dando cumplimiento a la que ha sido la regla general del comportamiento de todos los nacionalismos romántico-irracionales y espirituales (P. De Vega), a erigirse en una de las grandes potencias europeas y que, en todo caso, estaba llamada a civilizar a los pueblos inferiores, en el sentido de que, como escribió el político catalán, lograda la desintegración del viejo Estado español:

Será hora de trabajar para reunir a todos los pueblos ibéricos desde Lisboa hasta el Ródano dentro de un solo estado, de un solo imperio; y si las nacionalidades españoles recientes saben hacer triunfar este ideal, saben imponerlo como la Prusia de Bismarck impuso el ideal del imperialismo germánico, podrá la nueva Iberia elevarse al grado supremo de imperialismo: podrá intervenir activamente en el gobierno del mundo con las otras potencias mundiales, podrá otra vez expansionarse sobre las tierras bárbaras y servir a los altos intereses de la humanidad guiando hacia la civilización a los pueblos rezagados e incultos.

No hace falta realizar un hercúleo y sobrehumano esfuerzo intelectual, para comprender que la ejecución de este programa de máximos del catalanismo y el vasquismo requiere, de manera ineludible, la consecución de dos condiciones previas para su hipotética culminación definitiva. La primera de ellas, el reconocimiento de que, a diferencia del resto de las comunidades autónomas que, como partes integrantes de un Estado políticamente descentralizado, solo pueden —como afirmó correctamente Friedrich<sup>45</sup> y, de algún modo, se aceptó en la STC 4/1981—, presentarse como titulares de derechos de autonomía, Cataluña y Euzkadi se configuran como sujetos soberanos, de alguna forma independientes y, en todo caso, miembros, por ellos mismos, de la comunidad internacional. De ahí, justamente, el que, de manera absolutamente infundada, defiendan que, pese a que el Constituyente rechazó tajantemente positivizar el *ius secessionis* y que, además, y como, con total contundencia y acierto, han señalado, entre otros, Kelsen y La Pergola,<sup>46</sup> es tan solo la constitucionalización de

<sup>45</sup> Cfr. Friedrich, C. J., *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruselas, 1971.

<sup>46</sup> Cfr. Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, 15a. ed., México, 1979; La Pergola, A., “La Confederación. 2. La forma moderna: «el federalismo y sus contornos»”, en La Pergola, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

éste lo que haría que la posibilidad de su ejercicio pudiera comprenderse como una hipótesis válida, lícita y legítima, Cataluña y el País Vasco son titulares del derecho de secesión y que, dada su condición de sujetos soberanos, pueden ejercerlo en cualquier momento. La segunda, por su parte, se traduce en su empeño, por lo demás constante en su actuación histórica, en que se reconozca que una y otra colectividades se encuentran en una situación de total y absoluta igualdad con el Estado español, tanto en el plano internacional como en el orden político-jurídico interno.

De todos es conocido que, contando con la cobertura pseudo-científica que les presta el más conspicuo defensor del principio y las ideas monárquicas en la España actual (M. Herrero de Miñón), y apelando a la idea —claramente tributaria de aquella tesis que, partiendo de las especulaciones tanto de von Gierke como de Jellinek, había puesto en circulación Preuss y que habían acabado por convertirse en el contenido nuclear de la teoría y la práctica del sindicalismo revolucionario en el periodo entre guerras y su concepción descentralizadora del Estado, y que con tanta razón había criticado Heller—, de los derechos históricos comprendidos como fundamento último, junto, en el mejor de los casos, con la Constitución, del autogobierno del que gozan en la actualidad Cataluña y Euzkadi —pretensión ésta que si bien había sido rechazada, de modo tan contundente como correcto, por nuestro custodio constitucional en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, ha terminado, sin embargo, y desdeñando las enseñanzas que se derivan de la antes aludida crítica de Heller, y que, en última instancia, se concretan en que el autogobierno de las colectividades particulares del Estado federal no puede invocar otro fundamento, ni puede hallar otra justificación, que la de la voluntad soberana del Poder Constituyente originario, por ser aceptada por éste en la STC 31/2010, del 28 de junio, en la que, en su empeño por salvar la constitucionalidad del Estatuto catalán de 2006, propondrá que los derechos históricos deben ser interpretados no como reflejo de la situación de la que gozaba Cataluña en el momento de la creación del Estado español y que, por ceder a las pretensiones del monarca absoluto (F. Pi y Margall, M. Azaña), se mantuvo hasta el acceso al trono de Felipe V, sino al acceso al autogobierno bajo la vigencia de la Constitución de 1931—, no encontrarán obstáculo alguno las fuerzas del catalanismo y vasquismo para que sus reivindicaciones, diga lo que diga la actual Constitución, puedan verse satisfechas. Es más, lo que ocurre es que, admitiendo que el reconocimiento constitucional de la soberanía de Cataluña y el País Vasco, así como la de su pretendida titularidad de un *ius secessionis*, que tratan de justificar por la condición de éste de derecho humano, tiene un muy



mal encaje en el marco de un texto que proclama que, por un lado, “La soberanía nacional reside en el Pueblo español”, y, por otro, y recogiendo el espíritu de las enmiendas presentadas por los diputados Fraga Iribarne y Carro Martínez favorables a la consagración de una cláusula de intangibilidad en tal sentido —propuesta que, sin embargo, fue rechazada, pero que no por ello permite afirmar que, aunque siempre condicionado por aquel carácter temporal e históricamente cambiante de la voluntad del soberano a la que ya se había referido, por ejemplo, Rousseau,<sup>47</sup> la unidad del Estado español no es un límite material absoluto para la actuación del poder de reforma, y que por ello mismo únicamente podría ser derogado por la actuación de un nuevo *Pouvoir Constituant* como sujeto fáctico, político existencial, revolucionario que se define por ejercer un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido, formal y material, de su voluntad—, que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”, lo que el nacionalismo conservador catalán y vasco nos proponen es que se realice una “segunda lectura”, “relectura”, “interpretación generosa” o “interpretación en sentido positivo” de los artículos 1.2 y 2o., a través de las cuales, y dando a estos preceptos un sentido y una significación que realmente no tienen y que, además, resulta claramente incompatible con los que les quiso atribuir el Constituyente, hagan viables sus pretensiones. Interpretación generosa, o en sentido positivo, ésta que, ni que decir tiene, solo podría tener lugar desde la plena, total e incondicionada aceptación de la comprensión de las modificaciones no formales de la ley constitucional mantenida por la vieja Escuela Alemana de Derecho Público, en cuyo marco resulta imposible diferenciar los posibles supuestos de *Verfassungswandlung*, que, como facultad constitucional que se desarrolla dentro de la Constitución y, en todo caso, con respeto a la voluntad del Poder Constituyente originario, ha de entenderse siempre como una operación válida, lícita y legítima, y los supuestos de *faussement de la Constitution*, que, en cuanto transgresiones del orden constitucional, han de considerarse siempre, como prácticas inaceptables en el marco de un Estado constitucional democrático.

No es éste, y siquiera sea por razones de espacio, el momento oportuno para detenernos a discutir sobre la viabilidad o inviabilidad del proyecto que, respondiendo a su programa de máximos, defiende hoy, y sobre todo desde 2003, el catalanismo y el vasquismo, ni sobre la validez o invalidez de las modificaciones no formales de la actual Constitución propuestas

<sup>47</sup> Cfr. Rousseau, J.-J., *Du Contrat Social ou principes de Droit Politique* (1762), París, 1966.

por aquellas organizaciones políticas y que han encontrado una cierta cobertura intelectual con los escritos de Herrero de Miñón en su condición de político práctico conservador y de jurista que actúa desde el principio y las ideas monárquicas. De ello me he ocupado ya en algún otro lugar, y allí me remito.<sup>48</sup> Aunque, no obstante, no quisiera dejar de señalar que para mí, y porque parto de la lógica que se deriva del principio y las ideas democráticas, la única conclusión a la que puede llegarse es que, por muy legítimas que sean sus aspiraciones en el plano ideológico, y que por mucho que, en tanto que el régimen democrático se define, como, entre otros, ha señalado Kelsen,<sup>49</sup> desde la idea de “Democracia —se ha dicho con todo acierto, es discusión”, estén siempre legitimados para defenderlas en el orden político, las pretensiones del vasquismo y del catalanismo conservadores no resultan factibles en el marco de la Constitución de 1978, y al menos mientras se afirme la vigencia real y efectiva de ésta.

Lo que nos interesa es que frente a cualquier objeción que se formule a sus pretensiones de transformar el orden constitucional actual a través de modificaciones no formales del texto, las fuerzas del nacionalismo romántico, espiritual, conservador catalán y vasco han ofrecido siempre la misma respuesta. Respuesta que, aunque con distintas formulaciones, se concreta en la siguiente proposición: el hecho de que la Constitución atribuya la soberanía al conjunto del pueblo español, y, en consecuencia, haga imposible la consideración de que la soberanía en España pertenece al rey, como representante de lo que se ha dado en llamar la “España pequeña”, a Cataluña y al País Vasco, por un lado, o que el Constituyente de 1977-1978 hubiera consagrado la unidad del Estado y que, además, la proyecte hacia el futuro, por otro, no puede entenderse como un límite absoluto e infranqueable que hiciera inviable el reconocimiento, y por la vía que sea, de la condición de sujetos soberanos de las comunidades catalana y vasca, o de su derecho a secesionarse, en cualquier momento, y de manera unilateral, del Estado español. Y, en su opinión, esto es así por cuanto que, a tenor de lo dispuesto en su título X, la Constitución puede ser reformada.

No hace falta ser en exceso perspicaz para darse cuenta de que, de modo involuntario e inconsciente o de forma voluntaria y plenamente

<sup>48</sup> Cfr. Ruipérez J., “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en Roura, S. y Tajadura, J. (dirs.) *et al.*, *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Madrid, 2005.

<sup>49</sup> Cfr. Kelsen, H., “Forma de Estado y visión del mundo” (1933), en Correas, O. (comp.), *El otro Kelsen*, México, 1989.

consciente, lo que el nacionalismo conservador catalán y vasco hacen es repetir los argumentos que en el periodo de la transición política habían utilizado los llamados “aperturistas” o “reformistas” dentro del *stabilisment* franquista que, olvidándose de la verdadera esencia del instituto de la *Verfassungsänderung* y que, en rigor, una tal operación se presentaría como un indiscutible y manifiesto supuesto de fraude constitucional (P. de Vega), defendían la posibilidad de operar el tránsito del totalitarismo a la democracia constitucional desde el más puro respeto a la legalidad franquista. Nos referimos, claro está, al que, con De Vega,<sup>50</sup> podemos llamar “reformismo conciliador” que:

Frente al continuismo más intrépido y reaccionario, la postura de la reforma entiende que es absolutamente necesario proceder al desmantelamiento jurídico-institucional del régimen... Frente a la tesis de la ruptura democrática considera... que no es obligado apelar a la apertura de un proceso constituyente para dotar al país de un ordenamiento constitucional operativo y democrático. Para ello, bastaría con recurrir a una vieja técnica jurídica, recogida también España (artículo 10 de la Ley de Sucesión), como es la técnica de la reforma constitucional.

No es menester dedicar mucho espacio a explicar la causas del porqué se produce esta coincidencia entre el reformismo conciliador y las actuales fuerzas del nacionalismo romántico-espiritual conservador catalanista y vasquista. Las mismas han de ser evidentes para todos aquellos estudiosos del derecho, la política y el Estado que, siguiendo la feliz orientación helleriana y devegiana, entienden que porque toda solución normativa, y toda propuesta de la misma, responden a una determinada concepción política que la inspira, no es posible obtener una ponderada y cabal comprensión del derecho constitucional vigente en un Estado prescindiendo de las ideas políticas y constitucionales. Quien así actúe, no tendrá, en efecto, ninguna dificultad para descubrir que el motivo de la coincidencia se encuentra en el hecho de que unos y otros niegan el dogma político de la soberanía del pueblo, conforme a la cual los hombres, en su condición de ciudadanos de una determinada comunidad política que es, y solo puede ser, creada por ellos, no solo son capaces de gobernarse a sí mismos, sino que, además, se presentan como el único sujeto legitimado para decidir sobre los modos y las formas en que van a ser gobernados en el futuro y cuyas decisiones

<sup>50</sup> Cfr. Vega, P. de, “Tendencias y problemas del constitucionalismo español actual”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/712/22.pdf>.

soberanas, precisamente por ser tales, se imponen y han de ser observadas por todos, incluidos, y sobre todo, los gobernantes, en la medida en que en el marco de un Estado que se apoya en la soberanía popular, y no en la del gobernante propia del absolutismo y de las autocracias, éstos ejercen tan solo una representación magisterial que:

Debe concebirse, en su duración y aun en sus decisiones independientes como una institución subordinada al pueblo. En la democracia contemporánea, la subordinación jurídica de los representantes ha alcanzado un grado altísimo, que nos obliga a hablar de la supremacía del pueblo como unidad sobre el pueblo como pluralidad. De esta manera, queda excluida cualquier forma de soberanía de los órganos estatales y, al mismo tiempo [y de un modo bien diferente a lo que pretendía el monarquismo constitucional alemán, que, no lo olvidemos, es el que subyace en la actuación de los partidos nacionalistas conservadores de ámbito regional], quedan identificadas la soberanía del pueblo y la soberanía del estado (H. Heller).

Que el totalitarismo fascista, del que el franquismo no era más que una mera variante, niega la teoría democrática del Poder Constituyente del pueblo es algo que nadie puede negar. Heller<sup>51</sup> se encargó de ponerlo claramente de manifiesto, así como el que los partidarios del totalitarismo fascista acudieron muy gustosamente a todo aquel aparato conceptual del más radical de los positivismos jurídicos formalistas, que es el que, al servicio de los intereses de aquel monarquismo constitucional con el que se pretendía operar la vuelta a los esquemas políticos del absolutismo, fue puesto en circulación por la Escuela Alemana de Derecho Público y que, bien conocido es, había sido elaborado partiendo del principio y las ideas monárquicas, para su definitiva aniquilación fáctica.

Tampoco, y desde el mismo orden de consideraciones, es discutible que el vasquismo y el catalanismo conservador, en cuanto que movimientos claramente antidemocráticos, sentían en su origen la misma aversión a la soberanía del pueblo que había sentido su muy admirado von Bismarck cuando puso en marcha el modelo de la monarquía constitucional con la que, como advierte Heller, se operaba un retroceso de al menos tres siglos en la evolución del pensamiento político. Lo que, acaso, pudiera discutirse es si esa enemiga sigue definiendo la actuación de aquéllos. Planteado en tales términos el debate, nos encontramos con que la

<sup>51</sup> Cfr. Heller, H., “Europa y el fascismo” (1929), en Heller, H., *Escritos políticos*, Madrid, 1985.

respuesta a este último interrogante ha de ser contestada de una manera claramente positiva. Y ello, por la sencillísima razón de que no otra cosa cabe entender cuando, en aquellos trabajos elaborados para tratar de satisfacer los intereses del nacionalismo conservador de ámbito regional, el monárquico Herrero de Miñón afirma que uno de los más grandes obstáculos que existen para entender la Constitución en general, y la española de 1978 en particular, se encuentra en el dato de que las grandes teorías del Estado y de la Constitución del siglo XX, debidas a que las concepciones normativistas y decisionistas, se empeñaron en conceptualizarla desde:

La noción de soberanía como poder supremo, absoluto e indivisible; de decisión soberana del constituyente que cristaliza en una norma suprema... Tanto normativismo como decisionismo son vías erróneas para explicar lo que una Constitución es... Son caminos erróneos porque errónea es su raíz: la noción de soberanía como un poder incondicional, ilimitado, absoluto... A mi juicio, hay que desandar el camino más andado y volver a los orígenes, volver a la encrucijada donde se tomó el mal camino para encontrar otra vía. Hay que llevar a cabo una destrucción heideggeriana de la interpretación decisionista y normativista de la Constitución, para concluir que la Constitución en general y la Constitución española en particular, es un pacto, un gran pacto de Estado, y como tal pacto ha de ser interpretada... Efectivamente, si a través de esa destrucción heideggeriana se diluye la costra de tópicos... que se han construido en torno al normativismo y decisionismo, encontramos que, bajo la norma, lo que existe es un pacto, un compromiso. Lo es así históricamente, desde los viejos tiempos en que se acuñara la célebre expresión romana según la cual *Lex est communis reipublicae sponsio*, frase que... ha llegado a constituir... la esencia del constitucionalismo. Sin consentimiento de las partes, no existe ley... Pero siempre cabrá preguntarse por lo que hay debajo de esa decisión. Y resulta que debajo de la decisión también nos encontramos con el pacto y el compromiso. Porque ni en la Ciudad Antigua, ni en la moderna sociedad industrial o postindustrial existe una unidad política homogénea e indivisa.

No ha de resultar complicado de comprender que porque se trata de la misma pretensión, y que, además, es idéntico el fundamento al que se recurre para justificarla, sean también iguales los interrogantes que suscitan al constitucionalista tanto lo propuesto en su día por el reformismo conciliador, como lo que en nuestros días defiende el nacionalismo conservador catalán y vasco. Esto es, lo que ocurre es que si en relación con la transformación jurídica y política propuesta por el reformismo franquista,

el profesor De Vega, con la claridad, rigor y brillantez que siempre le han caracterizado, pudo escribir que “planteado el problema en su dimensión más neta y contundente, la pregunta que se nos impone y a la que es constrictivo dar algún tipo de respuestas es: ¿Puede desde el horizonte del jurista servir la reforma constitucional en España como solución de tránsito de un régimen no democrático a un régimen democrático?”, podemos, y debemos, nosotros también plantearnos hoy la cuestión de si, como defienden los prácticos de la política adscritos al nacionalismo romántico espiritual y conservador de ámbito regional, y, por lo demás, es admitido por algunos teóricos del derecho y de política, puede servir la técnica de la revisión constitucional, que, en última instancia, siempre ha de concretarse en una operación jurídica que se realiza dentro de una determinada ley constitucional y que, en todo caso, solo puede reputarse legítima, lícita y válida cuando se lleva a cabo con el más absoluto respeto a lo ordenado por el *Pouvoir Constituant* originario, para operar el tránsito del actual estado de las autonomías, que es una comunidad política única, a aquella “organización federativa” soñada por Prat de la Riba, la cual, en la medida en que no pasaría de ser una unión de Estados soberanos, solo podría ser entendida como un supuesto de *Staatenbund* que, como tal, estaría regida no por una Constitución, sino por una norma jurídica que tendría, obligadamente, un inequívoco carácter internacional o interestatal.

Lo de menos sería detenernos aquí a discutir sobre la idoneidad o inidoneidad política de las propuestas del nacionalismo conservador catalán y vasco para la adecuada ordenación de las relaciones entre los diversos pueblos ibéricos. Problema éste que excede el campo de acción del estudio de Estado, la política y el derecho, en la medida en que la respuesta que se le dé tiene tan solo un carácter político-ideológico. Lo que nos ha de interesar, sobre todo en el marco de un escrito sobre la *Verfassungsänderung*, es tan solo el resolver el problema de si una tal transformación podría o no hacerse y presentarse como una operación jurídica válida, lícita y legítima, en el ámbito de vigencia de la Constitución de 1978, que cierra la puerta a cualquier hipótesis del ejercicio del derecho de secesión.

En este último sentido, es menester señalar que también en este punto va a producirse la coincidencia entre las tesis amparadoras de las pretensiones del reformismo conciliador de la transición y las que hoy se formulan en defensa de los intereses del catalanismo y vasquismo conservadores. En efecto, tengo para mí que siguen gozando de total actualidad las palabras que, en su momento y desde la lógica del Estado constitucional democrático, dirigió el maestro De Vega a las aspiraciones del reformismo conciliador. Me refiero, en concreto, a sus asertos de que:

Efectivamente, desde el ángulo político, observamos con frecuencia los más peregrinos argumentos utilizados con eficacia para nutrir y dar prestigio a toda clase de ensoñaciones ideológicas. Nada tiene de sorprendente... que en ese cúmulo de apelaciones ideológicas peregrinas se recurra con éxito... a la argumentación jurídica... La cuestión estriba en si, desde los imperativos y el rigor que la ciencia imponen, el científico del derecho, desde su campo de acción intelectual, considera justificable o no hablar en España de reforma constitucional... Para un positivismo decadente y sombrío la respuesta sería obvia... A tenor de esta disposición [se refería De Vega al art. 10 de la Ley de Sucesión, y hoy se trataría del Título X del Texto de 1978], donde se reconoce la posibilidad de la reforma y el procedimiento de la misma, ese positivismo decadente, elemental y sombrío —y que en España tiene adeptos por doquier— nos diría que, puesto que la reforma está en la ley, es perfectamente legítimo hablar de ella.

Así como el que los “juristas que debemos tener un gran respeto por la legalidad, debemos igualmente tener el ojo avizor para no caer en las trampas que pudiera tendernos. Muchas veces, es lo cierto, nos movemos entre fantasmas. Pero lo que no podemos nunca es convertirnos en empresarios de la fantasmagoría”.

Sea de ello lo que sea, lo que ha de retenerse es que, porque, en absoluta coherencia con los presupuestos político-ideológicos que sirvieron de base para su aparición histórica y, además, en lógica consecuencia con las concepciones jurídicas que servían de apoyo a aquél modelo, se parte de la más radical, total y absoluta negación del principio democrático, el nacionalismo conservador catalán y vasco admitirá tan solo la existencia de los límites formales. Esto es —y aunque ello no deja de encerrar una evidente contradicción en tanto que los límites formales no son más que la lógica y obligada consecuencia de la supremacía constitucional, y que ésta tan solo adquiere auténtica entidad y realidad cuando, como ha puesto de manifiesto el doctor De Vega, su eficacia real se presenta como el resultado de la transformación del dogma político de la soberanía del pueblo en el principio jurídico de la supremacía de la Constitución—, las fuerzas partidistas del catalanismo y vasquismo conservadores, así como todos aquellos juristas, teóricos y prácticos, que ponen todo su ingenio al servicio de éstos, afirmarán que el único límite que puede encontrar en su actuación el legislador de reforma será el que, de acuerdo con las concepciones formalistas del positivismo jurídico más radical, se deriva de su obligación de observar el procedimiento previsto en el texto vigente para llevar a cabo su modificación formal.



Interesa, sin embargo, advertir que cuando el nacionalismo conservador vasco y catalán nos dicen que toda revisión ha de realizarse ateniéndose a estos límites formales, aquéllos, a diferencia de lo que suele ser común en el marco de la Teoría del Estado y de la Constitución, no están pensando tan solo en que el poder de reforma haya de dar plena satisfacción a todas las exigencias y requerimientos procedimentales que el Constituyente estableció en los artículos 167 y 168. Esto, para ellos, es un requisito indispensable e ineludible, pero en modo alguno suficiente para la válida aprobación de la reforma. Y es que, desde su singular concepción de la comunidad política en general, y del Estado políticamente descentralizado en particular, además de la más absoluta y escrupulosa observancia de los trámites procedimentales establecidos en aquellos preceptos, de la consecución de las mayorías parlamentarias en ellos consignadas y, por último, y en su caso, obtener el voto favorable a la modificación formal propuesta de la mayoría simple del cuerpo electoral en su conjunto en un referéndum que es obligatorio en el caso del *amending process* agravado previsto en el artículo 168, y facultativo en el caso de las reformas parciales ordinarias a las que se refiere el artículo 167, que, en su opinión, y a pesar de la participación que catalanes y vascos, como componentes del Pueblo español, tienen en dichos procedimientos, no representaría más que la voluntad unitaria de la “España pequeña”, entendida como una de las partes del llaman “Reino de España”, para que la reforma sea válida, lícita y legítimamente aprobada es menester que se cumpla con un requisito más. Requisito que se concreta en que todo proyecto de reforma ha de ser aceptada por Cataluña y Euzkadi en su condición de sujetos distintos y contrapuestos tanto a la “España pequeña”, como al “Reino de España”.

Para cualquier jurista que no reduce la comprensión del derecho constitucional al mero aprendizaje memorístico de los preceptos constitucionales, ni al conocimiento acrítico de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ha de ser evidente que tal propuesta —que, por lo demás, y en tanto en cuanto supone la puesta en marcha de un *amending process* clara e indiscutiblemente distinto del que fue diseñado con carácter previo por el Constituyente de 1977-1978, se presenta ya como una alternativa inaceptable desde los más rígidos esquemas del positivismo jurídico kelseniano—, encierra una pretensión que va mucho más allá que la de la mera transformación por la vía de la interpretación del procedimiento legal-constitucionalmente previsto con carácter previo para la realización de cualquier modificación formal del texto. En efecto, lo que sucede es que el nacionalismo conservador catalanista y vasquista

enlaza, de un modo directo, aunque sin reconocerlo expresamente, con la concepción del Estado federal de Calhoun. Y lo hace, en todo caso, para tratar de obtener el mismo resultado al que aspiraba el político de Carolina del Sur cuando, como nos enseña La Pergola,<sup>52</sup> a pesar de que tal opción fue rechazada en la Convención de Filadelfia, se empeñaba en introducir, por la vía de la interpretación, la exigencia de la aceptación unánime de los miembros para la válida aprobación de cualquier revisión de la Constitución federal como mecanismo idóneo para asegurar que las colectividades-miembros mantendrían el *status* de Estados soberanos y, en consecuencia, aparecían como titulares de un derecho de secesión que podrían ejercer en cualquier momento.

El modo en que se justifica este nuevo requerimiento, no puede ser, en verdad, más simple. Y fue el monárquico Herrero de Miñón quien se encargó de llevar a cabo tal tarea, en cuyo análisis conviene detenerse.

Punto de partida de toda la construcción de Herrero es, de modo incuestionable, la concepción antidemocrática del Estado puesta en circulación por el monarquismo alemán de los Stahl y Treitschke, conforme a la cual los monarcas son anteriores y superiores a la propia comunidad política que ellos crean y gobiernan, y esta última es siempre, y de manera inevitable, anterior y superior a los individuos que habitan en ella. Que ello sea así, resulta fácilmente comprensible. Ha de tomarse en consideración que fue esa concepción de la comunidad política la que, a la postre, informó aquella idea, defendida ya por Jellinek<sup>53</sup> que tanto influjo ejerció en el más conspicuo defensor del principio y las ideas monárquicas en la España actual y que, en todo caso, tan oportuna resulta para la hipotética materialización del programa de máximos de las organizaciones partidistas del nacionalismo romántico, irracional conservador. Nos referimos a su tesis conforme a la cual, porque los *Länder* son anteriores al Imperio, sucede que las colectividades-particulares eran en el momento de la fundación del Estado alemán de 1871 titulares de un “poder originario de mando”, esto es, de unos derechos de soberanía, que ha de ser respetado en la medida de lo posible por la Constitución federal.

Ahora bien, no puede olvidarse que, en la medida en que la puesta en práctica real del Estado del constitucionalismo monárquico alemán, debida en muy buena medida a aquel von Bismarck que, por hegeliano,

<sup>52</sup> Cfr. La Pergola, A., *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Milán, 1969.

<sup>53</sup> Cfr. Jellinek, G., *Die Lehre von der Staatenverbindungen*, Viena, 1883.

y como advirtió Heller,<sup>54</sup> se oponía a la idea de la “libertad de los territorios”, conducía a una situación en la que, a pesar de que no faltaron quienes definieron el Imperio guillermino como una “República de Estados”, en la que el ejercicio de la soberanía correspondería al Emperador y a los Estados particulares de modo conjunto (Laband, Zorn, Brie...), lo que sucedía es que, como con total acierto y contundencia afirmaron Borel y Le Fur,<sup>55</sup> solo el emperador de Alemania, y mucho más por su condición de monarca prusiano que por la de ser emperador, puede ser considerado como el verdadero titular de la soberanía en el marco del Estado políticamente descentralizado. Circunstancia ésta que determinará que, aunque sin reconocerlo explícitamente, Herrero tuviera que abandonar los esquemas conceptuales derivados de las construcciones de sus, al menos teóricamente y formalmente proclamados como tales, muy admirados autores de la Escuela Alemana de Derecho. Lo que no resulta muy difícil de comprender. Al fin y al cabo, lo que ocurre es que si un tal esquema jurídico y político puede ser, y lo es, muy atractivo para quien, al menos desde 1972,<sup>56</sup> se presenta como el máximo defensor de la idea de que en el Estado solo el monarca puede ser entendido como el único y exclusivo titular legítimo de la soberanía, y no solo como el depositario del ejercicio de la misma, pero el mismo, como es obvio, no podría dar satisfacción plena a los intereses de aquellos partidos a cuyo servicio pone todo su intelecto.

Es aquí donde entra en juego la teoría de Calhoun.<sup>57</sup> En un, ciertamente, brillante ejercicio de prestidigitación, Herrero de Miñón logra elaborar un escrito en el que trata de presentar como la natural derivación de las concepciones de Jellinek, lo que, en realidad, no es más que la utilización política y simulada de las tesis del Calhoun confederantista que, por no admitir que la Unión norteamericana era una verdadera comunidad política única, negaría el principio básico, central y medular de toda Teoría Constitucional del Estado políticamente descentralizado, y que se concreta en que, como puso de relieve Friedrich, el único soberano posible es el Poder Constituyente del pueblo federal. Solo así, y situándose al margen de las coordenadas espacio temporales, puede el político monárquico defender que Cataluña y Euzkadi siguen, y deben

<sup>54</sup> Cfr. Heller, H., “Hegel y la política alemana” (1924), *Res Publica*, núm. 4, 1999.

<sup>55</sup> Cfr. Borel, E., *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, Berna, 1886; L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d'États* (1896), París, 2000.

<sup>56</sup> Véase Herrero de Miñón, M., *El principio monárquico: (Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales)*, Madrid, 1972.

<sup>57</sup> Cfr. Calhoun, J. C., *Libertad y Unión. La Teoría de la Confederación*, Madrid, 2010.

seguir, siendo titulares de derechos de soberanía. En concreto, lo que a Herrero le interesará es la construcción de aquel Calhoun que, aunque aceptando la vigencia del concepto liberal-burgués de Constitución en el interior de cada uno de los Estados particulares, partía de la rara, y jurídicamente inaceptable (E. Borel), idea de que la Constitución federal no era más que un contrato celebrado entre, y no sobre, los Estados-miembros en su condición de sujetos soberanos anteriores y superiores al propio documento de gobierno —de donde deriva que éste ha de ser interpretado según las reglas generales de la contratación, y de modo muy singular bajo el prisma de las cláusulas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, a la de los “derechos de los Estados”, y a la *concurrent majority*—, y la consecuente elevación del derecho de veto de los miembros disidentes, que operará tanto en el nivel del derecho ordinario como respecto de cualquier modificación formal del código constitucional, concebido como la manifestación práctica de la mayoría concurrente como “poder negativo”, a la condición de elemento central y nuclear de todo el sistema desde el entendimiento de que “Es este poder negativo [veto] el poder evitar o detener la acción del gobierno... el de hecho configura la Constitución... En todas sus formas y bajo todos sus nombres, resulta de la mayoría concurrente. Sin ésta no puede haber negativo, y sin negativo no puede haber Constitución”.

Sentado este principio, es cuando la propuesta de Herrero de Miñón incide en el modo en que ha de ser aprobada la reforma. Y, no podríamos dejar de consignarlo, la misma va también más allá de lo que a primera vista pudiera suponerse. En efecto, de lo que se trata es de introducir por la vía de la interpretación el derecho a veto por parte de Cataluña y País Vasco. Dicho de otro modo, y con toda la contundencia que sea posible, lo que, realizando una nueva, y no menos sorprendente, piruetta intelectual que le permite abandonar los esquemas de Calhoun para regresar a los del monarquismo, pretende Herrero es que en el actual derecho constitucional español, que había nacido bajo la inspiración del principio democrático, se introduzca a través de la interpretación constitucional una solución muy parecida, aunque en sentido contrario, a la que se contenía en el artículo 78 de la Constitución alemana de 1871, al que, con toda razón, y con total justificación, la doctrina calificó de manera unánime como la “cláusula prusiana” (*v. gr.*, P. Laband, J. A. R. Marriot, H. Finer). De esta suerte, lo que sucedería es que de igual modo en que en el Imperio guillermino el precitado artículo confería formalmente a todos los *Länder* el derecho a impedir, siempre y cuando lograsen reunir en el *Bundesrath* los 14 votos necesarios al efecto, el que se realizase la modificación

formal del texto, esto se traducía en el reconocimiento de un auténtico derecho de veto a favor del rey de Prusia, en el sentido de que ni siquiera el voto unánime de los mandatarios de los otros *Länder* podría nunca imponer una reforma con la que no estuviera de acuerdo, en el pretendido Reino de España serían catalanes y vascos, individualmente considerados y en su condición de entes políticos abstractos y atemporales, los que podrían impedir la reforma querida unánimemente por todos los demás ciudadanos que integran el cuerpo político español. Y lo que, de cualquier modo, parece olvidar el político monárquico conservador es que si en la Alemania de 1871 aquel derecho de veto del rey de Prusia resultaba válido y obligatorio, lo era por cuanto que el mismo se encontraba recogido en el texto constitucional, lo que no sucede en la España actual.

Nada tiene, sin embargo, de particular que, pese a todo, los partidos conservadores del catalanismo y del vasquismo formulen una tal propuesta. Ninguna sorpresa supondrá, en efecto, para nuestro entrañable jurista persa. Tanto más que éste, en el día de hoy, ya asumido aquello que, en 1981, trataba de hacerle entender Pedro Cruz. A saber: que porque toda decisión jurídica, fundamental u ordinaria, encierra una previa decisión política, únicamente podría alcanzar una cabal y ponderada comprensión del derecho constitucional mediante la consideración tanto de los supuestos jurídicos como desde la de los presupuestos político-ideológicos desde los que actúan quienes han adoptado esa solución jurídico-normativa concreta. De esta suerte, fácil le resultará a nuestro buen amigo persa entender el porqué pueden realizar una tal propuesta. Y, desde esta óptica, comprenderá que resulta absolutamente lógico y coherente el que unas fuerzas políticas que no es solo que nieguen el dogma político de la soberanía del pueblo, sino que, además, y como queda patente en su, por lo demás inconsistente, afirmación, repetida de manera constante desde 1990, de que en España no se ha verificado el ejercicio del derecho de autodeterminación, no reconocen el principio de legitimidad sobre el que se cimienta el actual Estado constitucional español, no sientan tampoco ninguna necesidad de actuar con respeto al principio de legalidad establecido por el Constituyente de 1977-1978. Sobre todo, y esto es algo que no debiera ser ignorado por ningún constitucionalista, administrativista y/o politólogo español, en tanto en cuanto que atenerse al principio de legalidad supondría un escollo insalvable para la consecución de sus fines y plena satisfacción de sus intereses.

Pero si esto es así, lo que acaso no le resulte tan sencillo de entender, y de asimilar, a nuestro curioso estudioso persa es que, siquiera sea de modo coyuntural y como medio para lograr formar gobierno, las fuerzas

políticas estatales puedan llegar a asumir las pretensiones del nacionalismo conservador catalán y vasco. Su sorpresa, de cualquier modo, alcanzará su suprema expresión al comprobar que esta actitud la desarrollan pese al hecho de que cada uno de los dos partidos mayoritarios de ámbito estatal mantienen una dura pugna por convencer a la opinión pública, tanto la nacional como la internacional, de que es a ellos, y no los de la otra organización partidista, a quienes les corresponde el honor de ser los verdaderos, máximos y supremos defensores de la Constitución actualmente vigente en España.

Enfrentado a esta más que sobresaliente contradicción, nuestro buen amigo iraní tratará de encontrar alguna explicación a este, como mínimo curioso, fenómeno. Y, en esta tarea, estimamos que no le será muy complicado llegar a la conclusión de que, en definitiva, son dos las causas que generan esta circunstancia. La primera de ellas, enlaza de forma directa e inmediata con el modo en que en el último, por decirlo en la terminología de Wise, momento constituyente español se abordó la doble tarea de proceder a la institucionalización del sistema democrático y a la institucionalización de la descentralización política. Nos referimos, en concreto, al hecho de que, como, en el momento constituyente mismo, denunció el maestro De Vega,<sup>58</sup> en el proceso de elaboración, discusión y aprobación del actual código constitucional lo que ocurrió es que:

Por un inadecuado e incorrecto planteamiento se está llegando en los momentos actuales entre nosotros a un sistema arbitrario de identificaciones. Por un lado, se identifica poder estatal con dictadura, olvidando que cabe una organización perfectamente democrática de un Estado unitario. Y, por otro lado, se identifica poder local con democracia, olvidando, igualmente, que cabe imaginar un sistema de poderes locales perfectamente autoritarios, caciquiles y antidemocráticos.

Resultado de ello fue el que nuestro último constituyente actuó desde la creencia de que, frente a la idea de que solo el régimen democrático es capaz de permitir la configuración de la comunidad política como un verdadero y real Estado Federal y la de que “Representa una evidencia que sin Estado democrático, sin Constitución democrática, no puede haber regionalismo democrático”, tan solo la opción por el Estado políticamente descentralizado, y la conversión de la descentralización en ideología y

<sup>58</sup> Cfr. Vega, P. de, “Poder Constituyente y regionalismo”, en Trujillo, G. (coord.) *et al.*, *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979.

fundamento último de tránsito de la dictadura totalitaria a la democracia constitucional, podía hacer posible el establecimiento, consolidación y profundización de la forma política “Estado constitucional” en España.

Lo de menos sería entrar a señalar que, por haber sido construido desde aquella injustificada y arbitraria identificación, el desarrollo del Estado de las Autonomías ha presentado siempre algunos muy importantes problemas operativos. Aunque, no obstante, sí parece oportuno indicar que esto, y sobre todo cuando la dinámica política ha determinado que el debate real sea el de mantenerse como un Estado único aunque políticamente descentralizado o dar paso, sin la realización de un nuevo proceso constituyente revolucionario, a una organización confederal,<sup>59</sup> parece dar la razón a Pedro de Vega cuando, como teórico del Estado, el derecho y la política, señalaba que:

Convertir el regionalismo en primisa y principio de las conquistas democráticas me parece, sencillamente, un error. Y sabemos que en política, como decía Talleyrand, un error es algo peor que un crimen. Queramos o no, sobre nosotros se cierne un interrogante que, a pesar de su patetismo... yo no voy a dejar de plantear. El interrogante dice así: ¿Un mal planteamiento del problema regional no puede conducir a una aniquilación de la democracia en nuestro país?

Lo que interesa es dejar constancia de que, visto lo anterior, nuestro curioso jurista persa únicamente podrá llegar a una conclusión. Y así, éste advertirá que ese sistema de identificaciones que, aunque erróneo, presidió el proceso constituyente, se ha visto no solo afianzado, sino agravado en la dinámica política que ha conocido la sociedad española desde la entrada en vigor del texto de 1978. De una manera muy particular, con la que se inicia a partir de 1993. De esta suerte, lo que sucede es que si en el momento inicial se aceptó, de una manera absolutamente incondicionada y acrítica —y yendo, en todo caso, mucho más allá del pensamiento del Kelsen<sup>60</sup> que, coincidiendo de uno u otro modo con aquel Heller que advertía de la imposibilidad del federalismo en los sistemas autocráticos, afirmaba que “También la democracia puede hallarse centralizada o descentralizada sin sentido estático. Pero la descentralización permite una aproximación mayor a la idea de la democracia que la centralización. Esta idea es

<sup>59</sup> Cfr. Ruipérez, J., *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías*, Madrid, 2010.

<sup>60</sup> Cfr. Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2a. ed., México, 1995.



el principio de autodeterminación”—, que solo el Estado políticamente descentralizado sería capaz de permitir el establecimiento del régimen democrático, ahora se ha dado un paso más en aquella arbitraria identificación: solo serán demócratas aquellos políticos prácticos y estudiosos del Estado, la política y el derecho que, al modo defendido por Calhoun y von Seydel,<sup>61</sup> y obviando que, como señaló, con acierto, Mouskheli,<sup>62</sup> una tal comprensión conduce a “la desconcertante conclusión de que la forma territorial conocida bajo el nombre de Estado federal no existe ni puede existir”, procedan a la total, plena, absoluta y definitiva equiparación de las formas políticas *Staatenbund* y *Bundestaat*. Y, habrá de concluir nuestro jurista persa, lo serán todavía más quienes propugnen que esa nueva organización confederativa haya de ser articulada desde la idea central de la tesis de aquel Joan Maragall que se presenta como uno de los principales inspiradores del nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico, místico, etnicista y conservador catalán, y que, en último término, se concreta en la fórmula, claramente tributaria del pensamiento del monarquismo constitucional alemán y su empeño por asegurar la hegemonía de Prusia en el marco del nuevo Estado alemán —pero que, como nadie debiera ignorar, había comenzado ya a ponerse en práctica en el seno de la *deutscher Bund*, en la que el rey de Prusia pugnaría primero con el emperador de Austria, y posteriormente con el rey de Baviera por configurarse como el sujeto hegemónico y privilegiado en el contexto de aquella rudimentaria Unión de Estados de Derecho Internacional—, de que, como escribió Juliá,<sup>63</sup> “que la uniformidad repugna a la naturaleza y es hija de artificiosas abstracciones. No es justicia, sino injusticia, otorgar a todas las regiones la misma consideración: los privilegios deben existir porque existen también los seres naturalmente privilegiados, establece Maragall como criterio de organización del Estado”.

El segundo de los motivos que conducen a que los grandes partidos estatales hayan acabado por aceptar las propuestas del nacionalismo regional conservador tiene, por su parte, un carácter más general. Y éste, sería que, como consecuencia del proceso de desideologización derivado de la confusión generada por la caída del comunismo y de la correlativa aceptación, consciente o inconsciente, de los presupuestos del neoliberalismo tecnocrático y globalizador, la actual clase política española, de

<sup>61</sup> Cfr. Seydel, M. von, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873; *Staatsrechtliche und polistische Abhandlungen*, Friburgo i B.-Leipzig, 1883; *Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich*, 2a. ed., Friburgo i B.-Leipzig, 1897.

<sup>62</sup> Cfr. Mouskheli, M., *Teoría jurídica del Estado Federal*, Madrid, 1931.

<sup>63</sup> Cfr. Juliá, S., *Historias de las dos Españas*, Madrid, 2004.

manera mayoritaria y con muy escasas y notables excepciones, ha operado el tránsito definitivo de la “ideología del constitucionalismo” a la “ideología de la Constitución”. Lo que no puede dejar de generar consecuencias que también, y de forma ineludible, han de proyectarse sobre la problemática de los posibles cambios constitucionales. Téngase en cuenta que a la ideología del constitucionalismo, que es la que dio origen al constitucionalismo moderno como instrumento a través del cual se pondría en marcha un sistema de libertad total, lo que, como ha hecho notar De Vega,<sup>64</sup> en realidad preocupa es tratar de hacer realmente efectivos los principios y valores que determinaron el nacimiento histórico del Estado constitucional, y de una manera singular las ideas de democracia y libertad. Lo que, traducido en otros términos, significa que quienes actúan desde la ideología del constitucionalismo se preocuparán más de hacer verdaderamente reales y efectivas las ideas de democracia, libertad e igualdad que del mantenimiento, más o menos artificial, de la literalidad una determinada ley constitucional, la cual estarán dispuestos no solo a modificar, sino a sustituir por una nueva, cuando su conservación, en la medida en que ha perdido su carácter de norma jurídica obligatoria por no ser reconocida como tal por la totalidad o, al menos, por una muy amplia mayoría del cuerpo político (H. Heller), se presente como un obstáculo real para el desarrollo, consolidación y profundización del propio Estado constitucional.

Todo lo contrario sucede con la “ideología de la Constitución”. Circunstancia que resulta fácilmente comprensible. Sobre todo, si se toma en consideración que son los supuestos ideológicos del neoliberalismo tecnocrático los que fundamentan esta última. Es menester advertir que es verdad que el neoliberalismo tecnocrático permite construir un discurso a la clase política que se encontrará plagado de referencias tanto a la Constitución y a la necesidad de procurar su mantenimiento, como a la continua apelación al derecho constitucional vigente en el Estado como único criterio legitimador de la vida pública y de su actuación en ella. Lo que, desde la plena aceptación de las concepciones formalistas e instrumentales de la democracia, y operando al margen de la realidad y de la historia —y, en todo caso, omitiendo que en esta práctica “todos los autócratas encuentran... un fácil acomodo para disimular y ocultar sus tropelias” (P. de Vega)—,<sup>65</sup> permitirá afirmar a los gobernantes neoliberales, y será

<sup>64</sup> Cfr. Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998.

<sup>65</sup> “La democracia como proceso. (Algunas reflexiones desde el presente del re-

respaldado por no pocos juristas positivistas, que el Estado constitucional ha alcanzado su máxima entidad y total realidad, de suerte tal que la existencia del mismo se encuentra ahora plenamente garantizada. Ahora bien, si esto es así, lo que no debería perderse de vista es que, como, con meridiana claridad, ha sido denunciado por mi dilecto maestro:

Se trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería encontrar su fundamentación, como consecuencia del debilitamiento del principio democrático, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia.

Las consecuencias que se derivan en relación con las posibles modificaciones formales del texto constitucional se nos antojan meridianas. El que, en relación con el problema de la *Verfassungsänderung* y la *Wandlung*, las fuerzas políticas mayoritarias en la comunidad política actúen desde la ideología de la Constitución acaba por traducirse en que la inicial y originaria defensa de la Constitución como medio para hacer realmente efectivos tanto todos aquellos principios y valores que determinaron la aparición histórica del constitucionalismo moderno, como el conjunto de principios y valores que, por existir verdaderamente en el ánimo de los ciudadanos que integran el cuerpo político, fueron consagrados normativamente por el *Pouvoir Constituant* originario y que, en todo caso, son los que definen e individualizan la ley constitucional de que se trate, se ve, inevitablemente, substituida por una nueva práctica que, a la postre, consiste no en realizar aquellas ideas, sino en la defensa numantina de la mera literalidad de un determinado y concreto código constitucional al que se eleva a la condición de ser una suerte de fetiche mágico-mítico, de modo tal que ha de ser defendido no por motivos racionales, sino por razones de amor y de fe, y cuyo contenido, en todo caso, ha de ser indescifrable, salvo, naturalmente, para los gobernantes y sus juristas de Corte, quienes, en tanto el documento de gobierno está fuera de la realidad histórica, podrán hacer decir a la Constitución lo que en cada momento interese para, aunque no se reconozca de modo franco y expreso, asegurar su permanencia en el poder.

Sea de ello lo que sea, y por seguir con la misma imagen, habrá una cosa que le resultará indiscutible a nuestro buen amigo el jurista persa. Y ésta no es otra que la decisiva importancia que tiene en la España de hoy

publicanismo de Maquiavelo”, en Guerra, A. y Tezanos, J. F. (eds.) *et al.*, *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, 2003.

el proceder al estudio científico de la problemática de la revisión, y de una manera mucho más concreta la de determinar si el posible e hipotético cambio constitucional ha de ser comprendido como una mera operación jurídica que, como tal, ha de realizarse con absoluto y total respeto a la voluntad soberana del Poder Constituyente, o si, por el contrario, el mismo puede verificarse como un verdadero acto de soberanía a través del cual se podría llevar a cabo la revolución. Y en este contexto, nuestro curioso persa llegaría a la conclusión de que, como ya había sucedido después de la muerte del general/dictador, y una vez que tanto las fuerzas políticas de la oposición democrática como amplios sectores, aunque con muy diversos fines, del aparato franquista empezaron a hablar de la urgente necesidad de llevar a término una amplia renovación de la legalidad totalitaria, vuelve a hacerse real la afirmación que había realizado entonces el profesor De Vega conforme a la cual: “Hasta el punto de que se podría sostener sin hipérbole que el tema de la reforma constitucional acaso sea el único tema importante que hoy presenta la realidad constitucional española”, y que, por ello mismo, la problemática de los límites a la revisión ha de ocupar un lugar preferente como objeto de estudio del constitucionalista consciente del contenido de su labor y de la responsabilidad política y social que le corresponde.

#### IV. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA AUSENCIA DE CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD Y SU SIGNIFICADO REAL

Es menester, no obstante, advertir que este altísimo grado de confusión sobre la existencia o inexistencia de límites materiales absolutos a la reforma no es tan sólo imputable a la actitud de las élites dirigentes de los partidos políticos con representación parlamentaria. Antes al contrario, debe dejarse constancia de que a ello ha contribuido, y de forma harto decisiva, la propia redacción literal que el *Pouvoir Constituant* de 1977-1978 otorgó al Título X de la Constitución. Nos referimos, de un modo más concreto, a su triple decisión de no consagrar cláusulas de intangibilidad, establecer la “revisión total” y, por último, constitucionalizar el referéndum obligatorio para las reformas a las que se refiere el desafortunado artículo 168. Decisiones que, alejándose de la idea de que a través de la *Verfassungsänderung* puede autorizarse el cambio, pero no legalizarse la revolución (P. de Vega), han sido interpretadas por no pocos prácticos de la política y por no menos estudiosos del Estado, el derecho y la política en el sentido de que

fue el propio Constituyente quien, al identificar el Poder Constituyente con el poder de reforma, sentó las bases para afirmar la total inexistencia de límites materiales a la revisión. Motivo por el cual resulta conveniente detenerse en su estudio.

Es de todos conocido que constituyó una auténtica obsesión para el Constituyente de 1977-1978 establecer unas claras, radicales y definitivas diferencias entre su actuación y el momento político inmediatamente anterior. Lo que, por demás, resultaba meridiano, y, por más que se hablará de un “reformismo constituyente”, quedaba suficientemente claro por el significado jurídico y político de lo que estaban llevando a cabo, y que tan solo podría ser ignorado por parte del más radical y, al mismo tiempo, más ingenuo de los positivismos jurídicos formalistas que, en todo caso, se aparte de la idea kelseniana según la cual el proceso de búsqueda hacia atrás del fundamento de la validez de la Constitución ha de interrumpirse siempre que el Estado haya conocido un momento revolucionario, siquiera sea únicamente por el cambio del principio de legitimidad. Téngase en cuenta que, aunque no habían sido formalmente convocadas como Constituyentes, las Cortes elegidas el 15 de junio de 1977, como había quedado ya claro en el proceso electoral mismo (P. de Vega, P. Lucas Verdú, R. Morodo...), estaban actuando como tales y, en consecuencia, estaban tratando de aprobar una normativa jurídico-política fundamental a la que debía corresponder un equívoco carácter constitucional, y que ello impedía cualquier posible equiparación con las leyes fundamentales del Reino de la dictadura, que si bien eran normas de derecho público, en modo alguno, y tanto por su falta de legitimación democrática de origen y de ejercicio, como por no estar inspiradas ni responder a los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional, podrían ser consideradas como normas de derecho constitucional (P. de Vega, O. Alzaga...). Ahora bien, no se contentaron con esto los diputados y senadores. Quisieron, por el contrario, que las diferencias se hicieran también patentes en el plano formal. Y, en este sentido, nos encontramos con que entre los miembros de la Constituyente existió un acuerdo prácticamente unánime en no consagrar en el texto cláusulas de intangibilidad que, de la manera que fuese, pudieran recordar a lo establecido en el artículo 3o. de la Ley Orgánica del Estado de 1967, conforme al cual los Principios del Movimiento Nacional “son por propia naturaleza, permanentes e inalterables”.

Lo de menos sería detenernos a discutir si fue sólo éste el motivo que condujo a no consignar límite material expreso alguno o si, junto a él, había otros motivos. Aunque no está de más señalar que no ha faltado quien

apunte que esta decisión se debió también a la idea de que la suerte que había corrido la cláusula del artículo 3o. de la Ley Orgánica del Estado, demostraba que de nada serviría en el terreno de los hechos establecer una cláusula de intangibilidad referida a la monarquía si las futuras Cortes deseaban utilizar directamente el procedimiento de reforma para proclamar la República. Otros, más acertados en cuanto que no equiparan la situación actual a la que se produjo en el momento del tránsito del totalitarismo franquista a la democracia constitucional, pero en todo caso ignorando que, como señalan Gomes Canotilho y Calzada Conde,<sup>66</sup> tal actuación se traduciría en una verdadera destrucción del orden constitucional, operada, eso sí, desde el respecto formal a la legalidad, señalan que la decisión del último Constituyente se encontraría relacionada con la tesis de la revisión en doble grado, la cual, como advierte el maestro De Vega, “resulta, no obstante, tan ingeniosa como insostenible. La aparente lógica de su formulación queda definitivamente desmontada desde el momento en que, haciendo entrar en juego la distinción entre poder constituyente y poder de revisión, se toma en consideración la verdadera naturaleza de este último como poder constituido y, por ello, limitado”. Por último, no podemos dejar de consignar que hubo también quien interpretó que la decisión del Constituyente obedecía a su muy firme convicción, y que, a la postre, quedaba consagrada en el más alto nivel normativo, de que aunque dichos límites materiales existieran, aquéllos carecerían de valor jurídico frente a la actuación del poder de reforma que, en cuanto Poder Constituyente juridificado (M. Aragón), no puede verse limitado en su actuación más que por la obligación de atenerse a la observación de los límites formales derivados del principio de supremacía constitucional.

Sea cual fuere la intención real de su autor, lo que interesa es que hay entre los prácticos de la política y los prácticos y teóricos del derecho un muy amplio acuerdo en considerar que el hecho de haberse separado en este punto de la solución consagrada en la Ley Fundamental de Bonn, y, en consecuencia, no haber excluido ninguna materia a la actuación del poder de reforma, constituye uno de los más grandes, si no el más grande, aciertos del texto español (M. Aragón).<sup>67</sup> El argumento utilizado para justificar este aserto, no puede ser más simple, y, a la vez, más contundente-

<sup>66</sup> Cf: Gomes Canotilho, J. J., “O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa”, *Revista Fronteira*, 1979; Calzada Conde, R., *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional* (Tesis Doctoral, inédita), Salamanca, 1987, 2 vols.

<sup>67</sup> Véase Aragón, M., *Constitución y Democracia*, Madrid, 1989; “La eficacia del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988.

te. Lo que sucede, se dirá, es que lo que hizo nuestro *Pouvoir Constituant* fue aceptar, sin reservas de ningún tipo, el contenido central y nuclear de la idea de democracia, al menos en contraposición a la idea pura de la libertad como sometimiento a la ley por parte de gobernantes y gobernados. Sentencia que remite a aquella idea que encontró en los Estados Unidos uno de sus más brillantes expositores y defensores en aquel Jefferson<sup>68</sup> quien no dudó en denunciar como absurdo el que la Constitución pudiera ser entendida como un instrumento con el que se pretendía hacer prevalecer la voluntad de los muertos sobre la de los vivos y, en consecuencia, dedujo la nulidad de pleno derecho de cualquier texto que pretendiera ser irreformable, y que en la Francia revolucionaria se concretó en la célebre declaración conforme a la cual “*Le Pouvoir Constituant d’un jour n’aucun titre à limiter le Pouvoir Constituant de l’avenir*”.

Un firme representante de esta postura es, por ejemplo, Aragón Reyes. Éste, en efecto, entenderá que con la solución arbitrada en el proceso constituyente se da plena satisfacción a las exigencias inherentes al principio democrático de que el Poder Constituyente no puede encontrar ningún tipo de límite material ni en el momento de aprobar y sancionar la ley constitucional, ni, tampoco, a la hora de proceder a su reforma. Y es por esta circunstancia por lo que la actual Constitución resulta merecedora de todos los halagos. Sus palabras no dejan el más mínimo resquicio a la duda. Así, y pese a reconocer el riesgo que tal concepción puede implicar para el desarrollo y consolidación del Estado constitucional, escribirá Aragón que:

Ahí radica, precisamente, la grandeza de nuestra Constitución: en que ella misma facilita los medios jurídicos para su radical mutación. Y ahí radica también la grandeza de nuestra democracia: en que permite a sus propios enemigos destruirla, pero... por procedimientos democráticos. Desde el punto de vista jurídico, para nuestra Constitución... no existen enemigos, sino discrepantes. Hay libertad para los enemigos de la libertad y democracia para los enemigos de la democracia.

En nuestra opinión, y dicho sea con todos los respetos, esta tesis no resulta, a pesar de su aparente lógica, adecuada para explicar el problema que nos ocupa en el marco de la vigencia jurídica y política del texto de 1978. Y lo estimamos así en tanto que, creemos, está formulada desde una in-

<sup>68</sup> Cfr. Jefferson, Th., “Notas sobre Virginia” (1782), en Jefferson, Th., *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, 1987.



adecuada comprensión tanto del propio instituto de la *Verfassungsänderung* en general, como de la problemática concreta del significado político y el valor jurídico de las cláusulas de intangibilidad. Circunstancia que se deriva de la plena, total, radical y definitiva equiparación conceptual que realizan entre el Poder Constituyente originario y el poder de reforma (G. Vedel, J. Lafferriere).<sup>69</sup> Y es que, como ha escrito el maestro De Vega, lo que sucede es que:

Para todas aquellas opiniones doctrinales que hacen coincidir el poder reforma con el poder constituyente y, en consecuencia, no reconocen a nivel teórico la existencia de límites, los límites a la reforma —aun cuando vengan establecidos en el propio texto de la Constitución— serán considerados siempre como límites relativos y, por lo tanto, superables.

De cualquier forma, estimamos oportuno, y ciertamente pertinente, detenernos a explicar, siquiera brevemente, el motivo de nuestra crítica.

Que el pueblo, como titular del ejercicio de la soberanía, tiene siempre, y en todo momento, el derecho a cambiar su Constitución, es algo que nadie discute. Y, por lo demás, nadie podría cabalmente discutir, al menos si se opera con las concepciones democráticas de la comunidad política. Lo que resulta fácilmente comprensible. Al fin y al cabo, lo que sucede es que la anterior afirmación es solo el lógico y consecuente corolario de la concepción del cuerpo político que, como indica De Vega, fue puesta en circulación con aquellas dispersas y asistemáticas reflexiones realizadas por Nicolás Maquiavelo, en virtud de las cuales el pueblo pierde ese carácter religioso, mítico, metafísico y atemporal que tenía en el mundo clásico y medieval, para convertirse, por vez primera en la historia, en un sujeto concreto, real e histórico. La democracia pasa a ser concebida, de esta suerte, como un proceso que se realiza en la historia, y cuyo actor, por lo demás, puede ser única y exclusivamente el pueblo. Y es, de una forma muy concreta, porque la democracia se concibe como un proceso que se realiza en la historia, y que tiene al pueblo como protagonista, por lo que ese gran maquiavelista que fue Rousseau<sup>70</sup> pudo afirmar que la voluntad del soberano tiene siempre un carácter temporal, y de ahí deducir que “va contra la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va contra la naturaleza ni con-

<sup>69</sup> Cfr. Vedel, G., *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, París, 1949; Lafferriere, J., *Manuel de Droit Constitutionnel*, París, 1947.

<sup>70</sup> Cfr. Rousseau, J.-J., “Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma” (1771), en Rousseau, J.-J., *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988.

tra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerlas”.

Ahora bien, si, en cuanto que contenido inherente a la democracia, el principio contenido en la máxima revolucionaria de que el *Pouvoir Constituant* del presente no tiene ningún título para obstaculizar la actuación de un nuevo y futuro *Pouvoir Constituant* que, de acuerdo con los esquemas del iusnaturalismo contractualista desde los que Wise había teorizado la mecánica del proceso constituyente, pudiera nacer, de manera espontánea y libre (P. Lucas Verdú), en el seno de la comunidad política que va a ser refundada es algo que deviene axiomático y, por ello mismo, incontrovertido e irrefutable, lo que sí debe, y puede, discutirse es el corolario que de ese principio pretenden extraer los críticos a la existencia de límites materiales absolutos y expresos. En efecto, lo que sucede es que no se alcanza a comprender el porqué del hecho de que el pueblo, como titular de la soberanía y que, con base en esa condición, pudo aprobar, en una votación en la que todos los sufragios han de ser tomados en consideración pero en la que, como admitió ya el “ciudadano de Ginebra”, que puede decidir de conformidad con el principio mayoritario, tenga en todo momento, y como cualidad inherente derivada de su propia naturaleza de sujeto fáctico, político-existencial y revolucionario, el poder legítimo para cambiar los usos y los modos en los que los ciudadanos desean ser gobernados en el futuro, ha de deducirse que los poderes constituidos, incluso aunque, por las facultades que tienen encomendadas, sean extraordinarios, como es el poder de revisión, disfrutan también de la capacidad para proceder a la creación de un orden jurídico nuevo y al establecimiento de un régimen político diferente al que fue determinado por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*.

Aún a riesgo de resultar reiterativo, hemos de indicar, coincidiendo con la afirmación de Pedro de Vega, que:

Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución... Por no hacer sabido o por no haber querido comprender la diferencia en el ejercicio de las facultades constituyentes... y por la inexorable confusión que de esa circunstancia deriva entre el poder constituyente y el poder de reforma, no han sido pocos los disparates, los errores y las incongruencias en el tratamiento teórico y en la regulación legal de la problemática de la reforma constitucional.

Que la anterior identificación esconde la más absoluta, patente y evidente falta de comprensión del instituto de la *Verfassungsänderung*, en general, y de

las cláusulas de intangibilidad, en particular. Errónea comprensión que se deriva de dos causas.

La primera, que tiene un carácter muy general, de ellas, se encuentra en el hecho de que quienes niegan la posibilidad de límites materiales a la revisión lo que hacen es, pura y simplemente, negar que la irrupción del principio de rigidez obliga, y de manera tan necesaria como obligatoria e ineluctable, a distinguir lo que es el ejercicio de la facultad constituyente comprendida como una actividad libre y soberana, cuyo titular es, y además, solo puede ser, el *Pouvoir Constituant* revolucionario y soberano, de lo que es el ejercicio de esa facultad constituyente entendida como una actividad reglada por la propia Constitución y que ha de desarrollarse, siempre e ineludiblemente, en el marco de la voluntad soberana del Poder Constituyente originario, que es la que, en cuanto que expresión de la acción legal y no de la revolución, compete actuar al poder de reforma en cuanto poder constituido. Diferenciación de la que se derivan unas muy claras consecuencias que, sin embargo, y aunque pudieran decir otra cosa, no son admitidas por quienes niegan toda virtualidad a los límites materiales expresos. Una amplia cita del profesor De Vega nos servirá para aclarar a qué nos referimos. En este sentido, escribe el maestro:

Lo que... interesa bien sentado, y sin equívoco alguno, es el hecho de que, cuando se admite la posibilidad de autolimitación del poder constituyente, y frente al ejercicio de unas facultades soberanas y sin control jurídico, se reconoce la existencia de un poder de reforma reglado y ordenado por la propia Constitución, lo que ya no cabe bajo ningún concepto es entremezclar y confundir las naciones del poder constituyente y poder de revisión. El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento... modificar, transformar y destruir, incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, actuando como *res facti, non juris*. Lo que significa que, por la misma razón que se le considera y cataloga como poder político y de hecho, no se le puede encuadrar ni definir como poder jurídico y limitado. A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida como una actividad soberana y libre.

Por su parte, la segunda se debe al método de estudio con el que se aborda el conocimiento científico del derecho, el Estado y la política. Problema que adquiere entre nosotros una singular entidad en el marco de lo que se ha dado en llamar el “Espacio Europeo de Enseñanza Superior” y, en todo

caso, como consecuencia de que, desatendiendo las sabias observaciones hellerianas sobre la necesidad de abordar el estudio de la rica problemática constitucional desde la ponderada y cabal combinación de los distintos métodos —y que en el fondo es la misma idea que, como nos recordó De Vega,<sup>71</sup> condujo a Orlando a mantener que el estudio del derecho constitucional debía realizarse desde la “inexorable combinación de supuestos filosóficos, que sirvieran de criterios orientadores a la exégesis legal, y de supuestos jurídicos, donde adquieran vida y realidad las consideraciones y fundamentaciones metajurídicas”—, se quiere imponer la obligatoriedad de uno solo de ellos. A nuestro juicio, el gran problema que existe para dar una cabal respuesta a la problemática que ahora nos ocupa se deriva de la aceptación incondicional por muchos de quienes niegan la posibilidad de las cláusulas de intangibilidad de los más estrictos principios del positivismo jurídico formalista a ultranza. Y, con ello, la aceptación de aquel lema acuñado por la vieja Escuela Alemana de Derecho Público, según el cual porque el Estado es evidente, de nada sirve interrogarse sobre él. Máxima que, en definitiva, se traduce en la ordenación de los estudios de derecho del EEES desde la doble idea de que, por un lado, los estudiantes, por el mero hecho de serlo, son poseedores de una serie de conocimientos jurídicos y políticos que no han de serles recordados por los profesores, y, por otro, que porque existen esos conocimientos implícitos y que han de ser considerados como saberes presupuestos de todo el que, de la manera que sea y en el *status* profesional que sea, se mueve en el mundo del derecho, la enseñanza universitaria puede perfectamente reducirse a la mera exégesis legalista de los preceptos de la Constitución, el aprendizaje memorístico de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y, finalmente, despreciando el acertado juicio que, en 1793, había realizado ya Kant<sup>72</sup> sobre la inescindible relación entre la teoría y la práctica, a la realización de casos prácticos. Creencia que, mucho nos tememos, y coincidiendo, una vez más, con el criterio del doctor De Vega, terminará por conducirnos a una más que lamentable y dramática situación, en la que, a fuerza de ser dados por supuestos, los presupuestos centrales, medulares y basilares del derecho constitucional como ciencia serán totalmente ignorados por los nuevos juristas, y acabarán por ser olvidados por los más antiguos.

<sup>71</sup> Cfr. Vega, P. de, “Supuestos históricos, bases sociales y principios políticos en el derecho constitucional democrático”, *Anuario Jurídico*, IX (1982), “*Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*”.

<sup>72</sup> Cfr. Kant, I., “En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto o en teoría, pero no sirve para la práctica»” (1793), en Kant, I., *Teoría y práctica*, Madrid, 1986.

Desde esta óptica, lo que ocurre es que al haber abandonado el estudio de la realidad histórica y de la Historia del pensamiento político y constitucional, se ha olvidado también que fueron, justamente, los mismos revolucionarios liberal-burgueses de la Francia de finales del siglo XVIII que habían proclamado que “*Le Pouvoir Constituant d’un jour n’aucun titre à limiter le Pouvoir Constituant de l’avenir*”, quienes pusieron en marcha la nítida, radical y definitiva distinción entre la facultad constituyente como actividad libre y soberana, y la facultad constituyente como actividad reglada y ordenada. En efecto, es menester advertir que cuando tratando de arbitrar una solución normativa que permitiera la conciliación del principio democrático y el de supremacía constitucional, y partiendo, en todo caso, de aquellas geniales especulaciones teóricas con las que de Vattel y Rousseau anticipaban la posibilidad de que el Código Constitucional consagre y regule el mecanismo de su propia transformación formal, los hombres de la Constituyente francesa de 1789-1791 establecieron que:

La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución; sin embargo, considerando más conforme al interés nacional el que solamente se use el derecho de reforma, en los términos señalados por la Constitución, respecto de aquellos artículos que la experiencia haya mostrado sus inconvenientes... (Tit. VII, art. 1o. Const. francesa de 1791).

O los de la Constiyente de 1792-1793 proclamaron, de manera tan gráfica como contundente, que un “Pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus Leyes a las generaciones futuras” (artículo 28, Constitución francesa de 1793), y apelan a la necesidad de que las oportunas modificaciones formales del texto sean llevadas a cabo por una Asamblea de revisión, que, por configurarse como un órgano especial, se diferencia, clara y determinadamente, tanto de la Asamblea que ejerce el Poder Constituyente revolucionario, como del Parlamento ordinario, lo que hicieron fue, pura y simplemente, consagrar a nivel normativo la muy diversa naturaleza de la que gozan el *Pouvoir Constituant* originario y el que la doctrina francesa, con carácter general, denomina “*Pouvoir Constituant institué*”. Nos sumamos, de este modo, a la opinión de De Vega, para quien, con la solución arbitrada por las Constituyentes francesas:

No se niegan... las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a

reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental —aunque no siempre bien entendida— en el ejercicio de la facultad constituyente.

Ni qué decir tiene que es solo en el marco de esta nítida, tajante, radical, absoluta y definitiva diferenciación y separación entre el Poder Constituyente soberano y los poderes constituidos no soberanos, donde adquiere sentido pleno el interrogarse por el significado político y el valor jurídico de las cláusulas de intangibilidad. Y es, también, desde esta distinción desde donde se descubre que si el último Constituyente hubiera optado por establecer límites materiales expresos, en modo alguno podría entenderse que su decisión hubiera venido a menoscabar la eficacia real del dogma político de la soberanía del pueblo. Antes al contrario, la hubiese fortalecido frente a cualquier pretensión por parte de los poderes constituidos de erigirse en unos, ciertamente falsos y subrepticios, soberanos. Lo que no ha de ser muy difícil de comprender y de compartir. Es menester advertir, siguiendo el criterio defendido por Stern<sup>73</sup> y De Vega, que la existencia de límites materiales explícitos supone, de manera innegable, un límite insalvable a la voluntad y a la actividad del poder de reforma, en el entendimiento de que cualquier intento de suprimir mediante la puesta en marcha del *amending process* la garantía contenida en la cláusula de intangibilidad determinaría que, como acertadamente puso de relieve mi muy querida condiscípula Calzada, la actuación del legislador de revisión no pudiera ser comprendida como la verificación de una simple, aunque verdadera, reforma sino, por el contrario, como la innegable materialización de un supuesto de ruptura y/o destrucción de la Constitución o, incluso, de un suicidio constitucional. Ahora bien, no sucede lo mismo en cuanto a la hipotética actuación de un nuevo, y diferente al que había aprobado el texto constitucional, *Pouvoir Constituant* revolucionario. Y ello, por la sencillísima razón de que las cláusulas de intangibilidad, en cuanto que contenido de un ordenamiento constitucional que quedará derogado por la simple aparición de ese nuevo Poder Constituyente, perderán, como el resto de la Constitución, toda su validez y eficacia frente a la acción revolucionaria de un sujeto que se define por su condición de *res facti, non juris*, y que, de cualquier modo, está llamado a ejercer un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido, formal y material, de su voluntad.

El segundo gran problema que plantea la decisión del último Constituyente español, se encuentra relacionado, de modo directo e inmediato,

<sup>73</sup> Cfr. Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Madrid, 1987.

con la cuestión del propio carácter y naturaleza del texto de 1978. Esto es, lo que se plantea, y a lo que deberíamos encontrar cumplida respuesta, es si el actual código constitucional a lo que en realidad responde es a la idea de mero documento de gobierno a través del cual se organizan los poderes del Estado, o si, por el contrario, en la medida en que no solo fue aprobada por el pueblo en el ejercicio de su soberanía sino que, además, se inspira, recoge y trata de hacer también eficaces los principios liberal y de supremacía constitucional, se trata de una manifestación más del concepto moderno, técnico y actual de Constitución, que es, como ha indicado, entre otros, De Vega, el que se identifica con la comprensión liberal-burguesa de la misma. Si lo primero, tanto los prácticos de la política como los estudiosos del derecho constitucional estaríamos, de algún modo, actuando con el concepto neutro, y más inútil (P. de Vega), de Constitución, que fue el que permitió, por ejemplo, a Jellinek afirmar que toda colectividad humana políticamente organizada ha de contar, y ha contado, siempre con una Constitución, en la medida que si se renunciase a la organización previa de los poderes de la comunidad política y de los modos en que éstos van a decidir, aquella reunión de hombres caería en la más absoluta de las anarquías, y que, como nadie puede ignorar, ha sido del que en el pasado se sirvieron los juristas del totalitarismo nacional-catolicista para afirmar que la España franquista era un auténtico, verdadero e innegable Estado de derecho, y ha sido también del que se sirvió el europeísmo a ultranza para, negando la idea de que, como bien escribió Heller, toda función constituyente supone un sujeto constituyente que, como tal, solo puede ser el pueblo, afirmar que el fracasado documento redactado por la llamada “Convención Giscard” era una Constitución y no un mero tratado comunitario. Si lo segundo, la Constitución de 1978 sí contendría un determinado techo ideológico, y éste terminaría coincidiendo, como mínimo, con todos aquellos principios y valores que determinaron el nacimiento del régimen constitucional, aunque eso sí, y respondiendo a la esencia misma de lo que ha sido la historia del constitucionalismo, adaptados para hacer realmente efectivas y eficaces las ideas de democracia y de libertad en el momento histórico actual, y que acaba siendo el que, por decirlo en expresión de Schneider,<sup>74</sup> se identifica con “el orden fundamental liberal democrático”.

Que sea menester plantearse este interrogante es algo que no ha de resultar muy difícil de comprender. Sobre todo, a la vista de lo afirmado

<sup>74</sup> Cfr. Schneider, H.-P., “La Constitución. Función y estructura”, en Schneider, H.-P., *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991.



en el Fundamento Jurídico 7o. de la STC 48/2003, el Fundamento Jurídico 4o. de la STC, 103/2008, y, por último, en el Fundamento Jurídico 12 de la STC 31/2010. Y el problema se plantea por cuanto porque, como señala De Vega, la introducción de los límites materiales expresos “en los textos constitucionales (aunque efectivamente pueda responder en ocasiones a contingentes, accidentales y momentáneas razones políticas) tiene como básica finalidad asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en los que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer. O, lo que es lo mismo... las cláusulas de intangibilidad expresan los fundamentos en que se apoya la «legitimidad constitucional»”, no ha faltado quien interprete que la decisión del último Constituyente de no establecer ningún tipo de límite material expreso solo puede significar que no existe ningún supuesto ideológico y valorativo que actúe como criterio vertebrador, fundamentador y legitimador del sistema y que, por ello mismo, deba ser protegido frente a la actuación de los poderes constituidos, excluyéndolo de la discusión política al menos en condiciones de normalidad constitucional.

No hace falta realizar un gran esfuerzo para comprender lo que en realidad esconde tal postura. Todos podemos sin dificultad deducir que cuando el Tribunal Constitucional y algunos profesores universitarios realizan esta afirmación, no hacen otra cosa que aceptar aquella idea defendida por Jiménez Campo,<sup>75</sup> conforme a la cual de la regulación del Título X se deriva un evidente agnosticismo constitucional e indiferentismo ideológico. Neutralismo axiológico que tiene como una de sus principales consecuencias la inevitable transformación del poder de reforma, que es un poder limitado por la propia Constitución, en un auténtico poder soberano y, por ello mismo, ilimitado. Lo que plantea no pocos problemas, y no solo en cuanto a la posibilidad de obtener una cabal y ponderada comprensión teórica de la problemática de la reforma en la España de 1978, sino también, y con una mayor importancia y transcendencia, en cuanto a su posible materialización en el terreno de esa práctica jurídica y política, que, aunque no es creada y desarrollado por los prácticos de la política, no cabe entender como algo ajeno al estudioso del Estado, la política y el derecho en la medida en que, como señaló Heller, el:

Dogmático jurídico del Derecho Constitucional moderno tiene como tarea elaborar materia jurídica positiva de modo que ésta sea útil para la unidad

<sup>75</sup> Véase Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

y ordenación temporal de la organización estatal. Toda la problemática de nuestra dogmática jurídico-constitucional desemboca, en último término, en la cuestión de cómo es posible la unidad y ordenación de la Constitución mediante la creación jurídica, la justicia y la ejecución.

No es menester dedicar mucho espacio a exponer la crítica a tal concepción del Título X. De lo dicho hasta aquí y de lo que digamos posteriormente, se entiende que no compartimos la misma. Bástenos con señalar que son, de manera fundamental, dos los motivos que nos conducen a ese rechazo. En primer lugar, porque compartimos, de forma plena, total y absoluta, la tesis del maestro De Vega de que:

El hecho de que la única legitimidad, y el único límite del poder de revisión, sean los establecidos en el propio procedimiento determina que, en sus contenidos y en el ejercicio concreto de su voluntad, el poder de revisión aparezca como un poder absoluto y sin control. Y, naturalmente, un poder limitado en la forma pero libre en el ejercicio de su voluntad, con capacidad de cambiar todos los principios, valores y normas que fundamentan ideológicamente el sistema, termina siendo el auténtico soberano.

En segundo término, porque estimamos que tienen toda la razón, por ejemplo, Hesse y Zagrebelsky cuando afirman que en toda Constitución, en tanto ésta no es más que la expresión normativa del conjunto de principios y valores que, por existir realmente en el seno de la sociedad, han sido consagrados por el *Pouvoir Constituant* originario y que, en última instancia, son los que definen e individualizan el texto constitucional de que se trate, ha de considerarse que existe un “núcleo estable e irreformable” (K. Hesse) o una “parte fija” o “contenido constitucional esencial” (G. Zagrebelsky),<sup>76</sup> y que éste, que existe con independencia de que haya sido incorporado formalmente a una cláusula de intangibilidad, ha de quedar excluido de la capacidad de acción tanto del legislador ordinario, como de la del poder de reforma, en la medida en que uno y otro son poderes constituidos y que, por ello mismo, se encuentran constreñidos a actuar en el marco de los límites determinados por la voluntad del Constituyente soberano. Nos sumamos, de esta suerte, a la opinión de Calzada, cuando indicaba que la existencia de límites materiales formales viene, ciertamente, y de forma incuestionable, a facilitar la labor del intérprete constitucional a la hora de determinar el contenido de aquél núcleo estable o irreformable de la

<sup>76</sup> Cfr. Zagrebelsky, G., *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984.

Constitución, pero que su ausencia en modo alguno implica que éste no exista, y que, del mismo modo, ello no excusa al intérprete de la tarea de tratar de identificarlo.

En lo que, sin embargo, sí me parece oportuno detenernos es en intentar de poner de manifiesto una circunstancia que suele quedar inadvertida para ese radical positivismo jurídico formalista y jurisprudencial que trata de explicar el derecho constitucional desde su reducción, al modo kelseniano, a un conjunto de reglas lógico-matemáticas y geométricas. Nos referimos al hecho de que fue, justamente, el Constituyente de 1977-1978 quien sentó las bases para que esta interpretación del Título X deviniera inviable. En efecto, la propia redacción de este Título pone de relieve que fue la intención real de la mayoría de la Constituyente la de excluir determinadas materias de la ulterior discusión de las fuerzas políticas. Lo que sucede es que, en lugar de identificar estas materias a través de la inclusión de una cláusula de intangibilidad, lo que hicieron fue establecer un segundo procedimiento de revisión. Segundo procedimiento de revisión que, en la medida en que se aparta claramente de aquel principio enunciado por Madison<sup>77</sup> del que el *amending process* debe proteger por igual contra una facilidad extrema que hiciera al texto constitucional demasiado variable y contra una exagerada dificultad que lo convirtiese en inmodificable, del que, con toda razón, y desde el primer momento, el profesor De Vega pudo decir que “se puede decir de antemano que no funcionará jamás. Más que de un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma”, y cuya introducción no pretendía otra cosa que dar auténtica realidad en el derecho español a aquella observación de Esposito<sup>78</sup> conforme a la cual la adopción de procedimientos superagravados para la modificación formal de la Constitución equivale, de hecho, al establecimiento de límites materiales expresos a la reforma.

Esta es, en efecto, la nota caracterizadora más relevante del artículo 168. La misma se descubre con la mera consideración de cuáles fueron los motivos que determinaron que, en el proceso de redacción y discusión del Proyecto Constitucional, las fuerzas del centro y de la derecha presentes en la Constituyente propusiesen su inclusión. En este sentido, debemos a Pedro de Vega una observación fundamental: la aprobación del artículo 168 obedece tan solo al deseo de tratar de conjugar dos preten-

<sup>77</sup> Cfr. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, México, 1982.

<sup>78</sup> Cfr. Esposito, C., *La validità delle Leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vici degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milán, 1964, reimpr. inalterada de la ed. de 1934.

siones radicalmente contrapuestas y que, además, resultaban difícilmente conciliables. Así, nos encontramos, por un lado, con el ya mencionado interés de las fuerzas presentes en la Constituyente de eludir cualquier medida que, de manera justificada o injustificada, pudiera recordar a las soluciones jurídicas adoptadas en la normativa fundamental, que nunca Constitución, de la dictadura monárquico-católica. Por otro, aparecía la pretensión de los miembros de AP y de los de UCD, al menos de los que provenían del *establishment* franquista, de sustraer de algún modo la Jefatura del Estado del ulterior debate entre las fuerzas políticas y, en definitiva, el evitar que la forma de gobierno monárquica pudiera ser sustituida como consecuencia de la futura actuación de las fuerzas que provenían de la oposición democrática al totalitarismo y que, obligados a ello para poder ser legalizados y concurrir a las elecciones de 1977, habían terminado por aceptar aquélla desde la asunción de la idea tiernista de la “monarquía como salida”. La manera que se ideó para conciliar tan dispares pretensiones fue, como decimos, la previsión de un segundo procedimiento de reforma, en el sentido de que, como escribió De Vega:<sup>79</sup>

La negativa del legislador constituyente a crear una super-legalidad constitucional, con el establecimiento de cláusulas de intangibilidad, por razones políticas... fue quien condujo a la regulación de ese procedimiento especial de reforma del artículo 168... Se recoge en él un mecanismo tan complejo, agravado y difícil que, por hacer impensable su puesta en funcionamiento, para lo que en realidad sirve es para convertir, por un medio indirecto, en cláusulas de intangibilidad los contenidos del articulado a que se refiere, y que no quisieron consagrarse abiertamente como límites explícitos al procedimiento de reforma.

El resultado de todo ello, no pudo ser, en verdad, más claro. Pérez Royo,<sup>80</sup> por ejemplo, lo ha expresado al señalar que:

Ante la imposibilidad de introducir cláusulas de intangibilidad, como se hubiera deseado... para impedir *de iure* el cambio de la Constitución en determinados contenidos, el Constituyente español ha buscado un rodeo para impedir *de facto* tal cambio. De ahí la artificiosidad de un precepto, obligado a

<sup>79</sup> Cfr. Vega, P. de, “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, *Revista de Política Comparada*, núm. 10-11, 1984.

<sup>80</sup> Cfr. Pérez Royo J., “La reforma de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 22, 1986.

decir y a proteger lo que se quiere decir y proteger, pero sin poderlo afirmar expresamente.

En la medida en que en el terreno de la práctica permite decir de la actual Constitución Española aquello que Bryce señaló respecto del régimen monárquico en la Constitución francesa de 1875, es decir, que, aunque no lo sea desde el punto de vista técnico y formal, era realmente inalterable, es menester indicar que la solución arbitrada, por el último Constituyente español resulta altamente útil para los intereses de la Casa Real reinante, que, en definitiva, es lo que se trataba de proteger. Lo que se deriva, de manera directa e inmediata, de la excesiva complejidad procedimental establecida por el artículo 168. Excesiva complejidad que por ser en cierto modo absurda, y en muchos casos arbitraria, hace que, como, de la mano de Publio, ha quedado dicho, el *amending process* en él establecido sea verdaderamente criticable desde los esquemas más generales de la Teoría del Estado y de la Constitución. Y es que, en efecto, no le falta razón al maestro De Vega cuando denunció que se trata de un mecanismo que.

Está cargado de contradicciones que pugnan con las más elementales reglas de la economía procesal. Ciertamente existen otros sistemas con trámites similares a los establecidos en el artículo 168... donde también, una vez aprobada la decisión de reforma por el Parlamento, se procede a su disolución para que las Cámaras nuevamente elegidas, la ratifiquen. No obstante, en el Derecho comparado se suele entender... que las elecciones generales sirven en este caso como una especie de consulta refrendataria indirecta... Lo que resulta anómalo de nuestro ordenamiento es que, después de la aprobación por dos tercios en las Cámaras que proponen la reforma, y después de la ratificación por dos tercios en las Cámaras nuevamente elegidas, se proceda a un ulterior referéndum para la aprobación definitiva.

Compartir la crítica, no ha de ser muy difícil de lograr. Bástenos con referirnos, y siguiendo, como siempre, las atinadas observaciones realizadas por De Vega, a dos aspectos controvertidos y que, en todo caso, se encuentran íntima, intrínseca y esencialmente relacionados, de suerte tal que el primero es, justamente y de un modo muy concreto, el fundamento de la censura al segundo.

En primer lugar, el procedimiento del artículo 168 es criticable, y mucho, por someter la materialización de la modificación formal del texto, o, si se prefiere, de las materias expresamente reservadas al mismo, a la aprobación de dos Legislaturas distintas y sucesivas. Es verdad que en

favor del modelo diseñado por el Constituyente de 1977-1978 podría alegarse que, aunque innegablemente complejo, los requerimientos y exigencias formales en él establecidos no llegan, ni mucho menos, al nivel establecido por el Constituyente francés de 1789-1791 cuando reguló la posible revisión de la Constitución ideando un procedimiento de reforma que, como bien señaló Arnoult, ofrece múltiples flancos a la crítica. Ahora bien, esto no debe hacernos olvidar que tal sistema puede chocar, de manera radical y definitiva, con la propia esencia del instituto de la *Verfassungsänderung*, y ello, por la sencillísima razón de que puede incapacitarle para actuar como el gran instrumento de defensa tanto de la Constitución vigente como, y desde una perspectiva más general, de la democracia. Es menester recordar que enfrentados al sistema de la aprobación de la reforma en varias legislaturas, la mayoría de la doctrina (P. Biscaretti, K. Loewenstein, K. C. Wheare, G. Contini, N. Pérez Serrano, R. Calzada...), se ha mostrado crítica con el mismo en cuanto que su correcto ejercicio puede verse alterado por el deseo de las fuerzas políticas con representación parlamentaria de hacer prevalecer sus intereses concretos y coyunturales, e incluso meramente personales y vinculados al que Montesquieu denominaba el “principio del honor”, sobre los propios intereses constitucionales. Téngase en cuenta que la exigencia de que la revisión haya de aprobarse en dos o más Legislaturas distintas y sucesivas, puede, a la postre, hacer que la reforma no se aborde cuando la misma se presente como políticamente conveniente, jurídicamente necesaria e históricamente ineludible e inaplazable, sino en algún momento posterior, y ello como consecuencia de los intereses, individuales o colectivos, de los propios parlamentarios. En efecto, de lo que se trataría, y aquí reside, precisamente, su gran falla, es dejar la puesta en marcha del procedimiento de revisión para el final de la Legislatura y, de esta suerte, soslayar el peligro de que, en las nuevas elecciones generales, los parlamentarios individuales, que habían apreciado la necesidad de la reforma, perdieran su escaño sin agotar su mandato.

En segundo término, es menester referirse a la exigencia del referéndum obligatorio para la definitiva aprobación de la reforma total o de la revisión que se refiera al Título Preliminar, al Capítulo 2o., Sección 1a. del Título I o al Título II, mientras que tan solo se prevé el referéndum facultativo para el resto de las reformas parciales. En este punto, resulta obligado, y en extremo pertinente, detenerse a hacer alguna precisión, que, en la medida en que posteriormente habremos de referirnos de nuevo a la problemática del referéndum, ha de ser breve.

Ningún constitucionalista puede ignorar que el principio básico y medular de toda la teoría democrática del Poder Constituyente es el de que

porque el pueblo se presenta, en cuanto que titular del ejercicio de la soberanía, como el único sujeto legitimado para aprobar la Constitución, es asimismo al pueblo, que conserva la condición de titular del poder soberano aunque no actúe como tal en el marco de un Estado constitucional ya operante, al que ha de corresponderle la facultad para proceder a la modificación formal de aquélla. Del mismo modo, tampoco podría desconocer, ni olvidar, ningún constitucionalista que la puesta en marcha de este principio, que es, por lo demás, esencial y connatural a la propia lógica del Estado constitucional mismo, encuentra, sin embargo, no pocas dificultades en el marco de los esquemas, teóricos y prácticos, de la democracia representativa, en virtud de la cual todo el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, y ya se trate de la aprobación de leyes ordinarias, ya de la actuación en el ámbito de la normativa fundamental, de residencia en las Asambleas parlamentarias y que, en consecuencia, tiene como únicos protagonistas, posibles y reales, a los representantes elegidos por los ciudadanos.

No es éste el momento oportuno para detenerse a recordar los problemas operativos que se derivan de la tensión entre las concepciones del demócrata radical Rousseau y las del liberal aristócrata y elitista Montesquieu y del hecho de que fueran las tesis defendidas por el segundo las que terminaron aceptando los primeros revolucionarios liberal-burgueses americanos y franceses de finales del siglo XVIII para llevar a cabo la ordenación concreta del propio Estado constitucional. Del mismo modo, tampoco lo es para pararnos a explicar que fue por cuanto que, con la ineluctable conversión de la soberanía de la nación en la soberanía parlamentaria, un tal sistema no hacía más que elevar, en un primer momento, a la oligarquía burguesa y, posteriormente, a las oligarquías de los partidos políticos a la condición de únicos depositarios legítimos del poder soberano del Estado, por ello la idea de que el *Pouvoir Constituant* puede ser representado terminó convirtiéndose en la regla general en el viejo continente.

Lo que nos interesa es solo poner de manifiesto que, no obstante lo anterior, tampoco los europeos renunciaron a hacer realmente efectivo ese principio esencial, nuclear y basilar del dogma político de la soberanía del pueblo. Tanto es así, que bien podría decirse que la historia político-constitucional europea de finales del siglo XVIII, todo el XIX y una gran parte del XX se ha definido, en muy buena medida, por el constante esfuerzo por hacer valer, tanto en el momento de aprobar la Constitución como a la hora de proceder a su revisión, la voluntad soberana del pueblo frente a la voluntad no soberana de los representantes parlamentarios, y



por el empeño en lograr conciliar éste con los corolarios que se derivan de la democracia representativa. Y, en todo caso, es menester indicar que el modo en que, se realizó cuando se abordó con seriedad esta pretensión, no pudo ser, en verdad, más simple, y, como no podría ser de otra forma, esto se concretó en la matización del propio sistema representativo, que tiene una clara implicación liberal, con la incorporación de mecanismos que hundan sus raíces en el más puro pensamiento del democratismo radical rousseauiano. Pedro de Vega lo ha puesto de manifiesto de modo magistral. Así, escribe

Precisamente para evitar que este derecho irrenunciable del pueblo [a decidir por él mismo los modos y las formas en que va a ser gobernado] pudiera convertirse en una mera declaración nominal, y que el ejercicio efectivo de la soberanía y del poder constituyente recayera exclusivamente en las Asambleas representativas o Convenciones, se abrió paso... la tesis rousseauiana de la necesidad de ratificar por el propio pueblo los textos constitucionales elaborados y discutidos por las Asambleas.

Desde estas perspectivas, la decisión del Constituyente de supeditar la definitiva aprobación de la *Verfassungsänderung* a la aprobación refrendataria de la misma por los ciudadanos del Estado no solo resulta plena, total y absolutamente coherente con los principios que se derivan de la teoría democrática del *Pouvoir Constituant du Peuple*, sino que podría, incluso, llegar a entenderse como una auténtica obligación por parte de aquél el establecer este trámite procedimental. Lo que se justificaría desde la creencia de que, como, de algún modo, sostiene Pergolesi,<sup>81</sup> la omisión de la exigencia de la consulta refrendataria, y la consecuente presunción de que, en tanto en cuanto la revisión ha sido elaborada, discutida y aprobada por unos parlamentarios que han sido elegidos por el cuerpo electoral, la reforma operada responde, siempre, y de forma tan necesaria como indiscutible, a la voluntad del pueblo, puede llegar a considerarse como un manifiesto y patente atentado al principio fundamental del dogma político de la soberanía popular, el cual, por lo demás, solo adquiriría auténtica realidad y entidad gracias, justamente, a la exigencia de la aprobación en referéndum de la reforma.

Lo anterior resulta de una singular certeza en aquellos sistemas en los que la elaboración del proyecto de revisión se lleva a cabo por el titular del Poder Legislativo ordinario, el cual lo aprobará por el acuerdo de una

<sup>81</sup> Cfr. Pergolesi F., *Diritto Costituzionale*, 15a. ed., Padua, 1972, 2 ts.

mayoría cualificada de sus miembros, expresado en una o varias votaciones pero siempre, y esto es lo importante, en la misma Legislatura. Piénsese que, en este supuesto, y como han hecho ver, por ejemplo, Cereti,<sup>82</sup> Cicconetti,<sup>83</sup> Lucifredi,<sup>84</sup> Ruini<sup>85</sup> o Calzada, no siempre es deducible el que, en la medida en que la reforma ha sido aprobada por una mayoría cualificada de los miembros del Parlamento, y que ésta se formó como resultado de los últimos comicios, ha de entenderse que siempre, y de manera indiscutible, la modificación formal del texto constitucional goza del consentimiento real del cuerpo político, siquiera éste sea tácito. Es más, en muchas ocasiones una tal presunción puede ser del todo gratuita.

La reforma de la Constitución Española de agosto de 2011 nos ofrece un magnífico ejemplo a este respecto. Recuértese que los dos partidos mayoritarios en las Cortes fueron muy tajantes en su negativa a la celebración del referéndum facultativo previsto en el artículo 167. Su justificación no pudo ser más simple. Coincidiendo, aunque con toda probabilidad sin saberlo, con lo afirmado por Contini respecto del sistema italiano, toda su argumentación descansa en la siguiente proposición: la celebración de la consulta refrendataria se presenta como algo absoluta, radical y totalmente superfluo en tanto que el texto aprobado ha obtenido el consenso del PSOE y PP, y que éstos habían recibido el apoyo de una amplísima mayoría del cuerpo electoral en las elecciones de 2008, solo cabe entender que la reforma por ellos aprobada goza también de la aprobación tácita o presunta de la mayoría del pueblo español en su conjunto. Ahora bien, ocurre que aun cuando la presunción establecida por los dirigentes de ambas organizaciones partidistas es la que se deriva de los esquemas de la democracia representativa con mandato libre, y que resulta inapelable cuando la misma se proyecta sobre la legislación ordinaria, únicamente puede ser comprendida como una presunción *iuris tantum* cuando se refiere a la *Verfassungsänderung*, y justamente por la importancia de la materia sobre la que versa la actividad normativa de los representantes. Es aquí donde aparece el problema de tratar de deducir el apoyo tácito del cuerpo político, y donde, a nuestro juicio, tenían toda la razón los partidos minoritarios al demandar la celebración del referéndum. Y ello, porque resulta muy difícil entender que los ciudadanos estén tácitamente de acuerdo con un revisión constitucional que, como

<sup>82</sup> Cfr. Cereti C., *Corso de Diritto Costituzionale italiano*, 2a. ed., Turín, 1949.

<sup>83</sup> Cfr. Cicconetti, S. M., *La revisione de la Costituzione*, Padua, 1972.

<sup>84</sup> Cfr. Lucifredi, R., *La nuova Costituzione italiana*, Milán, 1952.

<sup>85</sup> Cfr. Ruini, M., *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Milán, 1953.

sucedía, había sido planteada al final de la Legislatura, versaba sobre un asunto que no se planteaba, ni parecía necesario plantear, en 2008, y que, por último, había sido justificada por sus promotores como el mecanismo adecuado para satisfacer las exigencias y los intereses, no del pueblo español al que, según el artículo 1.2, corresponde la soberanía, sino de lo que eufemísticamente se llama hoy “los mercados”.

Pero si es, por referirnos tan solo al derecho español, en el supuesto del *amending process* establecido en el artículo 167 donde la exigencia, claramente democrática, del referéndum popular para la definitiva aprobación de la revisión adquiere su verdadero sentido, auténtica entidad y pleno significado, es lo cierto que la misma puede, sin embargo, llegar a considerarse como un trámite superfluo cuando, como sucede en el artículo 168, entre la fase de determinación del principio de reforma y la aprobación de la modificación formal del texto median unas elecciones generales, que, en definitiva, y como, desde una perspectiva general, han indicado, por ejemplo, un Bryce o un Cereti, otorgan ya al sistema un inequívoco carácter democrático. Lo que se explicaría por cuanto que, como, entre otros y desde las más diversas consideraciones, han puesto de manifiesto Arnoult, Mortati,<sup>86</sup> De Vega, Cicconetti, Contini y Calzada, en este supuesto, las elecciones de las que surgirá la Cámara que aprueba definitivamente la reforma adquieren una naturaleza innegablemente refrendataria en el sentido de que, al girar toda la campaña sobre el contenido de la revisión y verse obligadas las distintas fuerzas políticas a posicionarse sobre la misma, permiten un pronunciamiento indirecto de los ciudadanos sobre la modificación formal que los gobernantes pretenden llevar a cabo. De esta suerte, y volviendo de nuevo a la normativa vigente en España, lo que sucede es que bien puede entenderse que, a diferencia de lo que ocurre con las Cortes que actúan el *amending process* contenido en el artículo 167, estas segundas Cortes Generales a las que se refiere el artículo 168 sí tendrían conferido por el pueblo aquel poder extraordinario que, como ya hemos visto, requería Sieyès para que el Parlamento pudiera válida, lícita y legítimamente actuar en el nivel de la norma constitucional.

De todos modos, es necesario advertir que si el artículo 168 se muestra como un instrumento indudablemente práctico al servicio de la Corona, no por ello ha de considerarse que la solución adoptada por el Constituyente sea un ejemplo de una buena técnica jurídico-constitucional. Más bien ha de afirmarse lo contrario. Esto es, que ni siquiera actúa como un

<sup>86</sup> Cfr. Mortati, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9a. ed., Padua, 1985, 2 ts.

buen mecanismo para asegurar la forma de gobierno monárquica en España y bajo la vigencia formal y material del texto de 1978. Y es que, en efecto, lo que sucede es que, como ha precisado el profesor De Vega, nos encontramos ante un *amending process* que resulta muy criticable en tanto que “cuando [el mismo] se enfoca desde el punto de vista de su funcionalidad política, puede incluso resultar peligroso, generando efectos contrarios a los que con él se pretendieron lograr”.

Esto último ha de ser fácil de comprender. Bastará con tomar en consideración la gran diferencia que existe entre lo que sucede en los ordenamientos constitucionales en los que la forma de gobierno ha sido incorporada a una cláusula de intangibilidad, y los beneficios prácticos que de ello se derivan, y lo que sucede en el supuesto español. El artículo 139 de la Constitución italiana de 1947 nos ofrece un magnífico ejemplo en este sentido. De todos es conocido que, no siendo viable la doctrina de la doble revisión con la que los partidarios de la monarquía italiana trataron de presentar como una hipótesis válida, lícita y legítima una posible revisión que tuviera por objeto el cambio de la República por una nueva monarquía, no hay posibilidad alguna en Italia de que las fuerzas políticas pongan en discusión la forma de gobierno, al menos mientras continúe en vigor el texto de 1947. Que ello sea así, no es complicado de entender, al menos desde la lógica de una forma política que se define porque los poderes constituidos solo pueden hacer aquello que les está permitido por el derecho. Lo que significa que si la República es intangible en Italia es porque fue la voluntad soberana del Constituyente la que, de una manera clara, precisa y expresa, excluyó la decisión sobre la misma del haz de facultades del poder de reforma. Ahora bien, lo que nos interesa es tratar de delimitar el sentido y el alcance que tiene esa prohibición, y que se manifiestan en un doble sentido. En primer término, nos encontramos con que, como señala Zagrebelsky, el límite material expreso consagrado en el artículo 139 no puede tan solo ser interpretado como la mera declaración de intangibilidad de la actual configuración de la Jefatura del Estado, sino que ha de entenderse, por el contrario, que incluye también la prohibición de cualquier intento de derogar, incluso aunque sea con la utilización del procedimiento de reforma, todos aquellos principios irrenunciables de la institución democrático-republicana que, en cuanto tales, forman parte del núcleo esencial e irreformable de la Constitución. En segundo lugar, ocurre que si la cláusula de intangibilidad del artículo 139 tiene esta virtualidad, lo cierto es, sin embargo, que se trata de una prohibición genérica que en modo alguno excluye el que puedan operar-

se cuantas revisiones sean, por el motivo que fuere, necesarias en los artículos concretos que regulan esa institución democrático-republicana.

Todo lo contrario sucede en el actual derecho constitucional español. En efecto, lo que sucede es que, al menos teóricamente, las fuerzas políticas podrían en cualquier momento plantear la cuestión de la forma de gobierno y, por no existir ninguna previsión específica al respecto, podrían asimismo proceder a la proclamación de la Tercera República española con la mera puesta en marcha del procedimiento de reforma establecido en el artículo 168, y sin más límite que el que, como se desprende de la propia caracterización de la monarquía constitucional hecha por Stahl, esta Tercera República habría de responder a la organización del sistema de gobierno parlamentario. Sin embargo, la excesiva complejidad procedimental del sistema, así como la elevada carga política que la operación puede implicar, determinan que sea lamentablemente inviable el que se lleve a cabo cualquier modificación formal, incluso aunque tuviese un mero carácter de mejora técnica, de cualquiera de los artículos sometidos a la reserva de procedimiento establecida por el artículo 168,<sup>87</sup> y de manera principal los contenidos en el Título II.

Ha sido, de todos modos, la propia dinámica española la que ha venido a confirmar que esto es así. Y ha sido también esa misma dinámica jurídica y política la que, en definitiva, obliga a dar la razón al maestro De Vega cuando criticó la decisión del Constituyente de substituir las cláusulas de intangibilidad por la adopción del proceso de reforma contemplado en el artículo 168, señalando que:

No se cayó en la cuenta, sin embargo, de que, cuando en las Constituciones se introducen cláusulas de intangibilidad, se establecen prohibiciones genéricas de reforma que no impiden la modificación de artículos concretos... Lo que ocurre con el artículo 168 es exactamente lo contrario. No se declara la irreformabilidad de la forma política del Estado, pero de hecho se imposibilita la modificación de los artículos relativos a la Corona. Y qué duda cabe que circunstancias históricas y políticas pueden hacer aconsejable la modificación de algunos de estos artículos... De esta suerte, el simple cambio de un artículo sobre la Corona, por el complicado mecanismo exigido en el artículo 168, en el supuesto de hacerse necesaria su reforma, terminaría generando un trauma político y constitucional grave.

<sup>87</sup> Cfr., en este sentido, Calzada Conde, R., "La garantía normativa de la rigidez: ¿especial protección de los derechos fundamentales y libertades públicas?", *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, vol. I.

La suerte corrida por el anuncio realizado, en 2004, por Rodríguez Zapatero de que se iba a proceder a la reforma del artículo 57.1 de la actual Constitución, no permite llegar a otra conclusión. Todos, con independencia del grupo académico al que pertenezcamos, o de la metodología que nos parezca más adecuada, debíamos estar de acuerdo en ello.

Lo que debe ponerse de relieve es que fue el temor de que el referéndum preciso para la válida aprobación de la revisión pudiera convertirse fácticamente en un auténtico plebiscito sobre la forma de gobierno, lo que determinó el que la anunciada reforma quedase relegada al olvido. Lo que, en definitiva, supone que, frente a quienes ingenuamente sostenían que:

Yo no veo que el artículo 168 plantee graves problemas. Bien porque las materias a las que se refiere son las decisiones políticas fundamentales de la Constitución o los valores indispensables... que deben estar por encima de toda discusión, o bien porque hacen referencia al Título II, cuyos artículos o son dignos de protección, o son el resultado de una tradición histórica... se puede considerar que no necesitarán alteración alguna en tanto la Monarquía Parlamentaria siga siendo la forma política del Estado español (J. Pérez Royo).

Han adquirido auténtica realidad, entidad y naturaleza aquellas críticas realizadas por el profesor De Vega, y se ha puesto de manifiesto que tenía toda la razón cuando advirtió que se trataba de un *amending process* que no funcionaría jamás.

Lo único que habría que añadir es que la práctica ha puesto de manifiesto que los altamente distorsionantes efectos que mi dilecto maestro predicaba del artículo 168, se han mostrado todavía más perniciosos, y, por ello mismo, más peligrosos para el propio mantenimiento de la forma política Estado constitucional democrático y social entre nosotros. Lo que resulta palmario si se toma en consideración que su verdadera virtualidad no ha sido, y ello es ya lo suficientemente grave, la de impedir las necesarias modificaciones de los preceptos a los que este artículo se refiere, y que van ciertamente más allá de la problemática de la forma de gobierno. Por el contrario, lo que ha hecho, ha sido petrificar en el terreno de los hechos todo el ordenamiento constitucional. La prueba de ello, es que no solo se ha abandonado la idea de revisar el artículo 57.1, sino que, por el temor a las consecuencias que pudiera generar para la monarquía, se ha optado por no llevar a cabo las otras reformas a las que se refirió Rodríguez Zapatero en 2004, ni otras muchas que fueron

incorporándose a aquella propuesta —la mayoría de las cuales deberían substantiarse según lo dispuesto en el artículo 168—, y que si respondían, y de forma patente, a la idea de que la *Verfassungsänderung* deviene políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria e históricamente ineludible, ineluctable e inaplazable.

De lo anterior se deriva otra consecuencia que, incluso a riesgo de ser acusado de vanidoso y soberbio, no quisiera silenciar. Me refiero a la circunstancia de que ha sido la propia dinámica de la España de 1978 la que ha venido a darme la razón en el juicio, ciertamente poco favorable, que, partiendo de las enseñanzas de Pedro de Vega, formulé<sup>88</sup> en relación a la escasa operatividad práctica de este procedimiento de revisión, y sobre la nula posibilidad de proceder a la corrección del mismo. Piénsese, en este sentido, que frente a la tesis —fundamentada en la idea, defendida ya por Mortati, Hesse y Ehmke,<sup>89</sup> conforme a la cual el *amending process* puede ser objeto de una revisión constitucional siempre y cuando la misma no suponga el abandono del principio de rigidez—, defendida por Calzada Conde, según la cual ante la imposibilidad de poner en marcha el procedimiento contemplado en el artículo 168, lo que, utilizando este mismo mecanismo para operar su modificación:

Sí puede hacerse, cuando... fuere necesario jurídicamente reformar el procedimiento previsto en el precepto que nos ocupa, es... remover las mayorías o la traba que suponga la ineficacia de este procedimiento, siempre que no se olvide que el nuevo artículo debe seguir respondiendo al principio de rigidez o de preeminencia de la Constitución... Con esta hipotética solución se intenta resolver la concepción que considera el procedimiento previsto en el artículo 168 como inviable *per secula seculorum*.

Lo que al final ha ocurrido es que tenía yo razón cuando escribí que:

La aceptación de esta tesis elimina, cuando menos en el plano teórico, el riesgo de pretrificaciones de la Constitución. Sin embargo, tenemos ciertas dudas en cuanto a su posible virtualidad práctica en un futuro inmediato. Téngase en cuenta que si el procedimiento del artículo 168 es tan complicado que impide la reforma de todos los artículos a que se refiere, esa misma com-

<sup>88</sup> Cfr. Ruipérez, J., “Una cuestión nuclear para la Teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el Estado Constitucional democrático”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997.

<sup>89</sup> Cfr. Ehmke, H., *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, 1953.



plejidad y agravamiento impedirá... su puesta en marcha cuando se pretenda su automodificación. Podría pensarse, y así nos consta que lo hace Rogelia Calzada, que en el supuesto de hacerse necesaria la reforma, se impondría la lógica de la racionalidad del sistema democrático sobre los propios intereses partidistas que condujeron a la introducción del artículo 168. De esta suerte, se dirá que, una vez comprobado en la práctica que este artículo no permite realizar las revisiones política y jurídicamente pertinentes, todas las fuerzas políticas se pondrían de acuerdo en la necesidad de su substitución... Ahora bien, dado el actual sistema de partidos en España, y la correlación de fuerzas en el Parlamento, tampoco nos parece que esto último sea una posibilidad real a corto plazo. Piénsese que, al consentir la modificación del artículo 168, lo que se estaría haciendo no es sino abrir la puerta a la posible reforma de determinadas instituciones —entre ellas [y principalmente] la Corona—, y no puede olvidarse que esto era... lo que se quería evitar con este artículo.

Y es, de todos modos, por esta imposibilidad por la que se produce mi acuerdo total con el juicio general que, formulado también desde las enseñanzas que a ambos nos transmitió el maestro De Vega, la profesora Calzada realiza sobre lo criticable que resulta el excesivo grado de rigidez con el que el Constituyente de 1977-1978 revistió este *amending process* especial, en tanto que una opción tal “no hace más que favorecer la utilización de las vías de hecho. Se convierte así esto procedimiento de Reforma en una paradoja, toda vez que la Reforma Constitucional debe, precisamente, posibilitar y no, por el contrario, obstaculizar la transformación de la Constitución por los cauces legales”.

En tales circunstancias, surge ante nosotros un último interrogante que, aunque no podemos darle una respuesta, no podemos dejar de consignar. Éste se concreta en la pregunta de hasta qué punto todos aquellos estudiosos adscritos al positivismo jurídico que, apelando a las más puras concepciones democráticas y, de modo particular, a la idea contenida en la máxima revolucionaria de *Le Pouvoir Constituant d'un jour n'aucun titre à limiter le Pouvoir Constituant de l'avenir*, llegaron a la conclusión de que la aprobación del artículo 168 constituía, de manera indisputable, uno de los más grandes, si no el más grande, acierto del legislador constituyente de 1977-1978, no deberían, viendo lo que ha sucedido en la práctica, mudar su parecer, y proceder ahora, no digo yo que, al modo jeffersoniano, a decretar su absoluta nulidad, pero sí a condenarlo en cuanto que el mismo termina por erigirse en un incuestionable instrumento para, por seguir con la imagen de Jefferson, lograr someter a las generaciones futuras a la voluntad de las generaciones del pasado, y, en definitiva, a que

las primeras no puedan jamás plantearse la cuestión de la posible sustitución de la actual monarquía parlamentaria por una república también parlamentaria.

## V. LA HIPÓTESIS DE LA REFORMA TOTAL: ¿MERA OPERACIÓN JURÍDICA LIMITADA O ACTO REVOLUCIONARIO?

El segundo de los caracteres más notables del mecanismo a través del cual puede llevarse a cabo la revisión de la actual Constitución Española —y en el que, por todo lo dicho en el apartado anterior, y para no resultar reiterativos, no es preciso extenderse demasiado—, es el que se refiere a la decisión del constituyente de haber previsto la hipótesis de la revisión total. La figura, aunque no muy extendida, no es desconocida en el derecho comparado. Es más, debemos a Borgeaud<sup>90</sup> la observación de que en el primer documento de gobierno que previó la posibilidad de su propia transformación, el texto constitucional de Massachusetts de 1780, sus autores lo hicieron sancionando un procedimiento que resultaba indiscutiblemente apropiado para realizar reformas totales del texto constitucional, pero de muy escasa utilidad para atender la, sin disputa mucho más frecuente, necesidad de verificar revisiones parciales. De ahí, justamente, el que el mismo Borgeaud considere que fue en realidad con el Código Constitucional federal con el que realmente hizo su entrada en la historia el principio de rigidez, y que fue por emulación a éste como dicho principio se introdujo en las Constituciones estatales ya en el siglo XIX, siendo la Constitución de Connecticut, elaborada por la Convención de Hartford en 1818, la primera entre los textos estatales que, en su artículo 11, reguló el procedimiento de reforma constitucional, y siguiendo ya el ejemplo de ésta se consagraría en los códigos jurídico-político fundamentales de Maine y Alabama, ambas de 1819, y, finalmente, acabaría imponiéndose en todas las Constituciones de las colectividades federadas.

No obstante lo anterior, es menester indicar que, en muy buena medida por lo confuso de su nombre, la posibilidad misma de las reformas totales no ha sido, en modo alguno, una cuestión pacífica en el ámbito teórico. Polémica que va desde quienes, atendiendo a que suele establecerse una mayor complejidad procedimental y se requiere la intervención di-

<sup>90</sup> Cfr. Borgeaud, Ch., *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893.

recta del cuerpo electoral, predicando no solo su posibilidad, sino también su plena validez, licitud y legitimidad (P. Biscaretti,<sup>91</sup> C. J. Friedrich...), a quienes, por considerarlo una auténtica traición a la voluntad soberana del pueblo que encuentra su expresión normativa en el texto de la Constitución, niegan que sea admisible el que pueda procederse a la revisión total, pasando por aquéllos que, como hace De Vega, entienden que aun cuando el Constituyente haya previsto esta figura, es lo cierto que en su materialización real y práctica la misma nunca podrá ser verdaderamente una “reforma total” en la medida en que como mínimo los contenidos esenciales de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional jamás podrían ser derogados por el poder de reforma constitucional, que, aunque ciertamente extraordinario en la medida en que está legítimamente autorizado para actuar en el nivel de la normativa fundamental, no deja de ser un poder constituido. Como es obvio, no podemos, y pese a su indudable interés, detenernos a realizar una exposición exhaustiva y pormenorizada de cada una de las posiciones, no siempre coincidentes ideológica y doctrinalmente, defendidas por cada uno de los autores que se han pronunciado sobre el particular. Nos remitimos, por ello, a la exposición realizada por Calzada en la que fue su muy brillante memoria de Tesis Doctoral.

Lo que ahora nos interesa es solo referirnos a las consecuencias que la decisión del Constituyente ha tenido para la obtención de una ponderada y cabal comprensión del instituto de la *Verfassungsänderung* en el derecho constitucional, teórico y práctico, elaborado en España desde la entrada en vigor de la Constitución. De esta suerte, lo primero que hemos de consignar es que la constitucionalización de la reforma total ha sido recibida de muy diversa manera por los estudiosos del derecho constitucional, y tanto en su posibilidad misma como en cuanto a su posible extensión. En este sentido, nos encontramos con que no han faltado autores (J. Jiménez Campo, M. Aragón...) que no solo han aplaudido el que esta hipótesis se haya consagrado en el Código Constitucional, lo que justifican por entenderlo como una magnífica respuesta normativa a la exigencia del más puro pensamiento democrático, sino que, además, van a felicitar esta opción desde el entendimiento de que la misma no supone más que la autorización hecha por el Constituyente a favor del poder de revisión para que éste, con la obligada observancia de todos los requerimientos y exigencias formales previstas en el artículo 168, pueda ejecutar tanto a la mera materialización del cambio en el orden constitucional, como a la

<sup>91</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho Constitucional*, Madrid, 1965.

verificación de actos revolucionarios, a través de los cuales, y con absoluto respeto al sistema de legalidad, podría procederse a la creación de un régimen político nuevo y al establecimiento de un ordenamiento constitucional radicalmente diferente al que existía cuando el *amending process* fue puesto en marcha.

Nadie puede ignorar que la anterior interpretación de la revisión total —que, por lo demás, ha de resultar especialmente grata a las fuerzas del nacionalismo conservador catalanista y vasquista, sobre todo en su empeño, que empieza a hacerse manifiesto y patente a partir de 1995, se enuncia formalmente en la “Declaración de Barcelona” de 1998 y, por último, trata de materializarse en el plano normativo desde los primeros años de 2000, por transformar el actual Estado de las autonomías en una suerte de Confederación de Estados articulada sobre los esquemas políticos a los que parecía responder el viejo monarquismo alemán—, encierra una serie de consecuencias que pueden chocar con el correcto y adecuado funcionamiento del régimen constitucional. Consecuencias que son tanto de carácter práctico como teórico, y que resultan, dicho sea con el mayor de los respetos y, naturalmente, dando por supuesto que en modo alguno era la intención de sus mantenedores favorecer tal situación, extremadamente graves para el mantenimiento, desarrollo y consolidación del Estado constitucional democrático y social, que fue, de manera indiscutible, el que diseñó el último constituyente español.

Téngase en cuenta que mantener que la reforma total supone que el poder de revisión está autorizado para llevar a cabo actos revolucionarios, y ello por cuanto que aquél, equiparado en todo al *Pouvoir Constituant* originario y sin atender siquiera al hecho de que uno actúa en el momento revolucionario y fáctico y otro en el seno del Estado constitucional ya operante, se configura, y en el más alto nivel normativo del Estado —y, en todo caso, rompiendo el principio básico, central, medular y basilar de la propia forma política “Estado constitucional”, conforme al cual, y como nos dicen, por ejemplo, Friedrich y Kriele,<sup>92</sup> en su seno, y porque todos los poderes que actúan en él, como garantía de la libertad, han de ser limitados, no puede existir un poder soberano actuante, al menos en condiciones de normalidad—, como un poder absoluto, soberano y que aun cuando limitado en las formas de su actuación, se presenta, sin embargo, como un poder ilimitado en el contenido material de su voluntad,

<sup>92</sup> Cfr. Friedrich, C. J., *La democracia como forma política y como forma de vida*, 2a. ed., Madrid, 1965; *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, 2 vols.; M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimación del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980.

únicamente puede conducir a una situación que solo, y desde la más elemental lógica jurídica y política inherente al propio constitucionalismo, puede ser considerada como absurda. Piénsese que cuando se considera que el poder de revisión es el propio Poder Constituyente, y con las mismas potestades que éste, lo que sucede es que, como muy bien ha puesto de manifiesto, en su insuperado, y seguramente insuperable, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Pedro de Vega:

En cualquier caso se trata de un poder autolimitado en el procedimiento, pero absolutamente libre y soberano en el objeto y en el contenido de su voluntad. Y, naturalmente, un poder que conserva sus plenas facultades soberanas y es libre en el objeto, por necesidad seguirá siendo un poder constituyente... Su condición de poder constituido en la forma y en el procedimiento no dependería, en definitiva, de la Constitución, sino de su propia voluntad. Igual que como poder libre y soberano, en determinados momentos, puede acatar los procedimientos de actuación establecidos en la norma fundamental, en otras circunstancias puede no hacerlo. Lo que equivale a indicar que las reformas constitucionales no serían explicables, en ningún caso, como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por sí misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como producto de la voluntad autónoma y libre del poder constituyente. Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, todo esto quiere decir que, cuando la revisión se concibe como obra de un poder soberano en el objeto, aunque se presente como constituido y limitado en el procedimiento, la propia institución de la reforma constitucional, en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento, deja de tener sentido.

Directamente relacionado con esto, surge la segunda consecuencia perniciosa de la interpretación de la reforma total que ahora nos ocupa. Nos referimos a que lo que afirma esta tesis es que, en virtud del artículo 168, el poder de reforma no solo está facultado para llevar a cabo la modificación del texto, sino que también lo está para proceder a la derogación de éste y a su sustitución por una Constitución nueva, más o menos parecida o más o menos diferente a la actual. Lo que significa que aquella distinción, planteada, por ejemplo, por Schmitt entre la reforma, la aprobación de un nuevo texto constitucional, la supresión o cambio de Constitución, y, por último, la destrucción de la Constitución, que siempre había sido necesaria en el marco de una Teoría del Estado y de la Constitución que tenga por objeto, y que, además, no puede tener otro, el hacer verdaderamente efectivas y reales las ideas de democracia y libertad, y que se había convertido

en un imperativo insoslayable para el constitucionalismo surgido a partir de 1945, no puede formularse en el actual derecho español, y ni tampoco tendría sentido el plantearse la si quiera como un problema teórico. Y ello, por la sencillísima razón de que, a la luz de la tesis que comentamos, todas estas hipótesis se presentan como problema teórico.

Es en esta circunstancia donde reside el motivo de que la reforma total, al menos interpretada —al modo de aquel Schmitt<sup>93</sup> que, todavía en 1979, y contrariando lo que afirmaba en 1928, justificaba la aniquilación de la Constitución alemana de 1919 por parte del nazismo en términos de “revolución legal”—, como la legalización de la revolución, haya sido generalmente considerada como una hipótesis a rechazar y no como el más claro exponente de la eficacia del principio democrático en el Estado constitucional ya operante. Lo que no ha de resultar muy difícil de comprender. Basta con considerar que esta concepción supone que el Constituyente estaría abriendo la puerta a la posibilidad de que, como sucedió en la República alemana de 1919, una fuerza política partidaria del totalitarismo y que hubiera resultado vencedora en los últimos comicios, pudiera proceder a la destrucción y aniquilación absoluta del sistema de libertad total en que se concreta el Estado constitucional, con tan solo respetar formalmente el principio de legalidad establecido por la Constitución, y aunque ello suponga la negación radical y definitiva del principio de legitimidad en que aquélla se fundamenta. Pero, y esto es importante, la situación sería todavía peor que en Weimar. El profesor De Vega ha hecho unas observaciones fundamentales a este respecto, a las que no podemos dejar de referirnos. Piénsese que en la Alemania del periodo entre guerras, y estando cuando menos formalmente vigente la Constitución de 1919, la actuación del partido nacional-socialista pudo ser considerada como la verificación de un *fraude à la Constitution* y, en consecuencia, denunciada como la inaceptable comisión de una verdadera transgresión constitucional. Esto no sucedería, empero, y de acuerdo con quienes niegan la existencia de límites materiales a la revisión y afirman la reforma total como acto revolucionario, en la España de 1978. Totalmente ajenos a la idea de que, como indica Esposito, tan irracional es pretender prohibir jurídicamente el que puedan verificarse cambios revolucionarios, que, por tales, serán siempre antijurídicos, como pretender que un orden jurídico estatal dado dé legitimidad a un cambio revolucionario *de facto* que, ateniéndose, sin embargo, a la observación estricta del

<sup>93</sup> Cfr. Schmitt, C., “La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 10, 1979.

procedimiento legal-constitucionalmente establecido para llevar a cabo la reforma, tenga por objeto imponer una nueva legitimidad, la operación sería, para estos autores, siempre, y sin discusión posible, válida, lícita y legítima. Pero ello supone que con una tal opción lo que se está haciendo es, pura y simplemente, convertir la legalidad del Estado constitucional democrático en el instrumento legitimador del golpe de Estado.

A la vista de lo anterior, y habida cuenta que el actual texto español recoge esta figura, como profesionales universitarios dedicados al estudio del cómo hacer posibles, reales y efectivas las ideas de “democracia”, “libertad” e “igualdad” en un régimen de “libertad total”, lo que hemos de hacer es encontrar una alternativa que, al reconducirla a la propia esencia del instituto de la *Verfassungsänderung*, permita conciliar la hipótesis de la revisión total con el adecuado, correcto y ponderado funcionamiento del Estado constitucional e, incluso, comprenderla como un instrumento de garantía de la Constitución. Lo que, como es obvio, nos obliga a situarnos en los esquemas conceptuales de aquellos autores que admiten como válida la reforma total, aunque, sin embargo, con algún condicionamiento.

Debemos recordar, en este sentido, que la hipótesis de la revisión total fue defendida, desde una óptica general, por Hesse, que, además, le otorga una decisiva y trascendental importancia desde la concepción de la misma como un adecuado instrumento de corrección general de la Constitución vigente en el Estado. Es tan así, que para éste ha de entenderse que es no solo viable en aquellos ordenamientos que expresamente la contemplan, sino que ha de entenderse válida, lícita y legítima también en aquellos otros en los que el *Pouvoir Constituant* no la excluyó, e incluso aunque éste hubiese sancionado cláusulas de intangibilidad. La tesis de Hesse resulta plenamente lógica y, en todo caso, totalmente coherente con su propia concepción de la estática y dinámica constitucionales. En efecto, cuando se entiende, como hace él, que acudir con frecuencia a la técnica de la reforma puede hacer mermar la fuerza de la Constitución, y que, en consecuencia, es preferible que los cambios constitucionales, siempre que puedan presentarse como verdaderas mutaciones, se verifiquen como modificaciones no formales del texto, nada de extraño tiene que se defienda la revisión total como un mecanismo deseable en tanto que con la misma lo que se lograría sería que, con una única puesta en marcha del *amending process*, el código constitucional pudiera adecuarse a la nueva realidad política, social y económica sin que perdiera credibilidad ante la opinión pública.

No vamos a entrar a discutir si la idea de Hesse resulta del todo correcta o si, por el contrario, la posibilidad de fiar todos los posibles cambios



formales de la Constitución a la realización, aunque sea cada muchos años, de reformas totales no puede terminar generando un efecto radicalmente contrario al que éste pretendía conseguir. Aunque, sin embargo, no podemos dejar de señalar que mucho nos tememos que sea esta última alternativa la que pueda producirse. Y ello, por la sencillísima razón de que, a nuestro juicio, tiene razón Stern cuando, aun admitiendo la posibilidad de la reforma total, señala que, por un lado, el simple número de reformas operadas no permite extraer consecuencias sobre el cómo cumple su función el texto constitucional, y, por otro, que tampoco es aquél el que va a determinar la merma de la fuerza normativa de la Constitución. Lo que, como dice Stern, determinará una u otra cosa será, solo, la entidad y el contenido de las revisiones. De esta suerte, nos encontramos con que tal vez el sentimiento constitucional de los ciudadanos se vea mucho más perjudicado por la verificación de una única reforma del texto constitucional, pero que introduzca substanciales transformaciones en éste, que por la materialización de muchas revisiones en las que las modificaciones introducidas revistan poca importancia. El ejemplo alemán, en donde se llevaron a cabo 34 reformas en los primeros 33 años de vigencia de la ley fundamental, viene, de cualquier forma, a dar la razón a la apreciación de Stern.

Lo que nos interesa es dejar constancia de que existe una gran divergencia entre la postura defendida por Hesse y la que antes analizábamos. Discrepancia esencial que es la que, en definitiva, hace que la tesis del alemán nos parezca asumible. Y es que, en efecto, no concibe Hesse la reforma total como una facultad ilimitada en manos del poder de revisión. Antes al contrario, lo que éste, coincidiendo de algún modo con la opinión de el Schmitt de 1928, nos dice es que para que la reforma total se presente como una hipótesis válida, lícita, legítima y, en consecuencia, admisible es menester que el legislador que la lleve a cabo respete, siempre y de manera tan forzosa como ineludible, el núcleo estable e irreformable de la Constitución de que se trate.

Desde esta perspectiva, el instituto que ahora nos ocupa adquiere una dimensión y un significado bien distinto al que han pretendido otorgar un buen número de nuestros más ilustres constitucionalistas a la previsión contenida en el artículo 168. Sentido y significado diferentes que son los que autorizan a Calzada a considerar que el:

Supuesto de la Reforma Total, felizmente adoptado por los Constituyentes consciente o inconscientemente, ya que la previsión de la Reforma Total es, en contra de lo que la mayoría... opina, un avance a la hora de comprender

adecuadamente el alcance y la finalidad que con la institución de la Reforma se persigue: la defensa de la Constitución hasta el límite connatural de la propia institución.

Punto de partida de esta concepción es el de que quien aparece constitucionalmente facultado para llevar a cabo la revisión total es un sujeto que, por su propia naturaleza, ejerce un poder limitado en el contenido formal y material de su voluntad. Lo que significa que, porque no está legitimado para realizar actos revolucionarios, su actividad ha de ser, siempre e inescusablemente, respetuosa con lo establecido por la voluntad soberana, absoluta y, ahora sí, ilimitada del Poder Constituyente. De esta suerte, la conclusión a la que, desde la más elemental lógica jurídica y política, ha de llegarse se presenta como algo evidente. Y esta no es otra que la posibilidad de la reforma total sería admisible siempre y cuando, sí y solo sí, la misma tenga por objeto la variación de la literalidad de toda la Constitución, pero no si cuando el cambio formal total tuviera por objeto la pretensión de verificar un acto revolucionario con el que, en definitiva, se diera paso al establecimiento de un régimen político y constitucional nuevo. Nos sumamos, de esta suerte, a la opinión de Mortati —y que fue ya aceptada en la década de 1950 por Andriano en el Seminario de Derecho Político de Salamanca—, conforme a la cual, incluso en estos supuestos, el poder de reforma habrá de respetar los principios que caracterizan el orden constitucional en términos generales, así como todos aquellos valores y principios que, sancionados por el Constituyente, caracterizan e individualizan la Constitución. Cuando, por las razones que sean, las fuerzas políticas que operan en el Estado no desean respetar estos límites, y se proponen ir más allá, la *Verfassungsänderung*, incluso en su modalidad de revisión total, deviene, de modo tan incuestionable como inconcuso, una alternativa inviable, y, en cuanto que materialización de un verdadero acto revolucionario, el poder de reforma ha de ceder el paso a la actuación del pueblo soberano actuando ahora como un nuevo Poder Constituyente revolucionario.

## VI. LA EXIGENCIA DEL REFERÉNDUM OBLIGATORIO COMO NEGACIÓN DE LOS LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA, Y CRÍTICA A ESTA TESIS

Existe una última causa que dificulta, y en muy gran medida, la obtención de una ponderada y cabal comprensión de la problemática de los límites materiales a la reforma. Y ésta no es otra que la decisión del Cons-

tituyente de haber consagrado el referéndum obligatorio para la válida aprobación de las revisiones a las que se refiere el artículo 168.

No vamos a entrar a discutir sobre si de la participación del cuerpo electoral en el procedimiento de reforma cabe deducir, o no, el que las reformas así aprobadas gozan de un mayor rango jerárquico que las leyes de revisión que únicamente han sido aprobadas por el Parlamento, en la medida en que en el primer caso la revisión se presentaría como un auténtico acto de soberanía, mientras que en el segundo, y en tanto obra de los poderes constituidos, sería una mera operación jurídica constitucional. Si señalaré, empero, que ante el absurdo que una tal alternativa genera en los sistema de revisión que, como sucede con nuestro artículo 167, prevén el refrendo facultativo, en alguna ocasión, y junto a Calzada, me he pronunciado en contra de tal interpretación.<sup>94</sup> De una manera muy concreta, nuestra idea es que es cierto que la exigencia de la aprobación refrendataria de la revisión viene a reforzar ese carácter garantista que tiene el propio procedimiento de reforma. Ahora bien, que esto sea así, en modo alguno hace lógico que pueda pensarse que intervención del cuerpo electoral haga variar la naturaleza de la norma jurídica aprobada, en este caso la ley de reforma.

Lo que interesa es indicar que la previsión del referéndum obligatorio ha sido interpretada por alguno de nuestros constitucionalistas como la prueba irrefutable de que por lo menos el que denominan poder de reforma del artículo 168, en cuanto que, según ellos, Poder Constituyente juridificado, no puede encontrar en su actuación ningún tipo de límites materiales. Conclusión a la que llegan desde el entendimiento de que, con la aprobación del sistema especial de revisión y, además, la exigencia del referéndum obligatorio, lo que los autores de la Constitución hicieron fue, pura y simplemente, dar entrada en la vida ordinaria del Estado constitucional a la intervención directa del Poder Constituyente soberano. Lo que, en cuanto entienden como expresión directa de la voluntad del pueblo soberano, significa que las leyes de reforma que hayan sido aprobadas, como actos de soberanía, según lo dispuesto en el artículo 168 serán siempre superiores a las leyes de revisión que hayan sido aprobadas siguiendo el procedimiento del artículo 167, incluso aunque estas últimas hayan sido sometidas también a la aprobación del cuerpo electoral.

No hace falta realizar un gran esfuerzo para deducir que, siempre con el mayor de los respetos, discrepamos radicalmente de esta tesis. De la

<sup>94</sup> Cfr. Calzada Conde, R. y Ruipérez, J., “Consideraciones generales sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22, 1988.

misma manera, entendemos que no habrá dificultad alguna para comprender el motivo de nuestro desacuerdo. La causa última de nuestra divergencia radica en que, para nosotros, en la formulación de esta tesis lo que se olvidó es tomar en consideración la, tantas veces aludida, necesidad de distinguir lo que es el ejercicio de la actividad constituyente entendida como una actividad libre soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimiento jurídico, y cuyo ejercicio, desde las concepciones democráticas de la comunidad política, puede tan solo corresponder al pueblo soberano en tanto que único sujeto legitimado para decidir sobre los modos y las formas en que va a ser gobernado en el futuro, y la actuación de la actividad constituyente como una actividad jurídica reglada por la propia Constitución, y cuyo ejercicio, en consecuencia, será llevado a cabo por el poder de reforma dentro de la propia Constitución y con respeto a la misma, y que, el último término, hace que, como muy bien sentó De Vega, “no cabe interpretar *l'appel au peuple* como un mecanismo a través del cual el poder de revisión... se convierte en un poder constituyente soberano. Dicho con toda rotundidad: el referéndum constitucional no legitima políticamente la reforma constitucional como un acto de soberanía”.

Es menester advertir que si se acepta esta última perspectiva, obligado resulta el establecer una segunda distinción. Nos referimos a la necesidad de diferenciar, que es lo que no se hace desde la tesis que ahora nos ocupa y negamos, el distinto sentido, significado y alcance que tiene el referéndum constitucional para la aprobación de la Constitución y el que tiene por objeto la aprobación de la reforma.

No podemos detenernos aquí a realizar una exposición exhaustiva de toda esa rica elaboración teórica e ideológica que, partiendo de las concepciones rousseauianas, había arrancado en la práctica de los revolucionarios liberal-burgueses estadounidenses, principalmente los de ámbito regional (Ch. Borgeaud, J. Bryce, E. Boutmy, P. de Vega, J. B. Thayer, W. M. Rudolf-J. L. Rudolf),<sup>95</sup> había conocido ya alguna materialización práctica en el continente europeo con la obra de Cromwell, en 1647, y la del jacobinismo revolucionario radical de izquierdas francés, en 1793, hasta extenderse definitivamente desde el fin de la Segunda Guerra Mun-

<sup>95</sup> Cfr. Bryce, J., *El gobierno de los Estados en la República norteamericana*, Madrid, *sine data*; Boutmy, E., *Études de Droit Constitutionnel. France-Angleterre-États Unis*, París, 1885 *Études de Droit Constitutionnel. France-Angleterre-États Unis*, París, 1885; Thayer, J. B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. VIII, núm. 3, 1893; Rudolf, W. M. y Rudolf, J. L., “The Limits of Judicial Review in Constitutional Adjudication”, *Nebraska Law Review*, vol. 63, 1984.

dial, que condujo a la afirmación de que la mejor forma del ejercicio del *Pouvoir Constituant* es la que somete el texto aprobado por las asambleas parlamentarias a la voluntad directa del pueblo soberano. Bástenos con señalar que lo que nunca puede olvidarse es que cuando la consulta al pueblo tiene por finalidad la aprobación no de las modificaciones formales del código constitucional, sino la aprobación de la propia Constitución y, con ello, la de la organización concreta del Estado, el referéndum constitucional tendrá un significado y alcance mucho más amplio, y, en todo caso, su celebración tiene una mayor transcendencia. Naturalmente que la intervención del cuerpo electoral tiene ese carácter de acto de control de los ciudadanos sobre los representantes, en el sentido de evitar que los parlamentarios, transformándose en falsos y subrepticios soberanos, hubieran podido distorsionar, por expresarlo en los esquemas conceptuales de Sieyès, aquel mandato extraordinario que recibieron por parte del pueblo para aprobar, así, un texto que respondiera tan solo a su única y soberana voluntad. Ello no obstante, sucede que, al no haber nacido todavía el Estado constitucional, nos encontramos aún en un momento fáctico en el que quien actúa, y quien debe actuar, no son los poderes constituidos, que entrarán en escena cuando la Constitución haya sido aprobada, sino, muy al contrario, el Poder Constituyente originario. El mayor alcance del referéndum de aprobación del proyecto constitucional se hace, desde esta óptica, meridiano. Ahora, la aprobación refrendataria de la Constitución tiene, cómo no, esa naturaleza de control común a su modalidad de referéndum de reforma, pero, junto a ella, y esto es lo que realmente es importante y resulta transcendente, la intervención directa del Cuerpo Electoral adquiere, ahora sí, la condición de convertir la votación en un verdadero, e indiscutible, acto de soberanía. El referéndum se presenta, de esta suerte, como la manifestación del derecho del pueblo, como titular de la soberanía y del Poder Constituyente, a decidir por él mismo los modos y las formas en que desea ser gobernado.

Todo lo contrario sucede, al menos desde nuestro modesto parecer, y en todo caso desde la aplicación de las fundamentales categorías de “espacio” y, sobre todo, “tiempo”, con la otra variante del referéndum. En este sentido, nos encontramos con que si, como decimos, cuando la consulta popular tiene por finalidad la aprobación de la Constitución, el referéndum puede ser, efectivamente, interpretado como la verificación de un acto de soberanía por parte de su indiscutido titular, no sucederá, empero, lo mismo con el que se verifica para la aprobación de la reforma constitucional. Y ello por cuanto que el momento en que este último se realiza, que es ya en el marco de la vida de un Estado constitucional

ya operante, hace que sean muy distintas las circunstancias en las que encuentra su fundamentación y, asimismo, las consecuencias de su celebración.

En tales circunstancias, será la doctrina clásica del referéndum como instrumento de ratificación de los actos del representante la que, en definitiva, nos ofrezca la ponderada y cabal comprensión de la aprobación popular de la reforma de la Constitución. Desde esta teoría, y como advierten, por ejemplo, Galeotti<sup>96</sup> y De Vega, el referéndum se presenta, ante todo y sobre todo, como un acto de control. Esto es, lo que con la apelación al cuerpo electoral se hace es reconocer al pueblo, que es siempre el titular de la soberanía, incluso cuando actúa facultades constitucionales, el derecho —irrenunciable, por lo demás, desde la lógica democrática rousseauiana— a controlar en todo momento los actos de sus representantes, mediante la ratificación o el rechazo de sus propuestas. Las consecuencias que se derivan de esta última concepción son evidentes. Y las mismas no pueden estar en una mayor contradicción con la tesis a la que aludíamos al comienzo de este apartado. En efecto, aceptado que el referéndum para la aprobación de la revisión es un instrumento de control, evidente resulta que con él, lejos de dar entrada en la vida ordinaria del Estado al Poder Constituyente, la reforma solo podrá concebirse como un acto de los poderes constituidos. Una larga cita de mi muy admirado maestro, nos servirá para justificar esta afirmación:

De lo que se trata, justamente a la inversa, es de impedir que del seno mismo del Estado constitucional emerjan falsos y subrepticios poderes soberanos. Lo que sucedería inevitablemente en el momento en que, rompiéndose el normal funcionamiento de la democracia representativa, se produjera la separación y el distanciamiento entre representantes y representados. Cualquier reforma promovida y operada por los poderes constituidos, cuando las Asambleas, en contra o al margen de la voluntad del pueblo, en lugar de expresar la voluntad de los representados, expresan su propia y única voluntad, tendría que forzosamente que ser interpretada como un ejercicio subrepticio y falso del poder soberano... Frente a la fácil e infundada crítica de quienes ven en el referéndum un elemento distorsionante de la democracia representativa... hay que señalar que el fundamento y la grandeza de la institución radica en la pretensión de evitar que la voluntad del pueblo, expresada a través de las Asambleas, pueda ser trastocada por éstas y convertida en su única y soberana voluntad. Ante hipotéticas arbitrariedades de mayorías calificadas,

<sup>96</sup> Cfr. Galeotti, S., *Esigenza e problemi del referéndum*, Milán, 1970.

y ante la veleidad y propensión de todo poder constituido a transformarse en poder constituyente, el referéndum aparece como institución de garantía y de protección de las minorías... en que descansa el Estado constitucional representativo.

De lo hasta aquí dicho, solo es una la conclusión a la que puede llegarse. Y ésta es la de que no hay justificación alguna para afirmar que fue la voluntad del último Constituyente español la de eliminar cualquier tipo de límite material absoluto a la actuación del poder de revisión constitucional. No demuestra lo contrario, y como hemos tratado de explicar, su opción por no sancionar cláusulas de intangibilidad, o la de abrir la puerta a la reforma total. Pero tampoco cabe deducirlo de la exigencia, en el artículo 168, del referéndum constitucional obligatorio. Más bien habría que llegar a la idea contraria. Esto es, que, dado ese carácter de acto de control que tiene en este caso el referéndum constitucional, lo que con una tal previsión quiso lograr nuestro último Constituyente fue, justamente, el que los ciudadanos, que son los auténticos titulares de la soberanía, pudieran evitar que los poderes constituidos, incluso cuando ejercen un poder extraordinario, como es el de la modificación formal del texto constitucional, pudieran proceder a la consumación de la patológica figura del fraude constitucional, y que esto lo harán obligando al poder de reforma a respetar los límites formales y materiales que se derivan de la eficacia real de los principios democrático y de supremacía constitucional.