

TENDENCIAS Y PROBLEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL ACTUAL

Pedro de VEGA GARCÍA *

No es mi intención en estos momentos tratar de exponer, a grandes rasgos, las líneas fundamentales de la organización de los poderes públicos tal y como vienen configurados en la que se ha dado en llamar (por cierto, impropriamente) Constitución española. Tampoco es mi deseo analizar la temática jurídica que de los imperativos en ella recogidos pudiera derivar. Existen, cuando menos, dos importantes razones que harían impropio una labor de ese tipo. En primer lugar, está el hecho de la escasísima significación que a lo largo de la dictadura del general Franco tuvieron los imperativos legales. Como no podía ser por menos, en un régimen autoritario personalista, por encima de la voluntad de la ley se colocó siempre la voluntad del poder. Representaría, en consecuencia, una traición a la realidad y a la historia, el conferir a ese ordenamiento constitucional una importancia que en la práctica nunca tuvo. No es a través de la legalidad donde se pueden atar cabos para tratar de comprender la vida pública española, habida cuenta que los primeros que no creyeron en ella y los primeros que no la respetaron, en muchas ocasiones, fueron sus propios creadores.

En segundo lugar, se da la circunstancia de que si todavía en vida del general Franco la apologética del régimen defendía como sagrado el aparato institucional, al que se presentaba como panacea salvadora cara al futuro, actualmente dicho aparato está en crisis. Tanto por sectores de la oposición, como por amplios sectores del propio régimen, se habla de la urgente necesidad de llevar a término una amplia renovación de la legalidad vigente. Hasta el punto 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.

Por esta suerte de motivos a que acabo de aludir, porque en su más

* Catedrático de Derecho Político de la Universidad de Salamanca.

prístino entendimiento la legalidad fundamental es una legalidad puramente semántica —según la terminología de Loewenstein— y, porque, además, se trata de una legalidad sometida a un inexorable proceso de desaparición, carecería de sentido el que yo me dedicara a desmenuzar sus entresijos. Como operación anecdótica o de mera curiosidad intelectual podría justificarse, pero no es mi pretensión la de hacer bizantinismo legalista ni arqueología jurídica.

Ahora bien, el negar la importancia intrínseca y la reducida significación política de determinadas constituciones, no quiere decir en modo alguno que se rechace el valor paradigmático y la relevancia que para la problemática del constitucionalista dichas Constituciones pueden tener. En cualquier caso, existe una pregunta previa que, procediendo con rigor, no se puede ante ellas desconocer. La pregunta rezaría así: ¿Por qué existen constituciones que no se aplican a la realidad? O más incisivamente formulada: ¿Por qué los gobernantes se ven obligados a veces a dictar constituciones que luego no van a cumplir?

Como es obvio, para responder a interrogantes de ese cariz, es necesario abandonar los métodos que tan cuidadosamente ha sabido elaborar y depurar el tecnicismo jurídico, y colocarnos en una atalaya de perspectivas más amplias. Si las cuestiones jurídicas tienen su propia lógica y su propio tratamiento, al que por supuesto no se debe renunciar, el marco en que se sitúan esas cuestiones es siempre un marco político y social, al que necesariamente también hay que apelar, siempre y cuando no se quiera desvitalizar al máximo la propia teoría jurídica. Es lo que con penetrante agudeza señalara ya aquel gran dogmático alemán del derecho público que fue Jellinek, al reclamar una teoría social del Estado como soporte de una adecuada teoría jurídica del mismo.

Pues bien, partiendo de una serie de datos, más propios de la que se viene calificando como ciencia de la política que del derecho constitucional, sería mi deseo detectar algunos aspectos del proceso político español en el presente, tratando de ver paralelamente sus repercusiones en el campo de la realidad constitucional. De esta forma, se me ocurre pensar que se podrán aclarar algunos temas específicos de la teoría de la constitución que, con otro modo de proceder, quedarían —como de hecho está ocurriendo en mi país— enmarañados y confundidos.

El primer dato curioso y sorprendente ante el que se enfrenta en España el jurista del derecho público viene dado por el hecho asombroso de que, en una atmósfera cultural con notable producción bibliográfica en otros sectores de la ciencia y del saber, los estudios constitucionales han

brillado prácticamente por su ausencia. A lo largo de casi cuarenta años ni los más conspicuos panegiristas del régimen, ni sus más acerbos detractores han considerado conveniente o interesante proceder a analizar las leyes fundamentales. Existen, ciertamente, algunos estudios parciales de las mismas. Pero no se puede olvidar que esos estudios proceden de motivaciones políticas muy concretas, más que de la voluntad científica de dar una interpretación coherente y ordenada de la legalidad fundamental. Me explico.

Como se sabe, no tenemos en España una constitución recogida en un texto único, sino una serie de leyes fundamentales promulgadas en distintos momentos y obedeciendo a intereses y circunstancias también diferentes. Su conjunto forma la que impropia se llama constitución española y que, iniciada con el Fuero del Trabajo de 1938, se continúa con la Ley Constitutiva de las Cortes de 1942, el Fuero de los Españoles y la Ley de Referéndum de 1945, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947, la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, para terminar con la Ley Orgánica del Estado de 1966. Que en el momento en que se promulgaron cada una de estas disposiciones aparecieran algunos comentarios sobre ellas, sabiamente explotados por el régimen para enriquecer su aparato propagandístico, no resta un ápice de verdad a lo que acabo de mantener. Se trata siempre más —y esto conviene recalcarlo— de comentarios políticos que de adecuadas exégesis jurídicas.

Naturalmente, el hecho de que la polémica científica no haya tenido a bien darse cita en el plano de la legalidad tiene su explicación. La discusión legalista, como es de todos conocido, sólo adquiere dimensiones notables en aquellas situaciones en que la ley se consagra como expresión política de la voluntad fundamental del Estado. Es lo que ocurre en el seno de la democracia constitucional donde, según la consabida fórmula, a lo que se aspira es a sustituir el gobierno de los hombres por el ordenado gobierno de las leyes. Nada tiene de sorprendente, por lo tanto, que en aquellas circunstancias, o en aquellos momentos, en que sobre la voluntad de la ley se coloca la voluntad del gobernante, la temática jurídica pierde relevancia política y significación científica. Y esto es lo que ha pasado en España donde, sin exageración alguna, se puede afirmar que el único centro de referencia política fue siempre la omnipotente voluntad de Franco. No hay que olvidar que hasta su muerte conservó los poderes conferidos por dos leyes, de 1938 la una, de 1939 la otra, las llamadas Leyes de Prerrogativa, y por cuya virtud no sólo se presentaba como titular de los poderes políticos ordinarios, sino que seguía conservando la titularidad del poder constituyente.

Expresado con claridad y sin ambages resulta perfectamente lícito afirmar que debido a que durante cuarenta años no existió en España la mínima práctica constitucional, tampoco se produjo, porque entre otras cosas hubiera carecido de sentido, la mínima preocupación por los estudios constitucionales. Lo que en su lugar sí aparece es la polémica mantenida a niveles políticos más generales, como resultado de la permanente confrontación y el permanente conflicto de la discusión de legitimidades que recorrió siempre la historia del franquismo. Aunque para ser rigurosos convendría añadir que en esa polémica, como no podía ser por menos y como sucede siempre cuando lo que se discuten son los fundamentos legitimadores de un sistema, las armas de la crítica tuvieron que ceder el puesto en muchas ocasiones a la crítica de las armas.

Constituiría, sin embargo, un lamentable error el pensar que estas circunstancias, a que acabo de referirme, se reproducen por igual a lo largo de todo el franquismo. Frente a la tesis de que el franquismo no tiene historia, se hace necesario constatar que los efectos corrosivos del tiempo también operan dentro de él. De modo que en la medida que los años van pasando, los actores del juego político, e incluso los gestos, cambian también. Se llega así a un momento decisivo que se produce cuando el régimen, nacido y vinculado a la figura y a la persona de Franco, adquiere conciencia de la necesidad de arbitrar una posible continuidad del mismo. Es entonces cuando a la pregunta: “¿Después de Franco qué?”, se va a responder unánimemente: “Después de Franco las instituciones”. De esta suerte, irrumpe precipitadamente la preocupación por intentar dar una salida institucional al sistema. Los fundamentos carismáticos legitimadores del mismo en sus comienzos, se ven sustituidos por una nueva retórica política. Se deja de hablar de dictadura y se comienza a hablar de democracia orgánica. Se abandonan los viejos prejuicios contra el constitucionalismo liberal y, de alguna forma, se intenta aprovechar —aunque sólo sea semánticamente— su valor legitimador.

Es en esta atmósfera enrarecida creada, sobre todo, en la década de los años 70, a medida que se piensa que la trayectoria vital de Franco se acerca a su final, cuando comienzan a proliferar los trabajos sobre temas constitucionales y cuando surgen las interpretaciones globales de la constitución española. Ni qué decir tiene que las muy concretas instancias políticas que mueven este tipo de estudios y la urgencia con que se llevan a cabo sus formulaciones, no permiten considerarlos como modelos de precisión científica ni de rigor jurídico. Su importancia —si es que tienen alguna— viene dada en cuanto que, de una parte, a través de ellos se detectan muy claramente las preocupaciones políticas que recorren la

sociedad española, y en cuanto que, de otra parte, plantean una serie de problemas que, trascendiendo el panorama español, forman el núcleo de las capitales cuestiones ante las que se enfrenta actualmente la literatura del derecho público universal.

A efectos de conferir la máxima nitidez a mi exposición, yo diría que antes de la muerte de Franco comenzaron a perfilarse, tres posturas políticas diferentes que han adquirido, después que ese evento se produjo, una consolidación plena. Esas tres posturas son la continuista, la de la ruptura y la del reformismo. Cada una de ellas presenta su particular concepción teórica sobre la problemática constitucional, y brinda al estudioso un hilo conductor válido para seguir las cuestiones jurídicas fundamentales que hoy se someten a discusión. Veámoslas separadamente.

1. La posición política continuista, integrada por los elementos más reaccionarios del sistema, se basa en la creencia de que es posible la permanencia histórica del régimen a través de la perpetuación de su organización institucional. No voy a hacer la crítica pormenorizada que a ella podría realizarse. Me basta con dejar constancia de la extraordinaria pirueta mental que supone el que los que siempre mantuvieron que el régimen se cimentaba en la personalidad extraordinaria y carismática de Franco, sostengan ahora que puede seguir funcionando sin el hombre que le sirvió de base sustentadora. Habría que preguntarles: ¿Cómo puede operarse este singular fenómeno de taumaturgia política?

Sin embargo, no son pocos los que creen que el milagro es viable. Y esa viabilidad la apoyan en la defensa a ultranza del ordenamiento constitucional, hoy por hoy, vigente. De esta manera una conmovedora ironía de la historia hace que, los que otrora colocaran por encima de las leyes el poder de las personas, reclamen ahora el indiscutible valor del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres. Se ha ido creando así una especie de mística de la constitución, acaso más engañosa aún que la mística de hace años encaminada a ensalzar frente a ella los poderes personales y carismáticos. Porque el interrogante que se levanta con toda pujanza y que no puede dejar de formularse inmediatamente es el siguiente: ¿De qué tipo de constitución se trata? ¿Se trata efectivamente de una constitución en la que, conforme a las exigencias mínimas establecidas en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa, se salvaguarda el principio de la división de poderes y se garantizan los derechos de los ciudadanos? O por el contrario: ¿Se trata de una simple apariencia de Constitución?

No se requiere especial perspicacia para darse cuenta de que ese con-

junto de leyes fundamentales que, eventualmente, forman la que se ha dado en llamar constitución española no poseen, ni en el nivel de las legitimidades políticas, ni en el orden de las consideraciones jurídicas, los presupuestos necesarios para afirmar que realmente en España exista una constitución. En el plano político, se produce en ellas una desvirtuación por el origen, habida cuenta que no respondieron a ese soberano mandato de la democracia constitucional representado en la ineluctable voluntad popular. Y en el plano jurídico formal, no están inspiradas y no arbitran aquellos principios que, hace ya nada menos que dos siglos, fueron proclamados por las revoluciones americana y francesa, como cuestiones indeclinables para una efectiva organización constitucional moderna.

Nos enfrentamos así con un gran tema que, presentado virulentamente desde la singular situación política española, adquiere dimensiones universales. Me refiero, por supuesto, a lo que algunos juristas franceses y alemanes han llamado crisis política de la legalidad, pero que en realidad, bajo un título tan eufemista, lo que se quiere significar es la propia crisis del concepto de constitución.

En efecto, lo que ahora está ocurriendo en España, aunque con diferentes matices y connotaciones, es algo que ya se produjo en Europa en otros tiempos y de alguna manera en la propia realidad constitucional latinoamericana. De lo que se trata, en última instancia, es de la empecinada defensa de la legalidad, y más concretamente, de la legalidad constitucional, cuando los fundamentos legitimadores de la misma periclitán en el orden histórico y político. Y he aquí la cuestión: ¿Qué sentido tiene ese refugio en la legalidad cuando no se cree socialmente en ella y cuando no posee el potencial ideológico que le debería ser propio? ¿Qué sentido tiene hablar de Constitución cuando se han perdido hacia ella todos los respetos?

Nada tiene de extraño que este constitucionalismo errante, menesteroso y ficticio, alejado de la realidad y de la historia, busque en la técnica jurídica su más sólido cobijo. Y nada tiene de particular tampoco que, como reacción ante él, muchos juristas no hayan caído en las redes de esta fenomenal trampa histórica, y comiencen distinguiendo entre las constituciones verdaderas y las falsas, las que se aplican y las que no se aplican, las que tienen vigencia política y las que no la tienen.

No faltan en estos momentos en España los políticos convertidos en juristas y los juristas que precipitadamente aprenden el oficio de políticos, que aspiran a dar una legitimidad técnico-científica al sistema de legalidad vigente. Y olvidando el carácter autocrático de su origen, aspiran por no sé qué extrañas lucubraciones, a justificarlo democráticamente en su operati-

dad. La falta de legitimidad en su creación se pretende así compensar, apelando a la distinción realizada en el medievo por Bartolo de Sassoferrato y Coluccio Salutati, por la legitimidad democrática en el ejercicio. Lo cual, en lugar de aclarar el horizonte, lo entenebrece más aún, porque lo que pone de manifiesto es una concepción neutral y accidentalista del mundo del derecho, a cuyo través, en el fondo, a lo que se aspira es a que todo un conjunto de normas jurídicas, pensadas como medio de control antidemocrático, pudieran servir para una situación política diferente. Es lo que algunos juristas italianos han bautizado con la curiosa expresión del “uso alternativo del derecho” y que, a fin de cuentas, lo que significa es la pérdida sustancial de todos sus valores.

Creo que queda suficientemente explicitado cómo no tiene fundamento hablar en serio, ni en la teoría ni en la práctica, de un pensamiento o una problemática constitucional, desde determinadas posiciones y situaciones políticas. No ha habido pensamiento constitucional en España durante los años autocráticos del franquismo y no puede haberlo después cuando, como en esta postura continuista a la que me vengo refiriendo, no se pretenden modificar los presupuestos políticos en los que descansaba el sistema. A lo sumo, lo que se ha creado es un seudoconstitucionalismo ante el cual, la misión del científico debe consistir en denunciar simplemente su espúrea naturaleza y nada más.

2. Mucho más interés ofrecen desde nuestra perspectiva, esas otras dos posiciones —ampliamente mayoritarias— que hoy recorren la sociedad española y a las que antes me refería.

La denominada posición de la ruptura democrática entiende que, porque un posfranquismo sin Franco es teóricamente imposible y un posfranquismo democrático resulta políticamente impensable, no existe otra solución, ante la encrucijada que los españoles tenemos planteada, que el cambio de régimen, con la consiguiente redacción de una constitución de nueva planta.

No voy a discutir ahora el significado, ni las razones que, desde un punto de vista político, asisten a esta posición. Fiel al planteamiento que realicé al principio me voy a fijar tan solo en sus repercusiones en el ámbito de la organización constitucional.

En este sentido, lo primero a tener en cuenta, es el espíritu que la anima, tendente a lograr, que los conceptos de legalidad y legitimidad coincidan y, por consiguiente, tendente también a rescatar en su genuino y auténtico significado el concepto de constitución. Su crítica a la legalidad vigente comienza siendo, si se me permite la expresión, una crítica le-

gitimista. Hasta cierto punto se desenvuelve en el mismo ámbito, y con las mismas aspiraciones, que llevaron a acuñar en el pasado siglo en Francia aquel dicho de *la légalité tue* (la legalidad mata), o el no menos terrible de *il faut sortir de la légalité, pour rentrer dans le droit* (hay que salir de la legalidad para entrar en el derecho). Lo que expresado en otros términos se podría formular diciendo que lo que se reclama es una constitución que, por ser expresión de la voluntad general, merezca el respeto y la admiración de todos, una constitución que esté en la vida y no tan sólo en la letra muerta de la ley.

Acaso porque a lo largo de todo el siglo XIX los españoles hicimos el fatal experimento de ensayar múltiples constituciones, con lo que se puso de manifiesto la poca importancia que se les confería, hasta ahora como preocupación colectiva la necesidad de lograr lo que los alemanes llaman un *verfassungsgefühl*, esto es, un efectivo y real sentimiento constitucional.

Desde estos planteamientos a nadie debe causar extrañeza que, inicialmente, y por motivaciones políticas evidentes, se rechace de plano el aparato legalista e institucional del franquismo. El carácter no democrático de las leyes fundamentales, cuya promulgación respondió más al estilo de las viejas cartas otorgadas, propias de otros tiempos, que a los modernos textos constitucionales, representa el argumento clave por el que se hacen incompatibles con el nuevo espíritu democrático.

Pero no son sólo razones políticas en las que se cimenta la crítica al ordenamiento institucional vigente. Existen también motivos de orden técnico-jurídico ante los que cabe considerar dicho ordenamiento como inservible. Muy brevemente voy a referirme a ellos, a través de tres principios, expresamente defendidos en unas ocasiones, tácitamente manifestados en otras, pero que subyacen siempre, o deben subyacer, en todo sistema de legalidad constitucional. El hecho de que, en el ordenamiento español no se den, servirá de irrefutable prueba de la necesidad de su renovación. Esos principios son: el de unidad, el de claridad y el de coherencia.

En virtud del principio de unidad, que con tanto acierto recalcaron un Orlando, un Carré de Malberg o un Esmein, se considera que los preceptos constitucionales deben ser recogidos en un único texto legal. No ignoro que existen constituciones no escritas, ni se me oculta tampoco como dijera Lord Bryce que han sido las constituciones no escritas las que más arraigo tuvieron en la historia. Ahí están para comprobarlo esos dos formidables ejemplos que el propio Bryce recuerda de Roma e Inglaterra. Pedir hoy para Inglaterra una constitución escrita, en un solo

texto legal, probablemente equivaldría a obligar al país, cuna del constitucionalismo moderno, a renunciar al mismo.

Ahora bien, en aquellos lugares donde la constitución no se ha forjado con la historia por mediación de usos, costumbres y convenciones respetables, sino que ha venido establecida a través de los fríos mecanismos de la ley, la cuestión es muy distinta. Es en ellos donde el principio de unidad cobra toda su validez, justamente para evitar que normas constitucionales olviden su rango por prácticas viciosas, o que, a la inversa, normas no constitucionales puedan por su incidencia en la vida política ser consideradas, a veces, como tales. Una constitución puede ser escrita o no escrita, pero lo que no puede ni debe ser en ningún caso es una constitución ambigua. Y la ambigüedad aparece siempre que los presupuestos en que esté montada no se llevan a sus últimas consecuencias. Si la lógica de las constituciones no escritas obliga al reconocimiento de multiplicidad de fuentes, legales y extralegales, para el ordenamiento constitucional, la lógica de las constituciones escritas conduce al reconocimiento de la necesidad del principio de unidad.

Ya he señalado anteriormente cómo la llamada Constitución española se encuentra diseminada en siete leyes fundamentales, aparte de las dos leyes de prerrogativa de 1938 y 1939, por cuya virtud quedaba a la merced del general Franco la facultad de otorgar nuevas disposiciones con rango constitucional. Por este motivo, en lugar de hablarse, entre nosotros, de constitución rígida se prefirió para ella el calificativo de constitución abierta. Las palabras en este caso serían lo de menos si no fuera porque esa adjetivación de constitución abierta lo que permitía era que, en cualquier momento, los españoles pudiéramos vernos sorprendidos, según las exigencias políticas de las circunstancias, con normas fundamentales nuevas. Y una de dos: o esas normas se dictaban para llenar lagunas anteriores, en cuyo caso quedaría bien patente como hasta 1966, en que se dictó la última ley fundamental, los españoles vivimos constitucionalmente en precario, o esas normas se dictaban para suplir y modernizar las anteriores, en cuyo caso hubiera sido obligada la derogación de estas últimas. El hecho de que ni uno ni otro supuesto se produjera, esto es, de que las leyes fundamentales nuevas siguieran teniendo vigencia junto a las antiguas, y que todo ocurriera como algo natural y evidente, pone de manifiesto que la expresión de constitución abierta, acuñada por los teóricos del régimen, tenía una intencionalidad política muy clara. Nada tiene de particular que frente a ella y como medio rotundo de destruir las pasadas ambigüedades, se apele ahora, bajo el principio de unidad, a las expresiones clásicas de constitución escrita y rígida.

Debido a que el principio de unidad no se cumple en el ordenamiento español, el principio de claridad tampoco existe. Y como es sabido, un ordenamiento constitucional confuso, difícilmente puede cumplir las misiones, ni las funciones que está destinado a desempeñar. El carácter ambivalente de muchos textos constitucionales modernos, interpretables de manera diferente según las ideologías que estén en el poder, ha permitido a algunos constitucionalistas importantes hablar de una anfibología constitucional que, a la postre, no significa otra cosa que la destrucción de ese principio de claridad, tan insistentemente defendido por los padres fundadores del constitucionalismo moderno. Si tuviéramos tiempo para detenernos en el estudio del pensamiento jurídico de los ilustrados, veríamos cómo tanto para la ilustración alemana, como para la ilustración italiana y francesa, e incluso para los grandes filósofo-políticos ingleses de los siglos XVII y XVIII, representa una constante en sus consideraciones sobre la ley, la creencia de que las leyes deben ser, ante todo, claras. Serían múltiples los testimonios que podrían traerse a colación para justificar este aserto, empezando por un Locke o un Kant y terminando por un Montesquieu o un Rousseau. No obstante, me voy a remitir tan sólo, por su enorme plasticidad semántica, a aquella frase de Beccaria cuando exclama: *Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza*. Con la cual, lo que se quiere poner de manifiesto es que el ideal jurídico consistiría en que las leyes tuvieran una transparencia tal que hicieran inútil la labor del jurisconsulto.

Desgraciadamente todos sabemos que la complicación del mundo histórico impide muchas veces que ese ideal ilustrado adquiera realidad y que, afortunada o desafortunadamente, el oficio de jurista sigue siendo un oficio necesario. Pero me interesa constatar que una cosa es que haya preceptos jurídicos equívocos, porque la complejidad de los asuntos objeto de regulación impidan cotas más altas de claridad, y otra muy distinta que la equivocidad proceda de una búsqueda intencional y de una natural predisposición ante ella. En este segundo supuesto sería perfectamente aplicable la condena que Jaucourt hizo en la Enciclopedia, va ya para dos siglos, cuando escribió: “Toda ley que intencionadamente no es clara, neta y precisa, es una ley viciosa e injusta” (*Toute loi qui Intentionnellement n'est pas claire, nette, précise est injuste et vicieuse*).

Y es a la natural tendencia a la equivocidad en las leyes fundamentales españolas a la que yo quisiera, aunque muy brevemente, referirme. Como punto de partida, hay que señalar el hecho a que aludí hace un momento de la no existencia del principio de unidad. Mientras en otros ordenamientos, para evitar las confusiones procedentes de que una misma

materia se regule por disposiciones distintas, se llegan hasta prohibir las técnicamente denominadas reformas constitucionales tácitas, el ordenamiento español, no sólo no las prohíbe, sino que las leyes fundamentales posteriores son en cierto modo y en muchos casos, coísoles reformas constitucionales tácitas con relación a las leyes fundamentales anteriores. Se indica con ello que existe una gran cantidad de supuestos regulados a la vez por distintas leyes fundamentales. Y, naturalmente, como éstas fueron promulgadas en situaciones políticas diferentes, y respondían a exigencias históricas también dispares, no deben causar sorpresa que los contenidos de las distintas regulaciones, si no llegan a ser contradictorios, lo que sí introducen, cuando menos, es la confusión. Piénsese que el Fuero del Trabajo, dictado en plena guerra civil, no puede observar en sus declaraciones dogmáticas los mismos tonos que la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 o de la Ley Orgánica del Estado de 1966, sancionadas en una coyuntura política, nacional e internacional, radicalmente diferente.

Pero la falta de claridad no procede sólo de que existan materias reguladas por diferentes textos que, a su vez, responden históricamente a preocupaciones políticas contrapuestas. Existe además, una ambigüedad de fondo que late como una constante en todo el ordenamiento español y a la que no puedo dejar de aludir. Se trata de la tensión procedente del deseo de presentarse como un ordenamiento democrático, evitando, al mismo tiempo, que la democracia pueda cumplirse. Dicho más claramente, las partes dogmática y orgánica de la llamada Constitución española se desconocen y se contradicen hasta el punto que nada tienen que ver entre sí.

La ausencia de claridad termina, de este modo, generando una ausencia de coherencia con todas las secuelas de ellas derivadas.

Por ser el principio de coherencia el más lógico y evidente en su formulación, pasaré rápidamente sobre él, no sin antes efectuar algunas precisiones. A este respecto convendría señalar tres tipos de inconsecuencias perfectamente detectables con una simple lectura de las leyes fundamentales:

En primer lugar, aparecen las incoherencias más radicales y profundas, aquellas que proceden de las propias contradicciones de los textos legales con rango constitucional. Se dice, por ejemplo, en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Estado que la soberanía nacional es una e indivisible. Lo que no obsta para que, si conforme al artículo 10 de la Ley de Sucesión, a efectos de reformas constitucionales sea necesario apelar al referéndum como expresión de la voluntad nacional, dando a entender que la nación

es realmente soberana, conforme a las Leyes de Prerrogativa, Franco podría dictar, a su vez, normas constitucionales nuevas apelando a su sola voluntad. Y he aquí el problema: nos encontramos con que el principio de unidad de soberanía se descompone en dos sujetos, absolutamente diferenciados, y ambos con facultades soberanas.

En segundo lugar, nos encontramos con la incoherencia derivada de haber constitucionalizado materias que por su naturaleza no son objeto de regulación constitucional, mientras existen otras que debiendo haber sido reguladas no están, en muchas ocasiones, ni recogidas en la legislación ordinaria. Por ejemplo, en la Ley de Principios del Movimiento Nacional, en cierto modo considerada por el régimen como una ley super-constitucional, ya que en ella misma se dice que se trata de principios permanentes e inalterables por su naturaleza y, por lo tanto, no susceptibles de reforma constitucional, aparece el principio XII, cuyo contenido es bastante peregrino. Dice así:

El Estado procurará por todos los medios a su alcance perfeccionar la salud física y moral de los españoles y asegurarles las más dignas condiciones de trabajo; impulsar el progreso económico de la Nación con la mejora de la agricultura, la multiplicación de las obras de regadío y la reforma social del campo; orientar el más justo empleo y distribución del crédito público; salvaguardar y fomentar la prospección y explotación de las riquezas mineras; intensificar el proceso de industrialización, patrocinar la investigación científica y favorecer las actividades marítimas, respondiendo a la extensión de nuestra población marinera y a nuestra ejecutoria naval.

Convertir el contenido de este artículo en materia super-constitucional y que no exista la mínima regulación, pongamos por caso, del funcionamiento interno del Consejo del Reino, pieza clave de la vida política española presente, digamos que es, cuando menos, extraño.

Por último convendría recordar, por sus enormes repercusiones prácticas, las contradicciones que se producen entre los imperativos constitucionales y el desarrollo que de los mismos se hace a través de la legislación ordinaria. La ausencia de un adecuado control de constitucionalidad de las leyes (no hay que olvidar que su introducción en la Ley Orgánica, por mediación del recurso de contrafuero, supuso tan sólo la introducción de un fantasma), ha permitido que por la vía de la ley ordinaria, y muchas veces incluso de los reglamentos, se conculquen y vulneren constantemente los preceptos constitucionales. Son tantos los ejemplos que podrían ponerse que mejor que apelar a ellos será no traer a colación ninguno, y presentar este apartado como regla general.

Creo que con todo lo que vengo diciendo son ya bastante las pruebas aducidas que justifican, no sólo por motivaciones políticas, sino por razones de índole técnico-jurídica, la necesidad de la transformación del ordenamiento institucional, tal y como proclaman los que militan en esa posición política de la ruptura democrática que señalaba anteriormente.

Ahora bien, ocurre en política que no conviene confundir los deseos con la realidad. No en vano se ha hecho clásica la definición de la política como el arte de lo posible. Justamente por este motivo apareció aquella tercera postura de la reforma —también compartida por amplios sectores de opinión— y de la que a continuación quiero dejar constancia.

3. Frente al continuismo más intrépido y reaccionario, la postura de la reforma entiende que es absolutamente necesario proceder al desmantelamiento jurídico-institucional del régimen, por todo ese conjunto de razones al que he venido refiriéndome. Frente a la tesis de la ruptura democrática considera, a su vez, 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 en España (artículo 10 de la Ley de Sucesión), como es la técnica de la reforma constitucional.

Ni qué decir tiene que son motivaciones políticas muy claras las que subyacen en esta posición. Por un lado, la condiciona la idea y la necesidad de encontrar salida a un régimen condenado a desaparecer. Por otro lado, la determina el temor y la desconfianza de que un proceso constituyente trajera consigo un proceso revolucionario de dimensiones históricas más amplias. Así las cosas, definiéndose como una posición intermedia y realista, aspiró, en un principio, atraer a su seno a los elementos más razonables del régimen y a los que militaban en zonas de la oposición menos radicalizadas.

Sería curioso analizar, en pura perspectiva política, los vaivenes constantes a los que, desde la muerte de Franco, ha estado sometido este reformismo conciliador. Pero no quiero desviarme de mi objetivo y, por ello, no es mi deseo sobrepasar estas somerísimas indicaciones de carácter político.

Lo que verdaderamente importa es que estamos ante una actitud política que encuentra su razón de ser última, digamos, su legitimidad, en el mundo del derecho. Se comprende ahora en toda su plenitud aquella afirmación del comienzo, cuando decía que el tema de la Reforma Constitucional acaso sea el único tema importante que hoy presenta la realidad constitucional española. Todos los demás, o son derivados de un

constitucionalismo falaz, que más que ser interpretado lo que debe ser es denunciado en su menesterosa y ficticia naturaleza, o son futuribles y meras expectativas de algo que todavía no existe.

Ahora bien, planteando 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?

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, por lo tanto, que en ese cúmulo de apelaciones ideológicas peregrinas se recurra con éxito, en ocasiones, a la argumentación jurídica. Pero no es ésa la cuestión. 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. En el mencionado artículo 10 de la Ley de Sucesión se establece:

Son leyes fundamentales de la Nación: El Fuero de los Españoles, el Fuero del Trabajo, la Ley Constitutiva de las Cortes, la presente Ley de Sucesión, la del Referéndum Nacional y cualquiera otra que en lo sucesivo se promulgue confirniéndola tal rango. Para derogarlas o modificarlas será necesario, además del acuerdo de las Cortes, el Referéndum de la Nación.

A tenor de esta disposición, 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.

La solución, sin embargo, no se nos muestra tan evidente cuando de esa raquítica visión factual del derecho se pasa a un orden de consideraciones más generales y más amplias, y a las que voy a hacer una parca referencia.

De todos es conocida la dialéctica contradictoria que preside el desarrollo del derecho constitucional clásico. De una parte, la constitución (como complejo normativo que de una manera total, exhaustiva y sistemática regula las funciones fundamentales del Estado, especificando sus órganos, sus ámbitos de competencia y las relaciones entre ellos), al convertirse

en super ley, en *norma normorum*, adquiere una especie de vocación de inmutabilidad y permanencia. No deja de ser significativo a este respecto que los pactos constitucionales medievales, donde el constitucionalismo moderno tiene su más claro precedente, se firmaran *in perpetuum duraturis*, esto es, para siempre.

Pero, por otra parte, y frente a esta vocación de permanencia del ordenamiento jurídico fundamental del Estado, está la sociedad humana que ese ordenamiento debe regular. Sociedad, como es indiscutible, con transformaciones y cambios múltiples, sometida al inexorable *panta rei* heraclitiano de todo viviente. Y he aquí el dilema: o se defiende la inmutabilidad de la constitución como garantía de una convivencia con seguridades jurídicas, en cuyo supuesto los progresos de la sociedad y de la historia la pueden terminar convirtiendo en un fantasma que nada tenga que ver con la realidad para la que fue pensada, o se defiende, para no alejarlas de la vida y de lo real, el cambio sistemático de las estructuras constitucionales, en cuyo supuesto la seguridad jurídica de los individuos y la propia arquitectura del Estado pueden sufrir un grave daño.

De este acuciante dilema ya tuvieron conciencia clara los padres de las constituciones americana y francesas. Valga por todos el testimonio de Madison, en el *Federalista*, cuando nos dice que de lo que se trata es de encontrar un sistema “que proteja por igual contra la facilidad extrema en el cambio del contenido de la constitución, que haría de ella algo demasiado variable, y contra la exagerada dificultad que perpetuaría los defectos manifiestos”.

Y, en efecto, la solución se encontró, como de todos es también sabido, a través de la rigidez constitucional, protectora de las transformaciones arbitrarias de la constitución, y de la reforma constitucional posibilitadora de los cambios oportunos. Nacieron así unidas las ideas de rigidez y reforma, por cuya virtud la constitución podrá transformarse, la constitución podrá variarse, pero sólo en los modos y maneras que en ella estén previstos. Cabe imaginar incluso una reforma total de un ordenamiento constitucional, mas en la medida que se realice conforme al procedimiento establecido, su identidad, en cuanto estructura conformadora del Estado, no se romperá del todo. La legalidad posterior, al menos formalmente, encontrará su fundamentación y su génesis en la legalidad precedente. Es lo que ya percibió con agudeza Rousseau en sus “Consideraciones sobre el gobierno de Polonia” cuando escribía:

Va contra la naturaleza del cuerpo social establecer leyes que no pudiesen revocarse. Pero no va ni contra la naturaleza ni contra la razón,

que para revocar esas leyes se exija cumplir con las mismas solemnidades que se siguieron para establecerlas. He aquí la cadena que puede darse para el futuro.

Naturalmente, y lo que voy a decir creo que es de suyo decisivo, el reconocimiento legal de los procedimientos de reforma implica que se desechen como viciosas las reformas no legales. La distinción que los alemanes hicieron entre *Verfassungänderung* y *Verfassungswandlung*, expresiones que se podrían traducir como reforma constitucional propiamente dicha, y mutación no legal de la constitución, constituye, en este sentido, una distinción sumamente interesante, aunque no sea ésta la oportunidad más idónea para entrar en ella. Baste con dejar constancia de que cuando me refiero a reformas no legales, no quiero indicar que sean ilegales, que vayan en contra de la ley, sino que se produzcan al margen suyo. Hsü-Dau-Lin ha puesto un buen número de ejemplos de ellas y a sus trabajos me remito.

Pues bien, si la reforma constitucional aparece en una acción bifronte en cuanto que, en primer lugar, pretende acoplar la realidad jurídica a la vida histórica, y, en segundo lugar, aspira a evitar que esos acoplamientos se produzcan al margen de la ley, tendremos que llegar por fuerza a la conclusión de que su estudio debe entrar entre los medios de defensa de la constitución. Defensa de la constitución, y de la historia, me atrevería a añadir, por cuanto que lo que con ella también se intenta es controlar jurídicamente el cambio histórico, o si se me permite emplear una afirmación escandalosa, legalizar la revolución.

Llegamos así al punto culminante en el tratamiento del tema de la reforma y que, con frecuencia y por desgracia, los juristas suelen eludir. Me refiero a ese conjunto de presupuestos que forman los cimientos de la democracia constitucional, marco único en donde hablar de reforma tiene sentido. Veremos por qué.

Para que se produzca esa continuidad jurídica que señalaba Rousseau en la cita antes recordada, para que se produzca ese control jurídico del cambio histórico en que la reforma consiste, es necesario reconocer que los conflictos de legalidades no presupongan o lleven subyacentes a ellos conflictos de legitimidades.

En el marco de la democracia constitucional el problema quedó definitivamente zanjado con la asignación al pueblo de la soberanía del Estado. El pueblo es en ella, siempre, el titular del poder constituyente. Y si el poder constituyente de hoy —según el dicho clásico— no puede condicionar al poder constituyente del mañana, pues ello iría en contra de la propia noción de poder constituyente, que es por definición un poder

ilimitado y sin control, lo que sí puede hacerse es fijar las reglas de su ejercicio. No se discute, en consecuencia, ni la legitimidad del poder, ni las posibilidades de acción del mismo. Lo único que la reforma plantea son los cauces por donde debe operar.

Los interrogantes van a surgir en caudal copioso cuando frente a lo que nos colocamos es frente a un poder constituyente que históricamente periclita y ante el que se enfrenta un poder constituyente nuevo, con una fundamentación legitimadora radicalmente contrapuesta: ¿En virtud de qué criterios puede entonces el poder constituyente de hoy regular los cauces de actuación del poder constituyente del mañana? ¿Cómo puede establecerse el *continuum* legalista cuando lo que chocan son las bases legitimadoras de dos sistemas? Hablar de reforma constitucional en estos casos, se quiera o no reconocer, carece de fundamento.

Resulta fácilmente colegible que esta es la situación por la que atraviesa el actual momento constitucional español. Se trata de dos concepciones del mundo y del poder, autocrática la una, democrática la otra, enfrentadas cara a cara. Querer dar el salto, a través de la reforma, de una organización y una concepción de los poderes públicos de carácter no democrático, a una organización efectivamente democrática, podrá tener las justificaciones ideológico-políticas que se deseen, pero en puridad jurídica representa una operación imposible.

El hecho de que el artículo 10 de la Ley de Sucesión recoja y reconozca la institución de la reforma no debe, pues, impresionarnos. Sabemos ya que la reforma sólo tiene cabida en el seno de la filosofía implícita en la democracia constitucional, según la cual, la titularidad del poder constituyente pertenece al pueblo. Su reconocimiento, por lo tanto, en ordenamientos jurídicos no democráticos es un reconocimiento forzado, que lejos de prestar coherencia y claridad a los mismos, para lo que sirve es para enmarañarlos más aún. La pregunta que formulara más arriba surge de nuevo de una manera inexorable: ¿Qué sentido tiene hablar en España de procedimientos agravados para derogar o modificar la constitución, cuando todas las leyes fundamentales han tenido su génesis última en la escueta y única voluntad de Franco?

La única reforma constitucional acorde con las exigencias y los presupuestos de la razón jurídica sería aquella que comenzara entregando al pueblo su soberanía de un modo real y efectivo. Sin embargo, es ése un fenómeno que no puede producirse sin que el ordenamiento constitucional existente se niegue a sí mismo. Estaríamos entonces en presencia de una figura jurídica distinta a la reforma. Es lo que Carl Schmitt ha designado con el nombre de destrucción de la constitución y que, según

sus propias palabras, se produce cuando la supresión de la constitución va acompañada de la supresión del poder constituyente en que ella se basaba.

Porque este razonamiento parece bastante claro, porque desde el punto de vista de la lógica jurídica no existen argumentos válidos para hablar de reforma constitucional, carecería de fundamento el que yo me detuviera, aquí y ahora, en el análisis de todas esas cuestiones a la reforma conexas y que, al parecer, tanto preocupan a algunos constitucionalistas españoles. Me refiero, por ejemplo, a la problemática del procedimiento y de los límites o de las llamadas cláusulas de intangibilidad. Por haber seguido sin la menor crítica la metodología de los constitucionalistas foráneos, los tratadistas españoles que se ocuparon del tema, se olvidaron de algo tan elemental como es el hecho de que la legislación fundamental española no se asentaba sobre las mismas bases en que se asientan otras realidades constitucionales. Es el destino trágico, como diría Geymonat, de todos los simplismos positivistas que terminan cayendo en el más espectacular e infundado de los idealismos.

No quisiera, no obstante, terminar estas consideraciones sin hacer alusión a una circunstancia que me parece sumamente clarificadora. Admitido que la reforma constitucional en España, desde el punto de vista científico, no puede servir de base legitimadora de ninguna actitud o posición política; lo cierto es que esa postura política reformista existe, o para ser más precisos, colocando en pretérito el verbo, digamos que ha existido. Ahora bien, en la medida en que ha querido ponerse en marcha se han ido delatando sus incongruencias de forma tal, que sus pequeños logros legales se convirtieron en la causa de los grandes abandonos políticos. Con un ejemplo quedará explicitado suficientemente lo que quiero decir.

Un sector importante del gobierno actual, colocado en la línea reformista, anuncia una serie de medidas encaminadas, por una vía gradualista, a la modificación de la legislación fundamental vigente. Entre ellas aparece una regulación nueva de los derechos de reunión y asociación que se presentan —a efectos político propagandísticos— como una auténtica conquista democrática. Ahora bien, nadie ignora que en todos los ordenamientos, por democráticos que sean, estos derechos, como, en definitiva, todos los derechos están también sometidos a limitaciones. Y una limitación importante de los mismos viene dada en cuanto no se tolera que en sus actividades se persigan fines anticonstitucionales. Así las cosas: ¿qué sentido tendría regular un derecho de Asociación con criterios superdemocráticos si el marco constitucional del mismo no lo es? La

victoria del sector reformista del gobierno sobre los grupos más continuistas que en él existen, con el proyecto de nueva regulación del derecho de asociación y reunión, se nos aparece convertida, de este modo, en lo que realmente es: una especie de victoria pírrica en la que el éxito no conduce a ninguna parte. Es más, justamente porque con su regulación se delata meridianamente la contradicción interna a que están sometidos, es por lo que se pierde la fe y la credibilidad política de este tipo de conquistas. Se cumple así, cabal y lamentablemente, aquella profecía de Gottfried Keller según la cual, en la estrategia política mal planteada, “el último triunfo de la libertad resulta estéril”.

Desconozco si he acertado o no en el planteamiento de esta exposición. No soy yo la persona más indicada para juzgarlo. En cualquier caso, considero más útil exponer los problemas tal y como la realidad los presenta, que no a través de esas ficciones de la realidad que, en ciertas ocasiones, son las leyes. 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.