

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA TRANSICIÓN POLÍTICA. TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE Y CAMBIO JURÍDICO-POLÍTICO EN ESPAÑA (*)

Por JAVIER RUIPÉREZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA TRANSICIÓN Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 COMO ACTO REVOLUCIONARIO.—3. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA EN LAS TRADICIONES AMERICANA Y FRANCESA.—4. LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA ÚLTIMA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA.—5. LA DIALÉCTICA CAMBIO-ESTABILIDAD EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA.

1. INTRODUCCIÓN

No deja de ser un ejercicio de mera constatación histórica aseverar que tras la muerte del general Franco, España ha vivido un singular y espectacular proceso de transformación. Proceso de renovación que resulta más que evidente, que no podría ser negado ni siquiera por los más nostálgicos y acérrimos partidarios del régimen anterior, y que, en cualquier caso, va a afectar a todos los órdenes de la vida del Estado.

No es éste ni el momento ni el lugar oportuno para realizar una pormenorizada y exhaustiva exposición sobre el cómo ha afectado ese proceso innovador en el ámbito social, en el campo económico o en el de la tecnología. No obstante, sí es menester afirmar que en todos ellos el cambio se ha verificado. Y, además, de manera notable.

(*) El presente escrito trae causa de la conferencia que, con este título y por invitación de mi estimado colega Dr. D. Eloy García (Cat. Un. de Derecho Constitucional), pronuncié el 8 de mayo de 2001 en la Facultad de Derecho de Orense (Univ. de Vigo), en el marco de un ciclo de conferencias sobre «La Transición a la Democracia».

A nadie se le oculta que la sociedad española ha conocido un cambio social sustancial desde 1975, y no digamos ya desde 1939, a nuestros días. Cambio que nos permite equipararnos al resto de las sociedades del llamado «Primer Mundo». Ciertamente es que las raíces de todas estas variaciones sociales pueden, sin duda, encontrarse en la década 1960-1970. Por decirlo con palabras de uno de los más importantes protagonistas de la «revolución española»: Alfonso Guerra, no puede olvidarse que «se producen en los años sesenta toda una serie de fenómenos que más tarde darán sus frutos (...), la ascendencia definitiva de la clase media; la inmigración urbana; la masificación de la Universidad y el acceso generalizado a ella de la clase media; el cambio cuantitativo y cualitativo operado en los contactos y comunicaciones del pueblo español con el exterior y concretado, en una corriente de doble vía, en la emigración y el turismo (...), la misma revolución cultural juvenil de una nueva generación de españoles que derriba impetuosamente las fronteras con el exterior y el pasado, y que vibra, al unísono con los jóvenes de otros países, con Marcuse, los Beatles o «Che» Guevara, que está de alguna forma presente en las barricadas de Mayo, en las calles enlutadas de Praga, y en la protesta generalizada contra la guerra de Vietnam. Esa generación que, ya en los umbrales de la transición, hace suyos los claveles de Lisboa (...); De una u otra forma, el tejido social de España ha cambiado, y frente a un aparato político oficial ficticio (...), se alzan toda una serie de fenómenos sociales y económicos que permitirán más tarde la transición (...). Ciertos sectores de la Iglesia asumen los vientos renovadores posconciliares, y lejos quedan el espíritu de cruzada y el nacional-catolicismo. El secular liderazgo político de la Iglesia sobre la sociedad entra en quiebra (...). La sociedad española se va haciendo más tolerante, más laica, más moderna y alegre» (1).

Ahora bien, no será sino con la entrada en vigor del Texto de 1978 cuando dicho cambio adquiera auténtica entidad y realidad histórica. Esto es, aunque «la inmensa mayoría de la sociedad española, expectante e incierta, está de hecho preparada para el cambio cuando se produce el agotamiento de la dictadura» (2), será la amplia esfera de libertad consagrada por el Constituyente de 1977-1978 la que permita desarrollar efectivamente todos esos cambios apuntados en los años sesenta y, en definitiva, el situarlos en sus cotas actuales.

Tampoco hace falta ser un genio de las Ciencias Económicas, para constatar el enorme avance que en este campo se ha realizado. Sin llegar, por supuesto, a dar una credibilidad absoluta —mi condición de funcionario docente del Estado me lo impide— a la propaganda oficial del «España va bien», debe reconocerse que también aquí se ha verificado un cambio y, además, para bien. En efecto, en las últimas décadas del siglo xx España ha conocido un profundo proceso de transformación económica, merced al cual se ha dejado de ser un «Estado en vías de desarrollo», eufemismo con el que se pretendía camuflar una terrible y trágica realidad como era la de la

(1) A. GUERRA: «Prólogo» a R. Morodo, *La transición política*, 2.ª ed. ampl., Madrid, 1993, págs. 12-14.

(2) A. GUERRA: «Prólogo», cit., pág. 14.

«España de la alpargata», convertida en la «España del Seiscientos» gracias al desarrollismo de los Gobiernos tecnócratas del dictador, para convertirse en un Estado muy cercano en su potencial económico a los «grandes».

Lo mismo podría decirse en cuanto al desarrollo tecnológico. Atrás quedaron, en efecto, los años en que el bolígrafo «Bic» era, para los españoles, la máxima expresión de la revolución tecnológica. Hoy, muy al contrario, España se ha convertido en uno de los Estados que más empeño tiene en poner en marcha entre sus ciudadanos el uso de todas las grandes innovaciones tecnológicas. Desgraciadamente, no existe el mismo afán en cuanto a producirlas nosotros mismos.

Lo que nos interesa aquí es poner de manifiesto que la muerte de Franco abrió un periodo de cambio que, en último extremo, habría de producir unas fenomenales transformaciones en el orden político y jurídico. Piénsese que, en un tiempo relativamente corto, España ha pasado de tener un régimen decididamente totalitario (3), a gozar, de manera plena, de una Democracia avanzada (4). España, según reza el artículo 1.1 de la Constitución, se organizará en base al modelo del «Estado social y democrático de Derecho» que, de uno u otro modo, había encontrado en Heller (5) su primer y más lúcido teorizador, y que, habiendo recibido una primera positivización en la Constitución de nuestra Segunda República, se consagraría definitivamente con los Textos Constitucionales aprobados en Europa tras la II Guerra Mundial (6).

Asimismo, nuestro Estado pasó de un sistema jurídico y político caracterizado por la total ausencia de una Constitución en sentido técnico (7) y que, de manera básica, se regía por la voluntad soberana del detentador del poder, a configurarse como, por decirlo en la terminología schmittiana (8), un verdadero Estado legal o le-

(3) Cfr. R. MORODO: *La transición política*, cit., págs. 30 y ss., y 47-60.

(4) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*. IV. *Constitución de 1978 y transformación político-social española*, Madrid, 1984, págs. 441-477. *Vid.*, igualmente, J. TAJADURA: «La noción de "sociedad democrática avanzada" en la Constitución de 1978», *Sistema*, núm. 147, 1998, págs. 27-52.

(5) A este respecto, es fundamental H. HELLER: «¿Estado de Derecho o dictadura?» (1929), y «Europa y el fascismo» (1929), ambos en el vol. *Escritos políticos*, Madrid, 1985, págs. 283-301 y 21-132, respectivamente.

(6) Cfr., por todos, W. ABENDROTH: «El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político», en W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF y J. DOERING: *El Estado social*, Madrid, 1986, págs. 21 y ss.; P. LUCAS VERDÚ: *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, 1975, pág. 81.

(7) En este sentido, y muy en contra de lo mantenido por R. FERNÁNDEZ CARVAJAL: *La Constitución española*, 2.^a ed., Madrid, 1969, págs. 3-4, partidario de entender las Leyes Fundamentales del Reino de la etapa franquista como una verdadera Constitución tanto en sentido material como formal, o de lo dicho, sin duda condicionado por el momento en que esto escribía, por J. SOLÉ TURA: *Introducción al régimen político español*, Barcelona, 1971, págs. 46-47, en el sentido de que aquellas normas, obra, directa o indirectamente, del dictador, sí podían ser comprendidas como Constitución real o material, pero no formal, debe recordarse la acertada afirmación, en el seno de la Constituyente, del «Viejo Profesor» de que los españoles «hemos pasado en este sentido por años de anticonstitucionalismo, no porque formalmente no hubiera textos que se pudiesen llamar constitucionales, sino porque estos textos no cumplían con la función esencial de dinamizar la acción del Estado para que se pusiese de acuerdo con la dinámica social». *Vid.* E. TIerno GALVÁN: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 50, 5 de mayo de 1978, pág. 2057.

(8) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 149.

gatario. De esta suerte, la Constitución no sólo se convierte en la clave de bóveda del sistema jurídico, sino que también, y en cuanto que obra del Poder Constituyente del Pueblo español, único titular de la soberanía, se configurará como una auténtica *Lex Superior* (9) que, en cuanto tal, se situará por encima de la dicotomía gobernantes-gobernados, obligando, aunque no de idéntico modo (10), a ambos por igual.

No menos espectacular y profunda resultó la transmutación operada en cuanto a la forma territorial del Estado. A nadie se le oculta que no le faltaba razón a Jordi Solé cuando, en el seno de la Constituyente, se refería a la estructura territorial española como un «Estado supercentralizado, que no ha sido inventado por el franquismo, sino que ha sido llevado a sus últimas consecuencias centralistas y autoritarias por el franquismo» (11). Pues bien, frente a esa realidad, hoy España se presenta como una estructura estatal en la que existen distintas instancias de decisión política (la organización central y las regionales), y que gozan de un muy elevado nivel de autogobierno, muchas veces superior al que disfrutaban las colectividades-miembros de cualquier Estado expresamente denominado «Federal».

2. LA TRANSICIÓN Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 COMO ACTO REVOLUCIONARIO

En primera instancia, todas estas transformaciones podrían presentarse como el resultado de ese período que es cierto en su inicio, el 1 de julio de 1976, cuando el Jefe del Estado dimite a Arias-Navarro (12), y el 3 de ese mismo mes, cuando nom-

(9) Cfr., ahora y por todos, P. DE VEGA: «Constitución y Democracia», en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, págs. 71-72; *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, pág. 25. La idea de que el principio democrático, es decir, el que la Constitución ha de ser elaborada por el Poder Constituyente del Pueblo, es el fundamento último de la supremacía constitucional, puede verse, también, en G. TRUJILLO: «La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control», en el vol. *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las Leyes*, La Laguna, 1970, pág. 17. No obstante, para la comprensión de que no basta únicamente con la singular naturaleza de su autor para que realmente, y en el terreno de la práctica, la Constitución se erija en la posición de *Lex Superior*, sino que necesita contar con algún mecanismo de garantía como es, de manera fundamental, el principio de rigidez, convenientemente asegurado por algún mecanismo de control de la constitucionalidad, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ: «Principio democrático y federalismo. El Poder Constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, de manera fundamental al ep. 3.2. «La eficacia del principio democrático en el Estado constitucional ya operante: el principio de rigidez y la definitiva consolidación de la Constitución como Ley suprema», págs. 531-538; S. A. ROURA GÓMEZ: *La defensa de la Constitución en la Historia Constitucional española. Rigidez y control de constitucionalidad en el Constitucionalismo histórico español*, Madrid, 1998, *passim*, pero especialmente el cap. I: «La rigidez y el control de constitucionalidad como mecanismos de defensa del orden constitucional: las experiencias norteamericana y francesa», págs. 31-133.

(10) En relación con esto, *vid.* STC 101/1983, de 18 de noviembre, *Fundamento Jurídico* 3.º

(11) J. SOLÉ TURA: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 103, 4 de julio de 1978, pág. 3805.

(12) Cfr. R. MORODO: *La transición...*, cit., pág. 117.

bra Presidente de Gobierno a Suárez, pero que resulta incierto en cuanto a su finalización. Dependiendo de la posición ideológica del intérprete se ha señalado la aprobación de la Constitución, la llegada al poder del PSOE en 1982, la vuelta al Gobierno de las derechas o, finalmente, se dirá que no ha terminado y que, desde la idea tiernista de la monarquía como salida, sólo lo hará con la proclamación de la III República. Me refiero, claro está, a lo que se dio en llamar la transición política, o la transición a la Democracia. Aceptando que la transición se limita a la etapa inmediatamente anterior al proceso constituyente de 1977-1978, este período aparecerá definido en el plano normativo por la aprobación de la que formalmente no era sino la octava Ley Fundamental del Reino.

Lo de menos es entrar a discutir aquí si la Ley para la Reforma Política fue obra exclusiva de Fernández-Miranda (13), y Suárez lo único que hizo fue arrebatárselo su merecido protagonismo, o si, por el contrario, lo que ocurre es que, siendo cierto que fue Fernández-Miranda quien elaboró el Proyecto de aquella (14), «en todo proceso de cambio, que su dinámica política no es controlable plenamente y, así, Fernández-Miranda, pieza institucional clave como Presidente de las Cortes franquistas, no podrá reducir el cambio que se ha puesto en marcha y quedará, muy pronto superado» (15), de suerte tal que, al asumir y continuar con el proyecto Adolfo Suárez, resulta históricamente justificado el que aquel texto fuera conocido como «la Reforma Suárez». Lo que interesa poner de manifiesto es que, como de manera reiterada ha sido afirmado por la mejor doctrina (p. ej., E. Tierno Galván, Lucas Verdú, P. De Vega, J. Santamaría, R. Morodo), la Ley para la Reforma Política no puede ser, en rigor, considerada como la octava Ley Fundamental del Reino toda vez que, en la medida en que viene a subvertir todos los principios en que se basaba el sistema anterior, su aprobación significa, si no desde una óptica jurídica-formal, sí desde el plano político y material, la total y definitiva ruptura con el régimen franquista.

Recordar esto me parece tanto más pertinente por cuanto que hoy, desde las más diversas posiciones, se está pretendiendo encontrar en la normativa franquista el fundamento de la vigente Constitución. Tal es el caso, por ejemplo de J. L. Requejo. En efecto, partiendo de la idea de que el Poder Constituyente, como, de acuerdo con el concepto liberal-burgués de Constitución (16), depositario de la soberanía que

(13) Vid. P. y A. FERNÁNDEZ-MIRANDA: *Lo que el Rey me ha pedido*, Barcelona, 1995.

(14) Cfr., en este sentido y por todos, V. PREGO: *Diccionario de la Transición. De la dictadura a la Democracia: quiénes la hicieron posible y quiénes trataron de impedirla*, Barcelona, 1999, pág. 253.

(15) R. MORODO: *La transición...*, cit., págs. 117.

(16) Debemos, en este sentido, a Pedro De Vega la acertada observación de que en su sentido estricto y técnico la Constitución se identifica con su concepción liberal-burguesa. Esto es, en un sentido moderno, técnico y actual, dirá el Maestro, sólo cabe hablar de Constitución para referirse a aquellos documentos de gobierno que surgen a raíz de un momento histórico determinado: las grandes revoluciones liberal-burguesas americana y francesa de finales del s. XVIII, y que tienen un concreto sustrato teórico común: la confrontación de los supuestos ideológicos del pensamiento político liberal —representados, fundamentalmente, por la obra de Montesquieu— y los presupuestos del pensamiento político democrático.

crea el Estado y su ordenamiento constitucional, no es más que un mito (17), y apelando a la teoría de la *Grundnorm* kelseniana (18), no dudará en afirmar que «En lo lógico (...), la originalidad del Constituyente es más que discutible; no tanto —o tan

co —encarnados en Jean-Jacques Rousseau—. Siendo así, lo que sucede es que sí, desde un punto de vista amplio, bien puede decirse con, p. ej., un G. JELLINEK: *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1981, pág. 381, o un H. HELLER: *Teoría del Estado*, 1.ª ed., 9.ª reimpr., México, 1983, pág. 289, que todo Estado o, mejor aún, toda colectividad humana políticamente organizada, si no quiere caer en la más absoluta de las anarquías, ha de contar con una Constitución, es lo cierto, sin embargo, que en su significación estricta y técnica sólo podrán considerarse como verdaderas Constituciones aquéllos Textos que, procediendo a la previa organización de los poderes de la colectividad y a la determinación de los modos en que éstos han de decidir, se encuentren definidos e inspirados por los principios democrático (la Teoría Democrática del Poder Constituyente), liberal [defensa de la libertad individual a través de los institutos, ciertamente inseparables (cfr. H. HELLER: *Teoría...*, cit., pág. 292), de las declaraciones de derechos y la separación de poderes] y de supremacía constitucional (sujección de gobernantes y gobernados a la Constitución, y concordancia del Derecho ordinario con ella). Nos encontramos, en definitiva, con el concepto liberal-burgués de Constitución, conforme al cual ésta se presenta como un documento escrito, formal y solemne, establecido y sancionado por el *Pouvoir Constituant* que, recogiendo los supuestos basilares del pensamiento liberal explicitados en el celeberrimo art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, pretende establecer, de una vez y para siempre, una ordenación racional de la vida política del Estado. Cfr. P. DE VEGA: «Constitución y Democracia», cit., págs. 66-73; «Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento español», *Revista de Política Comparada*, núms. 10-11, 1984, págs. 396-409; *La reforma constitucional...*, cit., págs. 15-24; «En torno al concepto político de Constitución», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.) y otros: *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao, 1997, págs. 704 y ss. Interesa advertir que este concepto liberal-burgués de Constitución sigue gozando de una absoluta y universal vigencia. Y es que, como muy bien ha escrito P. DE VEGA, «las ideas de libertad y democracia, siguen presentes en el espíritu humano y aunque las Constituciones hayan dado pruebas bastantes de su impotencia, continúan, no obstante, representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas pueden realizarse en la historia. Así se explica que se sigan redactando Constituciones y que, a pesar de los pesares, la Constitución no haya desaparecido definitivamente. De lo que se trataría entonces, no es de negar los supuestos en que reposa todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta de la ley» [«Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pág. 108], lo que, como a nadie puede ocultársele, adquiere una especial trascendencia en un mundo sometido a lo que se ha dado en llamar la globalización o mundialización [cfr., a este respecto y por todos, P. DE VEGA: «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, págs. 13-56]. En un sentido similar, cfr., también, H.-P. SCHNEIDER: «La Constitución. Función y estructura», en el vol. *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, págs. 35-52, especialmente págs. 39 y 35-36. Para la comprensión general de la idea de crisis y vigencia de la Constitución, resulta de gran interés P. LUCAS VERDÚ: «¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 75, 1998, págs. 367-392. Para un breve desarrollo de la idea de que, transformándose en la materialización concreta de sus contenidos, el concepto liberal-burgués de Constitución conserva una plena vigencia, me permito, por comodidad, remitirme a J. RUIPÉREZ: *La «Constitución europea» y la teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Madrid, 2000, págs. 84-88.

(17) Vid. J. L. REQUEJO PAGÉS: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, 1998, págs. 43-46 y 57, p. ej.

(18) Cfr. H. KELSEN: *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 9.ª ed., Buenos Aires, 1970, págs. 40, 137-138, 139, 143 y 145-146.

sólo— porque, como cualquier poder constituyente, el de 1978 también hubo de actuar con arreglo a normas jurídicas, cuanto porque su calificación como poder de Constitución puede explicarse como aplicación singular de los procedimientos de reforma previstos en las Leyes Fundamentales, de manera que, desde esas Leyes, sería un poder constituido» (19). Afirmación ésta en la que conviene detenerse.

Como es conocido, la aceptación plena de la «*Stufenbautheorie*» elaborada por su discípulo Merkl (20), lleva a Kelsen a aplicar al Texto Constitucional la lógica de aquélla, lo que le conducirá a formular la existencia de la *Grundnorm*. Esto es, la Constitución que, como norma que establece el procedimiento para la formación del resto de las normas y señala el órgano competente para su emanación, es la fuente de validez del Derecho del Estado, requiere a su vez, en cuanto que norma jurídica, extraer su propia validez y fuerza normativa vinculante de una norma superior. Norma superior que, en primera instancia, se identificará con el Código Fundamental anteriormente vigente. No obstante, y como ha de reconocer el jurista vienés, es lo cierto que «siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse» (21). En este caso, lo que confiere a la Constitución la fuerza obligatoria y la validez es la voluntad del primer Constituyente que operó en el Estado (22). Ahora bien, ocurre que para que pueda reconocérsele esta fuerza normativa a la voluntad del primer Constituyente, ésta habrá de ser válida. Lo que se logrará cuando la misma sea emanada de conformidad con las reglas contenidas en la Ley Fundamental (*Grundnorm*), que se presenta, de esta suerte, como una hipótesis lógica necesaria para el estudio del Derecho positivo, y cuya justificación tiene una dimensión de alguna manera metajurídica (23).

No podemos detenernos aquí a señalar las contradicciones que una tal construcción comporta, y que fueron puestas de relieve por Conte (24). Intentarlo siquiera, desbordaría, lógica y objetivamente, los estrechos límites de este trabajo. Lo que interesa es llamar la atención sobre el hecho de que esa búsqueda hacia atrás de los fundamentos de la validez de la Constitución vigente, hasta el primer Código Jurídico-Político Fundamental que fue aprobado en el Estado no es siempre posible de realizar. Fue ya el propio Hans Kelsen (25) quien puso de manifiesto esta circuns-

(19) J. L. REQUEJO PAGÉS: *Las normas...*, cit., pág. 128.

(20) Cfr. A. MERKL: «Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff», en *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, 15, Bd. 2 Heft, Leipzig, 1923, págs. 81 y ss.

(21) H. KELSEN: *Teoría pura...*, cit., pág. 40.

(22) Cfr. H. KELSEN: *Teoría pura...*, cit., pág. 138.

(23) Cfr. H. KELSEN: *Teoría pura...*, cit., págs. 40 y 139.

(24) Cfr. A. G. CONTE: voz «Norma fondamentale», en *Novissimo Digesto Italiano* 3.^a ed., vol. XI, Turín, 1965, págs. 328-329. En general sobre la construcción de Kelsen, y para su crítica, cfr. P. LUCAS VERDÚ: «La teoría escalonada del ordenamiento jurídico como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre la "estructura de la civilización", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 66, 1989, págs. 7-65; «El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990, págs. 7-93.

(25) Cfr. H. KELSEN: *Teoría pura...*, cit., págs. 140-141.

tancia. De esta suerte, señalará que este proceso habrá de interrumpirse cuando en el Estado se verifique alguna situación revolucionaria. Apreciación ésta que, de una u otra forma, es asumida por nuestro Tribunal Constitucional (26) en cuanto a la relación entre la Constitución de 1931 y las Leyes Fundamentales del Reino de la etapa franquista, pero no así en lo que hace a la relación entre las últimas y el Texto Constitucional de 1978.

Será, en todo caso, desde la última línea marcada por Kelsen desde donde, según nuestro entender, resulta imposible pretender presentar a la vigente Constitución como una norma que encuentra su fuente de validez en el ordenamiento franquista. La razón es fácilmente comprensible.

Debemos, en este sentido, a Raúl Morodo (27) la acertada observación de que la tensión dialéctica entre la «reforma», propuesta desde el propio *establishment* gubernamental, y la «ruptura», propuesta desde las filas de la oposición democrática, que caracterizó la primera etapa de la transición política española, acabó resolviéndose, si no desde una óptica jurídica y formal, sí en el terreno de la práctica y en el de su contenido material, en favor de la segunda. Aparece, entonces, el concepto de «ruptura pactada». Con él, lo que se pretende expresar es que lo que, en realidad, vino a hacer la Ley para la Reforma Política fue el operar una auténtica ruptura política con las Leyes Fundamentales del Reino, realizada, eso sí, desde el respeto jurídico-formal a las mismas. Si a esta situación le aplicamos los conceptos de la Teoría de la Constitución, la conclusión no puede ser más evidente: la pretendida reforma de la normativa franquista, por más que se utilizasen los mecanismos previstos en ella para tal fin, no podría, en rigor, ser entendida como una mera revisión, que, como operación jurídica, se encuentra siempre limitada por el documento de gobierno y que, por ello mismo, nunca podría ir contra él (28), sino como un auténtico acto revolucionario. Dicho con toda contundencia: en la medida en que se cambiaron los presupuestos en que se basaba el poder soberano del dictador y, en general, casi todos los postulados ideológicos del anterior régimen, la llamada «Reforma Suárez» adquiere el carácter de ser una destrucción de la Constitución en la más pura significación schmittiana del término (29). Destrucción de la Constitución cuya máxima virtualidad fue, justamente, la de derogar, en el terreno de los hechos, las anteriores siete Leyes Fundamentales del Reino.

Innecesario debiera ser, en tales circunstancias, el afirmar que la vigente Constitución no puede, bajo ningún concepto, ser concebida como el resultado de la evolución normativa legal de la dictadura. Entre ambas, como se ha visto, se ha extinguido, en virtud de la Ley para la Reforma Política, todo nexo causal.

(26) Cfr. SSTC 1/1981, de 26 de enero, *Fundamento Jurídico* 10, y 28/1982, de 26 de mayo, *Fundamento Jurídico* 2.º

(27) Cfr. R. MORODO: *La transición...*, cit., págs. 25, 117, 119-120, 125-126, 135-136, p. ej.

(28) Cfr., por analogía, P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 283 y ss.

(29) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., págs. 110-114, 115 y 119-120.

Pero si, en cuanto que deroga de hecho el resto de las Leyes Fundamentales del Reino, la Ley para la Reforma Política excluye la posibilidad de que el fundamento de fuerza normativa y vinculante de la Constitución se encuentre en la normativa franquista, debemos advertir, de manera inmediata, que tampoco puede sostenerse que el Texto de 27 de diciembre de 1978 naciera condicionado por los principios y directrices de aquella Ley. Ciertamente es que, en el primer párrafo de su artículo 1.1, reconocerá, aunque tímidamente, el principio de la soberanía popular y que éste es el fundamento último del Estado que nace con la Constitución. Ahora bien, fuera de esto, no existe entre ambos Textos ningún tipo de relación jurídica. Que ello sea así no ha de resultar difícil de comprender. Es ya una afirmación común la de que, pese a la atipicidad en su desarrollo formal (30), el Código Jurídico-Político Fundamental fue el resultado de un proceso cuyo titular no es otro que el Poder Constituyente del Pueblo español, que actuó como un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad. Nos encontramos, entonces —y con independencia de que sobre la definición del *Pouvoir Constituant*, y de su materialización en la España de 1977-1978, hayamos de volver posteriormente—, ante un poder político existencial y fáctico, que brota espontáneamente del seno de la propia comunidad que decide darse una Constitución (31), y cuya actuación no puede quedar constreñida por los estrechos límites de un Derecho que encuentra en él su fuente última, ni, mucho menos, por un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento.

Existe, por último, otro argumento que hace difícil el poder entender que la fuente de la validez del Texto vigente se encuentra en las Leyes Fundamentales del franquismo. Éste no es otro que el de que, en la medida en que cambia todos los elementos estructurales del régimen político, si el único parámetro para enjuiciar la validez de la Constitución fuera la normativa franquista, lo que sucedería es que, de manera tan evidente como inevitable, aquélla sería nula. Y es que, en definitiva, debe darse la razón a De Otto cuando escribía que «la Constitución Española, aun cuando nace de una reforma del ordenamiento de las Leyes Fundamentales, *no puede derivar de ellas su validez* y, dicho en términos expresivos, es “ilegal” desde la perspectiva del ordenamiento anterior y por tanto supone jurídicamente una *ruptura*, que es lo que se quiso evitar que apareciera manifiesto» (32).

En todo caso, y desde una óptica más general, cuando se habla de la fuerza normativa de los Textos Constitucionales y, con tal fin, se apela a la teoría de la norma fundamental, debe tenerse en cuenta que, como indicó Alf Ross (33), la Constitu-

(30) Sobre este particular, resulta de interés la exposición que realiza R. MORODO: *La transición...*, cit., págs. 185 y ss.

(31) Cfr., por todos, P. LUCAS VERDÚ: *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*, 2.ª ed. rev., Madrid, 1977, págs. 583-584.

(32) I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pág. 68. *Vid.*, también, del mismo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, 1985, pág. 33.

(33) Cfr. A. ROSS: *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la Teoría del Derecho Positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, 1999, pág. 431.

ción en sentido lógico-normativo, que ha de darse como presupuesta, acaba finalmente coincidiendo con la misma Constitución jurídico-positiva. Convenido lo anterior, habrán de tenerse en cuenta dos consideraciones:

En primer lugar, no puede olvidarse que, como comprendió Smend (34), es en cuanto a la problemática de su fuerza normativa donde se encuentra una de las mayores especificidades y singularidades de la Constitución, que, a la postre, confieren al Derecho Constitucional su autonomía científica, al diferenciar e imposibilitar su equiparación con el resto de las Leyes. Acepta Smend, cómo no, la idea de que toda norma jurídica extrae su fuerza normativa de una norma jurídica superior, que se la confiere. Ahora bien, tal hipótesis de trabajo opera en relación con el Derecho ordinario, pero no, y esto es lo que reviste importancia y resulta trascendente, con el Derecho Constitucional. Que ello sea así, se explica por el carácter político y superior que reviste el Derecho Constitucional como consecuencia inherente a la circunstancia de que su objeto, o centro de referencia es el Estado, o, más precisamente, la vida del Estado. Es, precisamente, este carácter lo que diferencia a la Constitución del resto del ordenamiento jurídico, en general, y en cuanto a su naturaleza de norma obligatoria y vinculante, en particular. En efecto, debe tenerse en cuenta que, como señala Smend, mientras que la validez y, por lo tanto, la fuerza normativa de las demás normas jurídicas depende de un poder externo a ellas mismas, en el caso de la Constitución esto no sucede, y ello por cuanto que, en la medida en que no puede ser garantizada por una instancia heterónoma, ésta gravita sobre sí misma. De esta suerte, nos encontramos con que el punto de partida indispensable para que el Texto Constitucional tenga fuerza normativa, y despliegue de manera plena la misma, es el de que aquél ha de ser la obra del Poder Constituyente.

Sucede, en segundo lugar, que siendo lo anterior necesario, no es, empero, suficiente. En efecto, la fuerza normativa de la Constitución será real y efectiva cuando aquélla, que es, por definición, una realidad estática, sea capaz de asumir en todo momento, y en la medida de lo posible, la realidad política y social históricamente cambiante. Esta idea es la que sirve de base a Hesse para llegar a la conclusión de que la problemática de la fuerza normativa de la Constitución «no es solamente una cuestión de contenido [es decir, de las propias especificaciones recogidas en el Texto] sino no menos una cuestión de *praxis constitucional*» (35). Entiende este autor que la fuerza normativa de la Constitución depende, como no podía ser de otro modo, de su origen, es decir, de que se trata de la emanación de la voluntad soberana del Poder Constituyente, que, como tal, tiene pretensión de vigencia (36). Ahora bien, ocurre que esa pretensión de vigencia no es, por sí sola, condición suficiente para que la Constitución adquiera realmente su fuerza normativa, sino que ésta va a

(34) Cfr. R. SMEND: «Constitución y Derecho Constitucional» (1928), en el vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, págs. 140 y ss.

(35) K. HESSE: «La fuerza normativa de la Constitución», en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, 1983, pág. 73.

(36) Cfr. K. HESSE: «La fuerza...», cit., pág. 66.

depender de que aquélla sea capaz de generar una auténtica realidad constitucional. Lo que será sólo posible cuando, junto con la vigencia del Texto Constitucional, concurren, de manera fundamental, los dos presupuestos siguientes: 1.º Que la Constitución sea capaz de asumir la realidad política y social subyacente, lo que, en definitiva, le permitirá conducir adecuadamente el proceso político. 2.º Para que pueda hablarse de una verdadera fuerza normativa es necesario que se trate de una norma que no sólo esté formalmente vigente, sino que sea materialmente efectiva. Condición ésta que, en último extremo, supone el situar esta problemática en la órbita de la actuación de los destinatarios de la norma constitucional. Aparece, entonces y en toda su magnitud, la cuestión de lo que Schneider ha denominado la aplicación directa y la eficacia indirecta de las normas constitucionales. La primera, en cuanto que consciente y querida concreción de la Constitución según reglas técnicas fijas, compete, obviamente, a los poderes públicos. Por su parte, la eficacia indirecta, que es incluso más relevante para la realización de la fuerza normativa, se verificará «cuando las normas constitucionales son cumplidas y actualizadas, consciente o inconscientemente (...), pero, desde luego, no por un mandato expreso o por coacción», sino tácitamente (37), y su materialización concreta corresponderá a los poderes públicos, pero también, y esto es lo importante, a las instituciones sociales y a los ciudadanos.

La conclusión a la que, desde esta óptica, debe llegarse resulta meridiana. Porque sólo donde se verifica la validez de la Constitución, ésta adquiere realmente su fuerza normativa, lo que sucede es que la cuestión sobre la fuerza normativa de la Constitución acaba disolviéndose en el problema de lo que la doctrina alemana conoce como «*Wille zur Verfassung*» (38). Esto es, la fuerza normativa de la Constitución adquirirá auténtica entidad, y desplegará sus efectos plenos, allí donde, al ser el Texto Constitucional conocido y totalmente asumido por sus destinatarios, exista en ellos verdadera voluntad constitucional, entendida como el deseo de cumplir y hacer cumplir los mandatos de la propia Constitución. Porque esto es así, nos encontramos con que la Constitución formal acaba, de uno u otro modo coincidiendo con la Constitución material en el sentido que a esta expresión le otorgan, por ejemplo, Mortati, De Vergottini o Temistocle Martines (39).

De cualquier forma, lo que sí resulta innegable es que la aprobación de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política habría de producir unos nada despreciables efectos políticos. Como es obvio, no nos referimos aquí, aunque en todo caso sí debe quedar constancia de ello, al hecho de que fuera bajo el primer mandato

(37) H.-P. SCHNEIDER: «Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales», en el vol. *Democracia y Constitución*, cit., pág. 75.

(38) Cfr. K. HESSE: «Concepto y calidad de la Constitución», en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, cit., págs. 28-29; «La fuerza...», cit., págs. 70-71.

(39) Cfr. C. MORTATI: *La Constitución en sentido material* (1940), Madrid, 2000; G. DE VERGOTTINI: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1983, págs. 138-143; T. MARTINES: *Diritto Costituzionale*, Milán, 1986, 4.ª ed., rev. y puesta al día, págs. 26-29.

de Adolfo Suárez como Presidente de Gobierno cuando se dismanteló el aparato del Movimiento, se substituyera, ya en el plano normativo y no únicamente en el fáctico, el modelo de sindicato vertical por un modelo de pluralidad de sindicatos horizontales, o que se procediese a la legalización de, no todos —debe recordarse que, junto a organizaciones de extrema izquierda (PTE, ORT, MC, LCR, etc.), los partidos republicanos de izquierda (ARDE, ERC e IR) fueron legalizados con posterioridad a las elecciones de 1977—, los partidos políticos. De lo que se trata es de poner de manifiesto que, con la entrada en vigor de aquella Ley, se abría en España un período político caracterizado por su facticidad, cuyo resultado final sería la aprobación de la Constitución de 1978. En definitiva, se ponía en marcha el proceso constituyente español.

Nadie puede negar, y así lo hemos reconocido ya, que se trató de un proceso ciertamente atípico y heterodoxo en su desarrollo. Para empezar, y dejando al margen cuestiones como, por ejemplo, el que el Ejecutivo no tuviera el carácter de Gobierno provisional, ocurre que las Cortes Generales que elaboraron, discutieron y aprobaron en primera instancia el Texto Constitucional, no fueron convocadas con el carácter de Legislador Constituyente, sino con el de Cortes ordinarias (40). Tampoco se corresponde con la formas tradicionales de ejercicio del Poder Constituyente, si se quiere con la ortodoxia constitucional, el que, frente a la existencia de una Asamblea Constituyente unicameral (41), el proceso de elaboración de la Constitución fuera protagonizado por un Parlamento bicameral. Lo mismo puede decirse en cuanto a su duración temporal. En efecto, frente a la célebre sentencia de un Donoso Cortés de que el Poder Constituyente «aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue» (42), que nos da la idea de un poder extraordinario que se define, justamente, por su inmediatez (43), la actividad constituyente se desarrolló a lo largo de año y medio, lo que, como a nadie se le oculta, contrasta vivamente con los seis meses (14 de julio-9 de diciembre) que necesitó la Constituyente de 1931. Finalmente, la heterodoxia también se manifestó en cuanto a la forma en que se produjo el debate constitucional. De manera singular, esto tiene lugar en la fase de elaboración del Anteproyecto de Constitución, donde, frente a la publicidad parlamentaria que tempranamente se convertiría en un principio básico del Estado representativo (44), lo que caracterizó esta fase fue el secretismo, o confidencialidad, con que llevó a cabo sus trabajos la Ponencia Constitucional (45).

(40) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: «La singularidad del proceso constituyente español», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1, 1978, pág. 12.

(41) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: «La singularidad...», cit., pág. 11.

(42) J. DONOSO CORTÉS: *Lecciones de Derecho Político (1836-1837)*, Madrid, 1984, pág. 72.

(43) Cfr. N. PÉREZ SERRANO: «El Poder Constituyente» (1947), en *Escritos de Derecho Político*, vol. I, Madrid, 1984, págs. 273-275.

(44) Cfr., a este respecto, P. DE VEGA: «El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 1985, págs. 45-65.

(45) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: «La singularidad...», cit., págs. 17 y ss.

Pese a todo, el proceso constituyente existió. Si no tuvo ese carácter desde el punto de vista formal, sí lo tendrá desde la perspectiva política y material. Conectándolo con lo acaecido en Cádiz (46), Morodo lo ha expresado de manera contundente: «El carácter constituyente, a mi juicio, es claro: el *resultado* fue constituyente, es decir, hubo ruptura, ideológica e institucional, aunque, en principio, se simulase su especificidad constituyente o se hubieran realizado irregularidades o prácticas heterodoxas procedimentales» (47). Es, entonces, desde esta consideración desde donde debe explicarse la segunda fase de la transición política española. Y, para ello, nada mejor que situarla en los esquemas propios de la Teoría de la Constitución.

3. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA EN LAS TRADICIONES AMERICANA Y FRANCESA

Recordaba recientemente, y con la claridad y brillantez que le son propias, el Profesor De Vega (48) que en el proceso de formación histórica de la ideología del constitucionalismo tuvo una importancia decisiva la teoría contractualista. Y es que, en efecto, las tesis contractualistas o pactistas, que habían sido concebidas en el Medioevo tardío como una doctrina políticamente neutral por los Marsilio de Pa-

(46) Debe recordarse que A. DE ARGÜELLES afirmaba ante la Constituyente gaditana que «Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mira como nuevo el método con que ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva en el que estuviere contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la nación» (*Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 1981, págs. 67-68). Con ello, podría parecer que nuestro primer Constituyente estaba dando plena validez al pensamiento de, p. ej., F. MARTÍNEZ MARINA [*Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español* (1813), Madrid, 1988, págs. 160 y ss.], honradamente convencido de que los Textos Constitucionales deben siempre enraizarse en la Historia del Estado de que se trate, de suerte que el papel del Constituyente gaditano debería haberse limitado a actualizar y perfeccionar la vieja Constitución de Castilla. No parece, sin embargo, que tal fuera la finalidad perseguida por sus autores. A la vista del resultado, parece más acertada la posición de Salas, para quien la apelación a la Historia se convierte, en Cádiz, en un mero recurso retórico con el que se pretende enmascarar el carácter auténticamente revolucionario de su obra y, así, evitar el rechazo por parte de los sectores más conservadores y reaccionarios de las Cortes. Cfr. R. SALAS Y CORTÉS: *Lecciones de Derecho Público Constitucional* (1821), Madrid, 1982, págs. 164-165. Insisten también en esta idea A. POSADA: *La nouvelle Constitution espagnole. Le régime constitutionnel espagnol*, París, 1932, págs. 15 y 21. N. PÉREZ SERRANO: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, pág. 576. J. TAJADURA: «Los preámbulos constitucionales en el Derecho histórico español», *Huarte de San Juan*, núm. 2, 1995, págs. 230-232; *El prómbulo constitucional*, Granada, 1997, págs. 108-122. S. A. ROURA GÓMEZ: «Supremacía y rigidez constitucional en la Constitución de 1812», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 23, 1997, págs. 136-138; *La defensa...*, cit., págs. 141 y 144-145 y ss.

(47) R. MORODO: *La transición...*, cit., pág. 187.

(48) Cfr. P. DE VEGA: «Mundialización y Derecho Constitucional:...», cit., págs. 24-27 y ss.

dua (49), Bártolo de Sassoferrato, Nicolás de Cusa, etc., y que habían comenzado a mostrar sus formidables potencialidades ideológicas al ser desarrolladas por los monarcómanos protestantes (Stephanus Junius Brutus, George Buchanan, Francis Hotman, etc.), se convertirían, a partir de la publicación de la *Política* de Johannes Althusius (50) —con su concepción de que el Pueblo al establecer el pacto político al modo y manera en que hoy se adoptaría la Constitución (Friedrich, Fioravanti), lo que hace es crear la sociedad civil, o el Estado (51)—, en el sustrato ideológico sobre el que se asienta el moderno Estado Constitucional con las formulaciones de los Grocio, Spinoza, Puffendorf, Locke, Kant y, de manera fundamental, en tanto en cuanto no sacrifican el propio pacto al respeto a la libertad individual (52), las de Thomas Hobbes, en su «*Leviathan*» (53), y de Jean-Jacques Rousseau, en su «*Du*

(49) Interesa, no obstante, señalar que la neutralidad política de la obra de MARSILIO DE PADUA: *El Defensor de la Paz* (1324), Madrid, 1989, no es apreciada de manera igual por todos los autores. Así, cabe señalar que para, p. ej., O. VON GIERKE: *Teorías políticas de la Edad Media*, Madrid, 1995, págs., p. ej., 71, 166, 167 y 220-221, el *Defensor Pacis* debe ser considerado como uno de los más claros precedentes del moderno Estado Constitucional, y ello por cuanto que es ya posible identificar en él los tres principios inspiradores del constitucionalismo moderno. La afirmación del principio democrático es meridiana en Marsilio. En efecto, no puede olvidarse que para el de Padua resulta evidente que el único sujeto legitimado para decidir sobre los modos y las formas en que la comunidad política, como realidad terrenal que es, va a ser gobernada es el Pueblo, y sólo él. Cfr., a este respecto, MARSILIO DE PADUA: *El Defensor...*, cit., Primera Parte, cap. XX, §§ 5, 6, 7 y 8, págs. 50-53. Se oponía, de esta suerte, tanto a lo que defendían el poder terrenal del Papa, como a los que, como, p. ej., DANTE ALIGHIERI [*Monarquía* (1310-1317), Madrid, 1992, especialmente Libro I, II, V y X, y Libro III, IV, págs. 4-5, 13, 21 y 94-96], negaban el poder terrenal del Papa para afirmar el poder absoluto de un Emperador que, en último extremo, recibe sus facultades directamente de Dios. En segundo lugar, ocurre que, al concebir al Pueblo como soberano, Marsilio de Padua ideará, como advirtió ya G. MOSCA (*Historia de las doctrinas políticas*, Madrid, 1984, págs. 72-75), un incipiente sistema de división de poderes, en cuyo seno va a distinguirse la potestad de dictar Leyes, que de manera manifiesta habrá de corresponder al Pueblo en cuanto que soberano, y la función ejecutiva, que se atribuye al monarca. Por último, será también posible encontrar en *El Defensor de la Paz*, cit., Primera Parte, cap. XI, págs. 44-53, uno de los más claros antecedentes del principio de supremacía constitucional. Lo que, por lo demás, no es sino el lógico correlato de las dos notas anteriores. En efecto, ocurre que para Marsilio el monarca, como titular de la función ejecutiva, no puede ser concebido más que como un mero funcionario al servicio del Pueblo, cuya misión es, en concreto, la de ejecutar fielmente lo ordenado por éste en la Ley. La idea de que la esencia del buen gobierno radica en que éste descansa en la voluntad de la Ley, y no en la voluntad de los hombres, que había sido afirmada ya desde el Mundo clásico (cfr., en este sentido y por todos, G. SABINE: *Historia de la Teoría Política*, 14.ª ed, México-Madrid-Buenos Aires, 1985, págs. 26 y 79-89, p. ej.), y que había encontrado en JUAN DE SALISBURY [*Policraticus* (1159), Madrid, 1984, Libro IV, cap. I, pág. 306] un punto de referencia inexcusable, adquiría ahora una acabada y definitiva formulación al asegurarse, aunque sólo fuese de manera teórica, no sólo la subordinación de los gobernados al Derecho, sino también, y esto es lo importante, la del gobernante.

(50) J. ALTUSIUS: *La Política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), Madrid, 1990.

(51) Cfr. O. VON GIERKE: *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturaliche*, Turín, 1974, pág. 22; P. DE VEGA: «Mundialización y Derecho Constitucional...», cit., pág. 25.

(52) Cfr. P. DE VEGA: «Mundialización y Derecho Constitucional...», cit., págs. 25, 27 y 38-39.

(53) Th. HOBBS: «*Leviathan* o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil» (1651), en el vol. *Del ciudadano y Leviatán*, Madrid, 1987.

Contrat Social» (54). Que ello sea así, no ofrece grandes dificultades para su comprensión. Al fin y al cabo, lo que sucede es que, aunque con muy diversos matices y consecuencias, todas las construcciones contractualistas coincidirán en la idea de que al ser el Estado el resultado de un contrato, el pacto social, el Estado es una obra humana.

De esta concepción del Estado se derivaría una muy importante consecuencia para la comprensión de la política. Nueva concepción de la política que comenzaría a adquirir una verdadera dimensión práctica a partir de 1620, con la firma del *Mayflower Compact* por los «Padres Peregrinos» (55). Momento a partir del cual, bajo la innegable influencia del puritanismo calvinista (56), se procedería a la conversión del pacto de gracia puritano en un auténtico pacto político. Su modo de razonar, que es el que da origen a los «*covenants*» y que se encontrará presente en todos los documentos que la doctrina no duda en calificar como los precedentes de las Constituciones modernas, podría quedar definido en los siguientes términos (57): al concebir el Estado como una obra humana, se rompía el carácter sacral de la comunidad política y, con ello, cobraría auténtica entidad la idea de que es a los hombres a quienes corresponde decidir su organización; desde esta óptica, se afirmaría que de igual modo que los hombres eran libres para fijar las reglas de culto de su respectiva comunidad religiosa, también serían libres para organizar la comunidad política.

No resulta exagerado, en tales circunstancias, afirmar que todo proceso constituyente puede ser explicado de conformidad con los esquemas trazados, en 1717, por el reverendo John Wise (58). Así sucedió en el marco de los actuales Estados Unidos de América, donde, no por casualidad, el trabajo de aquél al que Adams calificó como el más conspicuo mentor de la Revolución había conocido en 1772 dos reimpresiones. La influencia de Wise es patente y manifiesta en lo que hace a las antiguas colonias/nacientes Estados. Al fin y al cabo, no deja de ser cierto que, como muy bien habían puesto de relieve Borgeaud, Bryce y Boutmy (59), fue, justamente,

(54) J.-J. ROUSSEAU: *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique* (1762), París, 1966.

(55) Sobre el *Mayflower Compact*, así como sobre su influencia posterior, *vid.*, por todos, S. E. MORISON: «El Pacto del *Mayflower*», en D. J. BOORSTIN (comp.) y otros: *Compendio histórico de los Estados Unidos. Un recorrido por sus documentos fundamentales*, México, 1997, págs. 15-19. Interesa, sin embargo, señalar que no ha faltado quien sostenga que la irrupción del sistema democrático en el Continente americano se produjo con anterioridad al viaje del *Mayflower*. Más en concreto, ocurrió un año antes de aquél, en el marco de la Colonia de Virginia. *Vid.*, en tal sentido, S. E. MORISON; H. S. COMMAGER y W. E. LEUCHTENBURG: *Breve Historia de los Estados Unidos*, 3.ª ed., 2.ª reimpr., México, 1993, págs. 34 y 39.

(56) Cfr. CH. BERGEAUD: *Établissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, págs. 12-18, especialmente págs. 12-13, en relación con lo que dice págs. 8-10.

(57) Sobre este particular, cfr., por todos, P. DE VEGA: «Supuestos políticos...», *cit.*, pág. 397.

(58) J. WISE: *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.

(59) Cfr. CH. BERGEAUD: *Établissement...*, *cit.*, pág. 198; J. BRYCE: *El Gobierno de los Estados en la República norteamericana*, Madrid, *sine data*, págs. 24 y 32-33, p. ej.; E. BOUTMY: *Études de Droit*

en la esfera de las futuras colectividades-miembros, y no en el nivel de la Federación, donde se formuló, y se llevó a la práctica, la más correcta expresión de la teoría de la soberanía del Pueblo. Aunque de una manera más difusa, los esquemas de Wise también son percibibles en el proceso de redacción y aprobación de la Constitución federal de 1787. Por lo que se refiere, finalmente, a Europa, debemos a Egon Zweig (60) la observación de que el pensamiento contractualista ejerció una más que notable influencia en los procesos constituyentes franceses de 1789-1791 y 1792-1793, y las intervenciones que, en ambas Asambleas Constituyentes, tuvieron, por ejemplo, Desmeunier, Valdruche, Romme e Isnard (61) dan buena prueba de la operatividad de la construcción del reverendo de Ipswich en la Francia revolucionaria.

No importa aquí entrar a precisar que el ejercicio del *Pouvoir Constituant* se desarrolló de distinta manera en Estados Unidos y en Francia, dando lugar a la distinción propuesta por Hatschek (62) entre la teoría pacífica del Poder Constituyente, que sería la actuada en América, y la teoría revolucionaria del mismo, que es la que surgió con Revolución francesa y que, en la medida en que daba plena satisfacción, primero, a las oligarquías burguesas y, posteriormente, a las cúpulas dirigentes de los partidos políticos, se generalizó en el Viejo Continente (63). Tampoco resulta, y a los efectos que ahora nos ocupan, de una especial transcendencia el indicar que mientras que en el Continente americano el ejercicio del Poder Constituyente se fundamentó sobre el principio de que la soberanía no puede delegarse (64), la Francia revolucionaria introduciría el principio opuesto: la soberanía puede delegarse en los representantes del Pueblo o la Nación (65).

Lo que sí interesa es llamar la atención sobre el que, a uno y otro lado del Atlántico, surgió la idea de que en todo proceso constituyente han de distinguirse tres etapas: el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional. Momentos éstos que aparecerán como hechos claramente diferenciados pero, a la vez, sucesivos y concatenados. Su secuencia lógica sería puesta de relieve, en la sesión de la

Constitutionnel. France-Angleterre-États-Unis, París, 1885, págs. 192 y ss. y 198; J. B. THAYER: «The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. VIII, núm. 3, 1893, pág. 131; W. M. RUDOLF y J. L. RUDOLF: «The limits of Judicial Review in Constitutional Adjudication», *Nebraska Law Review*, vol. 63 (1984), pág. 87.

(60) Cfr. E. ZWIG: *Die Lehre von Pouvoir Constituant. ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tubinga, 1909, pág. 343.

(61) Las mismas pueden verse en R. CARRÉ DE MALBERG: *Teoría General del Estado*, México, 1948, pág. 1164, nota 2.

(62) Cfr. J. HATSCHKE: *Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*, t. II, Leipzig, 1909, págs. 26 y ss.; *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, t. I, Berlín, 1922, págs. 21 y ss.

(63) Cfr. P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 33-34.

(64) Cfr. CH. BORGEAUD: *Établissement...*, cit., pág. 166; P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 31-32.

(65) Cfr. E. ZWIG: *Die Lehre...*, cit., pág. 132; G. ARNOULT: *De la révision des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systemes de révision des Constitutions étrangères*, París, 1895, pág. 32.

Constituyente francesa de 10 de mayo de 1793, por Isnard, al afirmar que «Debe reconocerse en primer lugar [...] cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos... Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno... En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza» (66).

En el momento de la libertad, de lo que se trata, según Wise (67), es de determinar la «libertad civil» que corresponde a los ciudadanos. Ésta, en su opinión, no es otra que aquella parte de la libertad natural que permanece en poder de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil. Para Wise, la materialización de esa libertad civil se concretará en un mínimo que, en todo caso, ha de corresponderse con la «libertad de los hombres ingleses». Sienta, de esta suerte, Wise las bases para la posterior distinción entre los derechos humanos, la «libertad natural», y los derechos fundamentales, la «libertad civil», que gravitará inevitablemente sobre la problemática de los derechos fundamentales desde que, con la aprobación, el 12 de junio de 1776, del *Bill of Rights* de Virginia, comenzó su propia Historia (68).

La propuesta de Wise fue rápida y ampliamente aceptada en la práctica, convirtiéndose, de uno u otro modo, en uno de los elementos indispensables para la existencia misma del Estado Constitucional. Han sido Battaglia, Loewenstein, Pérez Serrano y De Vega (69) quienes han puesto de manifiesto que la primera tarea que abordaron los revolucionarios liberal-burgueses de las antiguas colonias británicas en América, como posteriormente, y siguiendo su modelo, harían también los franceses (70), fue la de proceder al reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta, que se concretaba en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Sólo en un momento posterior, y como mecanismo de garantía de aquéllos, es cuando se procede a la aprobación de la Constitución,

(66) ISNARD: *Archives Parlementaires*, vol. LXIV, pág. 417, citado por P. DE VEGA: «Mundialización y Derecho Constitucional...», cit., pág. 28.

(67) Cfr. J. WISE: *A Vindication...*, cit., págs. 30 y ss.

(68) A este respecto, cfr., por todos, G. JELLINEK: *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, 1912, pág. 105; *Teoría General...*, cit., pág. 391.

(69) Cfr. F. BATTAGLIA: «Declaraciones de derechos», en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, Madrid, 1966, págs. 184-188. K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, 2.ª ed. reimpr., Barcelona, 1979, pág. 192 en relación con lo dicho en pág. 189. N. PÉREZ SERRANO: *Tratado...*, cit., pág. 462. P. DE VEGA: «Constitución y Democracia», cit., pág. 69; «Supuestos políticos...», cit., pág. 401.

(70) Cfr. G. JELLINEK: *La Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1903, México, 2000, págs. 88-92.

es decir, a la organización política de la comunidad sobre la base de la división de poderes. El pensamiento de Wise se encontrará, en todo caso, muy presente en la primera declaración de derechos que conoce la Historia. De manera prácticamente literal fue recogido en el *Bill of Rights* de Virginia, en donde, estableciendo lo que habría de constituir el núcleo fundamental de la libertad burguesa (71), se proclamó que «I. Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad».

Lo de menos es indicar que, todavía en el ámbito de las antiguas colonias/nacientes Estados, estas declaraciones de derechos se incorporaron muy pronto al mismo documento escrito, formal y solemne que la Constitución. Incluso aunque de esta circunstancia pueda extraerse alguna diferencia sobre la distinta eficacia de tales derechos en América y en Europa (72). Lo que realmente nos interesa, aquí y ahora —y en cuanto que de ello, y de su posterior evolución, dependerá la solución a no pocas cuestiones que se plantean en la España actual—, es tratar de poner de manifiesto cuál era la filosofía que había inspirado la actuación de los revolucionarios liberal-burgueses a la hora de proceder a la aprobación de las declaraciones de derechos.

Debemos recordar que la concepción liberal del mundo, basada en la falacia fisiocrática de que Estado-aparato y sociedad civil eran dos realidades absoluta y radicalmente diferenciadas, que animó la forja del primer constitucionalismo, entendía que el punto de partida para la creación de la comunidad política era el del reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta en la que el poder político, o, si se prefiere, el Estado, no podía, ni debía, entrar, salvo para asegurar a los burgueses el pleno disfrute de sus derechos (73). Tal era, en efecto, la función que tenían las declaraciones de derechos. En ellas, se procedía al reconocimiento de los derechos desde una perspectiva que estaba fuertemente influida por el pensamiento *iusnaturalista* (74). Esto es, frente a lo que sucedía en el absolutismo, donde el privilegio, recogido en las que a veces se denominan «Constituciones estamentales» (75), era una concesión graciosa del monarca a las clases po-

(71) Cfr. K. HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995, págs. 33-45; G. U. RESCIGNO: *Corso de Diritto Pubblico*, 2.^a ed., 6.^a reimpr., Bolonia, 1989, págs. 216 y ss.

(72) Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «La formación y evolución de los derechos fundamentales», en el vol. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, págs. 36 y ss.

(73) Sobre esta última proposición, desde donde se extrac la consecuencia de que la tarea de la Constitución liberal, más que de establecer los medios por los que el Estado ha de actuar, era la de fijar y determinar los límites de su acción, cfr., por todos, W. VON HUMBOLDT: *Los límites a la acción del Estado* (1792), Madrid, 1988, fundamentalmente pág. 51.

(74) Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG: *Teoría General...*, cit., pág. 1167.

(75) Sobre las mismas, así como sobre la adscripción de la Carta Magna de 1215 a esta categoría, cfr. M. GARCÍA-PELAYO: «La Constitución estamental», 1949, en el vol. *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, págs. 103-117.

lítica, social y económicamente más poderosas, ahora, por el contrario —y como había observado de una manera clara Thomas Paine (76) en relación con lo hecho en Norteamérica, y que encuentra su correlato en Europa en trabajos como los de, por ejemplo, un Salas o un Joaquín María López (77)—, se parte de la idea de que el hombre, por el mero hecho de serlo, es titular de una serie de derechos preexistentes al propio Estado (78).

Ahora bien, si el reconocimiento de esa esfera de libertad previa, incluso, a la propia comunidad política era un requisito indispensable, ocurre, no obstante, que no bastaba con el reconocimiento de la existencia de, por decirlo en palabras de Wise, esa «libertad natural». Por el contrario, para que los derechos fueran efectivos en el Estado, era necesario que los mismos fuesen identificados y proclamados en un documento escrito, formal y solemne. Una vez hecho esto, y, por lo menos en lo que hace a Europa, los mismos fuesen desarrollados por el Legislador ordinario (79), podrían ser ya alegados por los ciudadanos frente a los poderes públicos.

El segundo momento del proceso constituyente es, de acuerdo con el esquema trazado por Wise, el del pacto social. La finalidad de esta etapa es la de proceder a la creación de la comunidad política. Lo que se hará mediante el acuerdo, o pacto político, de los diversos individuos que van a integrarla. Dos son, fundamentalmente, las observaciones que de manera inmediata han de realizarse para alcanzar una ponderada y cabal comprensión del pacto o contrato social.

En primer lugar, es menester aclarar que, frente a la crítica generalizada en el positivismo y que, acaso, encuentre su máxima expresión en la rotunda afirmación de Jellinek (80) de que ningún Estado puede nacer de un contrato, ni siquiera el Estado Federal —lo que resulta correcto cuando tal aserto se encuentra dirigido contra los intentos de, por ejemplo, un Meyer o un Le Fur (81) de explicar el nacimiento de la Federación en términos jurídicos—, el pacto social no es, ni mucho menos, un contrato real de los que operan en el tráfico jurídico ordinario, reconducible, por tanto, a la teoría general de contratación civil. Antes al contrario, ocurre que, como con meridiana claridad señaló Borgeaud (82), el pacto social ha de ser entendido como una hipótesis de Derecho puro, destinada a explicar la situación recíproca de los in-

(76) Cfr. TH. PAINE: «Disertación sobre los primeros principios del gobierno» (1795), en el vol. *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990, pág. 89.

(77) Cfr. R. SALAS Y CORTÉS: *Lecciones...*, cit., págs. 39-40; J. M.^a LÓPEZ: *Curso Político-Constitucional. Lecciones explicadas en la Cátedra de Política Constitucional de la Sociedad de Instrucción Pública de Madrid, desde el 29 de noviembre de 1940 en adelante*, Madrid, 1987, págs. 12, 13 y 15.

(78) Cfr., en este sentido, G. JELLINEK: *Sistema...*, cit., pág. 1.

(79) Sobre este particular, cfr. E. LABOULAYE: *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, t. 2, Sevilla, 1869, pág. 201; H. KRÜGER: *Grundgesetz und Kartellgesetzgebund*, Bonn, 1950, pág. 12; H.-P. SCHNEIDER: «Aplicación directa...», cit., pág. 79.

(80) Cfr. G. JELLINEK: *Teoría General...*, cit., pág. 585.

(81) Cfr. G. MEYER: *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, 6.^o ed., Leipzig, 1899, págs. 176 y ss.; L. LE FUR: *État Fédéral et Confédération d'États*, Paris, 1896, págs. 560 y ss.

(82) Cfr. Ch. BORGEAUD: *Établissement...*, cit., pág. 25.

dividuos, ciudadanos de un Estado libre. El propio Rousseau había puesto ya de manifiesto este carácter hipotético del pacto social, cuando escribió que las «cláusulas de este contrato están tan determinadas por la naturaleza del acto que la menor modificación las convertiría en vanas y de efecto nulo; de suerte tal que, aunque seguramente no han sido nunca enunciadas de modo formal, son en todas partes las mismas, y en cualquier lado se encuentran tácitamente admitidas y reconocidas» (83).

Debe, en segundo término, dejarse absolutamente claro que la celebración del pacto social no es algo privativo de aquellos supuestos en los que, como sucedió en Norteamérica, se trata de fundar o crear el propio Estado, sino que puede también tener lugar en el marco de Estados ya creados. De manera absolutamente necesaria, el pacto social habrá de tener lugar cuando se verifiquen situaciones revolucionarias, violentas o no violentas. En la primera coyuntura, el supuesto de las antiguas colonias o, incluso, el de la Federación estadounidense, el pacto social tiene, sí, la dimensión de acto fundacional del propio Estado. En la segunda, por su parte, éste tendrá si no un carácter fundacional, sí al menos refundacional (84). El pacto social se traduce, ahora, en la ratificación del deseo de los ciudadanos de mantenerse unidos en la misma comunidad política, bien que articulada en base a otros principios y valores a los que, como Pueblo soberano, va a darse expresión normativa en el nuevo Código Jurídico-Político Fundamental, rompiendo con la situación jurídica anterior. Esto fue lo que sucedió, por ejemplo y como nos dice Arnault (85), en Francia en 1789-1791, momento de la ruptura total con el Antiguo Régimen, y 1792-1793, renunciando a la solución del Texto de 1791 para aprobar otro, y es, también, lo que, en la Historia Constitucional española, sucedió en 1812, 1869, 1873 y 1931.

El resultado del pacto social es, en definitiva, el nacimiento de un Estado, o un gobierno civil. Estado que será concebido por Wise como «A Compound Moral Person, whose Will (...) is the Will of all; to the end it may Use, and Apply the strength and riches of Private Persons towards maintaining the Common Peace, Security, and Wellbeing» (86).

La forma en que se desarrollará este segundo momento del proceso constituyente, es descrita por el «más conspicuo mentor de la revolución» en los siguientes términos: «Permitidnos concebir en nuestra Mente una multitud de Hombres, todos ellos Naturalmente libres e Iguales, emprendiendo de manera voluntaria la formación de una nueva Comunidad política (*Common-Wealth*) entre ellos mismos. Siendo ahora tal su Condición, para convertirse ellos mismos en un Cuerpo Político, deben necesitar Entrar en diferentes *Covenants* (pactos) (...). 1. Cada Hombre de forma intercambiable debe comprometerse firmando el *covenant* a formar parte de una Sociedad duradera, en la que serán capaces de decidir las medidas para su seguridad,

(83) J.-J. ROUSSEAU: *Du Contrat Social...*, cit., Libro I, cap. VI, pág. 51.

(84) Cfr. J. A. R. VANOSSI: *Teoría Constitucional. I. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Buenos Aires, 1975, págs. 136-137.

(85) Cfr. G. ARNOULT: *De la révision des Constitutions...*, cit., págs. 25, 53 y ss., y 56 y ss.

(86) J. WISE: *A Vindication...*, cit., pág. 45.

por un Voto Público» (87). La ruptura con la concepción sacral del Estado y, con ello, de la política se hace, de esta suerte, manifiesto. Al fin y al cabo, el punto de partida del reverendo de Ipswich se concretaba en la siguiente observación: «Consideraré [escribe John Wise] al Hombre en su estado Natural, como un Sujeto Nacido-libre bajo el Reino de los Cielos, y que no debe más tributo a nadie más que a Dios. Es cierto que el Gobierno Civil en general, es el muy admirable resultado de la Providencia, y un incomparable beneficio para la Humanidad, sin embargo debe ser comprendido como el Efecto de los libres pactos Humanos y no como una Institución Divina; es Producto de la Razón del Hombre, de la Combinación Humana y Racional, y no de ninguna Orden directa de la Sabiduría Infinita, en cualquier Ley positiva donde se redacte este o aquel Esquema de Gobierno Civil» (88). Pensamiento éste que, como nos indican, por ejemplo, un Böckenförde o un De Vega (89), se convertirá en uno de los rasgos más significativos del moderno Estado Constitucional y que, a la postre, le diferenciará de otras manifestaciones históricas del Estado.

Importa señalar que si el pacto social crea la comunidad política, ésta no es, sin embargo, su única virtualidad. Tanto o más importante que aquélla es la de que con su celebración, en tanto en cuanto se produce con ello un cambio en el principio de legitimidad (90), se está procediendo a identificar al titular de la soberanía en el marco del Estado Constitucional naciente. La razón es fácilmente comprensible. Debe tomarse en consideración que cuando los distintos individuos, a través de su adhesión al pacto social, consienten en formar una asociación, es decir, en crear una única comunidad política —el Estado— como unidad organizada de decisión y acción política (91), lo que, en realidad, hacen es culminar ese proceso, magníficamente descrito por Althusius, por el cual cada uno de los ciudadanos, que son los verdaderos titulares de la soberanía, cede su ejercicio a una nueva entidad superior a cada uno de ellos, y a la vez, y esto es lo importante, englobadora de todos ellos. Aparece, de esta suerte, el concepto de Pueblo como entidad política unitaria superior en la que, al modo descrito por Rousseau (92), cada uno de los ciudadanos, y cada uno de los grupos en los que éste se asocia, se integra perdiendo, entonces, su individualidad.

El Pueblo, o la Nación, queda, así, afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. Es, en este contexto, donde surgirá, y, además, en toda su grandeza e intensidad, el concepto del Poder Constituyente. En una primera aproxi-

(87) J. WISE: *A Vindication...*, cit., págs. 44-45.

(88) J. WISE: *A Vindication...*, cit., pág. 33.

(89) Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE: «La democracia como principio constitucional», en el vol. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, 2000, págs. 48-49 y 51; P. DE VEGA: «Constitución y Democracia», cit., pág. 67.

(90) Cfr. G. FERRERO: *El poder. Los Genios invisibles de la Ciudad*, Madrid, 1991, pág. 30.

(91) Cfr. H. HELLER: *Teoría...*, cit., págs. 246-265.

(92) Cfr. J.-J. ROUSSEAU: *Du Contrat Social...*, cit., Libro I, cap. VI, pág. 51-52.

mación, éste vendría definido por tener una naturaleza de *res facti, non iuris*. Esto es, nos encontramos ante un poder político existencial y fáctico, que brota espontáneamente de la propia comunidad que decide darse la Constitución, cuya actuación no puede quedar constreñida por los estrechos límites de un Derecho que encuentra en él su fuente última, ni, mucho menos, por un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento. Aunque, como es lógico, la aparición de un nuevo *Pouvoir Constituant* no supone, ni puede suponer, la derogación total e inmediata de todas las normas jurídicas anteriores al nuevo Texto Constitucional, sino sólo de aquellas que se oponen materialmente al mismo (93), es lo cierto, empero, que su mera irrupción en la escena política implica la creación de un orden jurídico y político totalmente nuevo, del que él, el Poder Constituyente, no sólo es la fuente, sino también su punto de referencia inexcusable.

Lo anterior pone de manifiesto una nota que, desgraciadamente, se encuentra hoy muy diluida en el panorama jurídico y político español. En efecto, unas veces porque se piensa que la actuación del *Pouvoir Constituant* corresponde al ámbito de lo político, y no al de lo jurídico, de suerte tal que, una vez que la Constitución ha entrado en vigor, no es, en modo alguno, necesario el volver a referirse a aquél, otras veces porque el reconocer su importancia imposibilitaría el seguir defendiendo, pretendidamente dentro de la propia Constitución, determinados proyectos ideológicos, estamos viviendo en la España actual una situación donde, de manera ingenua o de forma políticamente interesada, se olvida la importancia y trascendencia que la voluntad del Constituyente, como poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad que es, juega no sólo a la hora de establecer el régimen, sino también para su desarrollo y consolidación. Lo que pudiera poner en peligro la subsistencia de la propia forma política Estado Constitucional.

No puede ignorarse, a este respecto, lo que en los albores del constitucionalismo aparecía como algo meridiano: que el Pueblo que, como Poder Constituyente, puede, justamente porque es el titular de la soberanía, imponer su voluntad a todos y cada uno de los ciudadanos individualmente considerados (94) y, en definitiva, aprobar, establecer y sancionar la Constitución. John Wyse lo expresó de una manera tan tajante como irrefutable. Después de haber descrito el modo en que el pacto social ha de realizarse, el reverendo Wise dirá que «Un Voto o Decreto [la Constitución] debe inmediatamente establecer una particular forma de Gobierno sobre ellos [los asociados]. 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 están obligados por la mayoría a aceptar la forma particular así establecida, aun cuando su propia Opinión privada, les incline hacia algún otro modelo» (95).

(93) Cfr. G. ZAGREBELSKY: *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984, pág. 5.

(94) Cfr. H. HELLER: *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, 2.ª ed., México, 1995, págs. 166 y 168.

(95) J. WISE: *A Vindication...*, cit., pág. 45.

Creada o refundada ya la comunidad, y habiendo surgido el soberano, dará comienzo la tercera y última etapa del proceso constituyente: el momento constitucional. Su cometido es evidente. Una vez que se ha reconocido la existencia de esa esfera de libertad individual, la preocupación de los revolucionarios liberal-burgueses se centrará en lograr que aquélla sea eficaz. Para ello, se procederá, con la aprobación del Texto Constitucional, a la organización política del Estado sobre la base de la división de poderes. El pensamiento de Locke y, de manera fundamental, el de Montesquieu hace, de esta suerte, su entrada en el ámbito normativo fundamental. De lo que se trata, en definitiva, es de asegurar al ciudadano el disfrute del mayor grado posible de libertad mediante el establecimiento de un sistema en el que «el poder frene al poder» (96), en cuyo seno «los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo» (97).

En tales circunstancias, se comprenderá que los conceptos de constitucionalismo y liberalismo hayan sido presentados como términos equivalentes. La Constitución se concibe, ante todo y sobre todo, como un gran sistema de garantía de la libertad individual frente al poder político (98). Sistema de garantía que, por exigencia del racionalismo jurídico, ha de plasmarse, necesariamente, en un documento escrito, formal y solemne (99), establecido y sancionado por la autoridad superior competente (100): el Poder Constituyente, que recogiendo los supuestos basilares del pensamiento político liberal explicitados en el artículo 16 de la Declaración de

(96) MONTESQUIEU: *Del espíritu de las Leyes* (1748), Madrid, 1985, Libro XI, Cap. IV, pág. 106.

(97) MONTESQUIEU: *Del espíritu...*, cit., Libro XI, Cap. VI, pág. 113.

(98) Cfr. CH. BORGEAUD: *Établissement...*, cit., págs. 48 y 53-54. H. HELLER: *Teoría...*, cit., págs. 292-293. P. DE VEGA: «Constitución y Democracia», cit., págs. 68-69; «Supuestos políticos...», cit., págs. 400-401.

(99) Importa advertir que si la exigencia de que la Constitución se plasme en un documento escrito es un rasgo definidor del constitucionalismo moderno, es lo cierto que, como advierte CH. BORGEAUD: *Établissement...*, cit., págs. 3 y ss., y 44 y ss., esta concepción no nace con el triunfo de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del s. XVIII. Se trata de una idea que se remonta ya a la antigüedad clásica, y que ha gozado de un rancio abolengo en el pensamiento liberal-democrático (cfr., p. ej., K. LOEWENSTEIN: *Teoría...*, cit., pág. 159), encontrando, además, alguna realización práctica con anterioridad a los eventos revolucionarios. No obstante, no será hasta el triunfo, en el ámbito político, de las ideas liberal-democráticas racionalistas, —que se verifica de la mano de los procesos revolucionarios—, cuando la necesidad de que el documento de gobierno se consigne de forma escrita adquiera no ya el carácter de una mera exigencia y aspiración teórica, sino el de convertirse en un elemento estructural básico de la propia Constitución en sentido técnico. Cfr., a este respecto, A. ESMEN y H. NÉZARD: *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé. I. La liberté moderne: Principes et institutions*, 8.ª ed., París, 1928, págs. 603-604; M. GARCÍA-PELAYO: «Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37-38, 1948, págs. 63-64; K. HESSE: «Concepto...», cit., pág. 22.

(100) Cfr. J. BRYCE: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1988, págs. 9 y ss. y 88 y ss.; C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., págs. 38, 39 y 94. *Vid.*, también, N. PÉREZ SERRANO: «El Poder Constituyente», cit., pág. 262; P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho Constitucional*, Madrid, 1965, págs. 149-150.

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pretende, de manera consciente (101), establecer, de una vez y para siempre, una ordenación racional de la totalidad de la vida política del Estado.

Acaso no esté de más detenernos a indicar ahora que si el esquema general conforme al cual habría de desarrollarse el proceso constituyente fue el mismo en Norteamérica y en Francia, no fueron, sin embargo, iguales las consecuencias que en uno y otro se derivaron. Se produciría, por el contrario, una muy profunda divergencia entre la tradición jurídico-constitucional americana y la tradición jurídico-constitucional europea.

Debe tomarse en consideración que la puesta en marcha, realización y culminación de la fórmula de Wise, se hizo en Estados Unidos, tanto en el nivel regional como en el federal, desde la aceptación plena, y sin reservas de ningún tipo, del principio democrático. Ocurre además que, como consecuencia de su propio origen como Repúblicas que habían roto toda relación jurídica y política con la corona británica, la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo no encontraría obstáculo alguno para su implantación y desarrollo. Resultado de todo ello fue, en definitiva, un fenómeno que, aunque no siempre bien entendido en sus causas últimas, ha causado gran admiración entre los juristas europeos: Desde el primer momento, las Constituciones de los distintos Estados y, de manera más evidente, el Texto Federal de 1787 fueron comprendidos como obra del Pueblo soberano y, en consecuencia, como las Leyes Supremas en el Estado. Entraba, de esta suerte, en escena el principio de supremacía constitucional, conforme al cual los ciudadanos y quienes en cada momento ocupasen el poder político estaban obligados a la observación y cumplimiento de lo ordenado por el *Pouvoir Constituant*.

No sucedió lo mismo en el Viejo Continente. Ciertamente es que los principios sobre los que había de asentarse la nueva forma política, así como el modo en que el proceso constituyente se conduciría, fueron los mismos en la Francia revolucionaria que los que habían operado en la revolución liberal-burguesa americana. Ahora bien, debemos a Bastid (102) la acertada observación de que sería una absoluta ingenuidad, cuando no una auténtica falsificación de la Historia y de la realidad, el pretender que todos aquellos principios que inspiran y conforman el constitucionalismo moderno, y que fueron formalmente afirmados en Francia en el momento revolucionario, gozaron de una rápida y general aceptación en Europa. La verdad es, por el contrario, que los mismos encontraron grandes dificultades para su materialización práctica, únicamente superadas en el siglo xx.

Que ello fuera así, se explica, en buena medida, por no decir que de forma exclusiva, por las muy distintas circunstancias políticas en las que la revolución liberal-burguesa se desarrolló a uno y otro lado del Atlántico. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la existencia de monarquías, y, consecuentemente, la de unos re-

(101) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., pág. 46; R. SMEND: «Constitución...», cit., pág. 133; K. STERN: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987, pág. 194.

(102) Cfr. P. BASTID: *L'idée de Constitution*, París, 1985, pág. 15.

yes que se resistían a abandonar su *status* de monarcas absolutos, determinó que la forja del Estado Constitucional hubiera de realizarse en Europa sobre la confrontación entre el principio democrático y el principio monárquico.

Las consecuencias que se derivarían de lo anterior, se nos antojan diáfanas. Frente a la clara, rotunda y definitiva afirmación de la soberanía del Pueblo que se hizo en el Nuevo Continente, la Europa de finales del siglo XVIII, el XIX y primeras décadas del XX vivirá una realidad bien distinta.

Debemos dejar constancia de que lo que, en realidad, conoció la vida política europea será la negación práctica de la teoría democrática del Poder Constituyente. Así sucedió ya, y pese a que ello pudiera parecer contradictorio, en el periodo revolucionario. Dejando al margen la cuestión de la euforia que la aprobación de la Constitución generó (103), lo característico de esta fase es el que, al convertir al

(103) Fue ya C. SCHMITT quien introdujo la idea de la euforia constitucional en el momento revolucionario al estudiar la necesidad de articular mecanismos de defensa del orden constitucional; más concretamente, aquella idea aparece cuando, refiriéndose a la *Glorious Revolution* inglesa, del s. XVII, y a la Francia revolucionaria, señala que la «demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución» (*La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, 1983, pág. 27). Circunstancia ésta que, en último extremo, explicaría el por qué durante gran parte del s. XIX no se hizo preciso el procurar la defensa de la Constitución, como, por el contrario, sí había sucedido en la etapa inmediatamente seguida a la de la Revolución. Cfr. P. DE VEGA: «Jurisdicción constitucional...», cit., pág. 102; «Prólogo» a C. Schmitt, *La defensa...*, cit., págs. 16-17. La idea no resulta difícil de comprender. Aprobadas las primeras Constituciones, sus autores, convencidos como estaban de que, al actuar en nombre de la Razón, habían encontrado la solución definitiva a cuantos problemas pudiera plantear, en aquel momento y en el futuro, el gobierno del Estado, olvidaron establecer mecanismos de protección de su *magna opera*, salvo el que se derivaría del principio de rigidez. Ahora bien, pasado el momento de la euforia que despertaba el haber aprobado el Texto Constitucional, comenzarían a manifestarse las contradicciones que un tal intento planteaba en el contexto europeo, y que, básicamente, se concretaban, como ya se ha dicho, en la existencia de unos monarcas que se resistían a abandonar su posición de rey absoluto. De esta suerte, nos encontramos con que, en cuanto que afirmaban la soberanía del Pueblo o de la Nación, las primeras Constituciones europeas entraban en clara y frontal oposición con los intereses del monarca. Lo que determinó que aquellos Textos fueran objeto de ataques que tenían, irremediablemente, su origen en el rey y sus aliados, los aristócratas. Así sucedió en Francia; pero no sólo allí; lo acaeció en España con la Constitución de 1812, es buena prueba de ello (cfr., a este respecto, S. A. ROURA GÓMEZ: *La defensa...*, cit., págs. 142-168). Llegada esta situación es cuando, justamente, surge la necesidad de procurar la protección del orden constitucional liberal-burgués. Y fue Robespierre quien, con esa brillantez, frialdad y acierto que le valieron las acusaciones de ser «un despota, un tirano de la opinión» y de «reinar a través de la palabra», lo puso claramente de manifiesto al señalar que «En medio de las tormentas promovidas por las innumerables facciones a quienes se concedieron medios y tiempo suficientes para fortificarse; en medio de las divisiones intestinas pérfidamente combinadas con la guerra exterior, fomentadas por la intriga y la corrupción, favorecidas por la ignorancia, por el egoísmo y por la ingenuidad, es preciso que los buenos ciudadanos tengan un punto de apoyo y una señal de aislamiento. Ese punto y esa señal no pueden ser otros que la defensa de la Constitución» (M. DE ROBESPIERRE: *Textes choisis, sine data*, t. I, pág. 159, citado por P. DE VEGA: «Jurisdicción constitucional...», cit., págs. 99-100). Defensa de la Constitución que, en tanto en cuanto que los ataques que recibía eran de carácter político-existencial, revestiría, también, formas políticas y totales, como eran, p. ej., la publicación del periódico *Le défenseur de la Constitution*, con el que se pretendía poner en práctica la doctrina jacobina

Parlamento, como representante del soberano, en el soberano mismo y, además, en todo momento, el principio democrático aparecerá, merced a la construcción de Sieyès (104) que, tempranamente asumida por el resto de los revolucionarios franceses, se convertiría en el paradigma europeo, defectuosamente afirmado y, en consecuencia, con una escasa eficacia.

La negación del principio democrático, como elemento central y basilar de todo el edificio constitucional liberal-burgués, se llevará a cabo de una manera radical, total y absoluta en la etapa histórica que se abre con la que en Francia se dio en llamar la «Restauración». En efecto, frente a la soberanía del Pueblo (1793) o de la Nación (1791), tajantemente afirmada en la etapa revolucionaria, lo que va a defenderse ahora es la vuelta del principio monárquico en toda su plenitud. Guizot lo puso de manifiesto con toda rotundidad: cuando el Senado francés elabora su proyecto de Constitución para la restauración, éste «no hizo más que evocar el principio despótico en lugar del principio revolucionario, y suscitar como rival al derecho absoluto del pueblo el derecho absoluto de Rey» (105). Los documentos de gobierno se convierten, en estas circunstancias, en meras *Constitutions* o *Chartes octroyées*, cuya principal característica es la de que su aprobación se debe, única y exclusivamente, a la graciosa voluntad del monarca. Ni qué decir tiene que la apelación a la doctrina democrática del *Pouvoir Constituant* carece totalmente de sentido, toda vez que el Rey aparece, de esta suerte, configurado como un ente previo y superior a la Constitución, a través de la cual se crean todos los demás órganos del Estado, que se presentan como meros poderes constituidos sometidos, además, al capricho del monarca.

Finalmente, es menester recordar que tampoco el liberalismo doctrinario, como ideología imperante en el XIX europeo, vino a dar una respuesta satisfactoria al principio democrático con su célebre teoría de la soberanía compartida, gracias a la cual el rey junto con los representantes de las oligarquías burguesas en el Parlamento se convertían en los únicos depositarios de la soberanía en el Estado (106). Las consecuencias que esta concepción tuvo para la difícil implantación de la forma política Estado Constitucional en Europa son evidentes. La principal significación de aquella ideología fue el que, lejos de venir a consolidar la teoría democrática del Poder Constituyente, lo que afirmaciones como la de que la soberanía pertenece al monarca y a la Nación, o la todavía más radical de Thiers y Guizot de que «No existe (...), un poder constituyente, sólo existen los poderes constituidos del Estado» (107), es-

na del «Pueblo en armas», la creación del *Sénat Conservateur* en la Constitución francesa del año VIII (1799), o, en nuestra literatura político-constitucional, la propuesta de un R. SALAS Y CORTÉS: *Lecciones...*, cit., págs. 119-125, sobre el poder conservador.

(104) Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG: *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la Loi dans la Constitution de 1875*, 1931, París, sine data (pero 1984), págs. 110-111.

(105) F. P. G. GUIZOT: *Memoires*, París, 1859, vol. I, pág. 33, citado por L. DIEZ DEL CORRAL: *El liberalismo doctrinario*, 4.ª ed., Madrid, 1984, pág. 65.

(106) Para una breve, pero no por ello menos clara y acertada, crítica de la definición política de un tal Poder Constituyente, cfr. P. DE VEGA: «Supuestos políticos...», cit., págs. 398 y ss.

(107) Citado por P. DE VEGA: «En torno al concepto...», cit., pág. 706.

conden no es sino la fórmula más simple y expeditiva para la destrucción de la misma noción del Poder Constituyente. El rey, pese a lo que parece dar a entender la teoría de la soberanía compartida, se convierte, de hecho, en el único titular de la soberanía. Circunstancia ésta que se hace todavía más patente si se toma en consideración que para resolver el conflicto de intereses entre el rey/aristocracia, por un lado, y burguesía, por otro, al que se refiere von Stein (108), y apelando, de uno u otro modo, a la doctrina del «*pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*» teorizada por Benjamin Constant (109), el doctrinarismo liberal no dudó en hacer real el que, como de manera rotunda sentenciaría Otto Mayer, «El protector supremo de la Constitución es el Rey» (110).

Así las cosas, a nadie debiera extrañar que las consecuencias jurídicas que la aprobación de la Constitución tuvo en el sistema como el americano, que descansa en la decidida e incontrovertible afirmación, y confirmación, del principio democrático, de suerte tal que, al entender el Código Jurídico-Político Fundamental como obra del soberano, acaba convirtiendo al Texto Constitucional en la norma jurídica suprema en el Estado, no pudieran ser las mismas en el Viejo Continente. Se habla, sí, de que lo que caracterizó el primer constitucionalismo europeo fue la falta de eficacia jurídica de sus Textos. Pero pocas veces se pone el acento en cuáles fueron realmente las causas que provocaron aquella drámatica situación. Debemos, en este sentido, a De Vega una muy importante y sagaz observación: nadie puede negar que los Textos Constitucionales de finales del siglo XVIII, los del XIX y primeros años del XX europeo se caracterizaron, en efecto, por su falta de eficacia jurídica, pero es menester indicar que «esa escandalosa carencia no se produjo porque las Constituciones no fueran leyes (que por supuesto lo eran) sino porque no se configuraron ni se entendieron propiamente como Constituciones (...). Y lo que, en un ejercicio de sorprendente prestidigitación, el constitucionalismo del siglo XIX pretendió efectuar, fue la conversión de la Constitución, que a nivel jurídico sólo puede ser entendida como *Lex Superior*, en una ley ordinaria, otorgándole, no obstante, a nivel político, un valor simbólico de norma fundamental. Con lo cual, ni jurídicamente las Constituciones sirvieron como leyes, ni políticamente cumplieron las funciones simbólicas que se les quiso atribuir» (111).

Habrà de esperarse, entonces, al fin de la I Guerra Mundial para que el Estado Constitucional comience verdaderamente a adquirir auténtica entidad y realidad histórica en la vieja Europa. Y lo hará por cuanto que, como consecuencia de un sustancial cambio en las fuerzas políticas, la confrontación entre el principio monárquico y el principio democrático, que había presidido la vida política europea desde la

(108) Cfr. L. VON STEIN: *Movimientos sociales y monarquía*, Madrid, 1981, págs. 191-379.

(109) Cfr. B. CONSTANT: «Principios de política», en el vol. *Escritos políticos*, Madrid, 1989, págs. 20-35.

(110) O. MAYER: *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Tubinga, 1909, pág. 214.

(111) P. DE VEGA: «Prólogo» a A. de Cabo de la Vega (ed.): *Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, 1996, págs. XIV-XV.

Revolución francesa hasta 1919, va a conocer, a partir de esa fecha y en la construcción del constitucionalismo democrático y social, una solución muy distinta a la que había operado a lo largo del siglo XIX. En efecto, ocurre que, frente a la afirmación, expresa o camuflada, del principio monárquico y, con ello, el falseamiento de todos los presupuestos basilares del constitucionalismo moderno, el ascenso al poder de las fuerzas democráticas y progresistas determinó que lo que ahora se afirme sea el principio democrático. Lo que se hará, además, de una manera clara, decidida y sin ambages de ningún tipo.

Se abría, así, un proceso que se inicia con el fin de la I Guerra Mundial, y que, habida cuenta los quebrantos que produjo el ascenso del fascismo en el período entreguerras, habrá de culminar con el fin de la II Guerra Mundial. Proceso que, sin disputa, encontrará su rasgo más significativo en el hecho de que, por fin, en Europa va a producirse la plena, total y absoluta aceptación ideológica los principios y presupuestos sobre los que se edifica el moderno Estado Constitucional. De esta suerte, el constitucionalismo democrático y social venía a corregir la gran falla que presentaba el Estado liberal. Me refiero, claro está, a que los Textos Constitucionales pasan a ser comprendidos como auténticas Constituciones, y, como tales, comenzarán a surtir todos sus efectos, incluido el de su singular fuerza normativa. Nos sumamos, así, a la tesis del Maestro De Vega, para quien «La indiscutibilidad ideológica de los principios y el acuerdo en los presupuestos políticos en los que descansa la idea de Constitución, es lo que ha permitido al constitucionalismo surgido a partir de la Segunda Guerra Mundial, ponderar debidamente su dimensión jurídica y su proyección normativa» (112). La tradición constitucional europea queda, en tales circunstancias, equiparada de manera definitiva a la tradición estadounidense.

A esta transformación no fue, en modo alguno, ajena la forja dogmática de la idea de la Constitución como norma jurídica, que encontrará su máxima expresión en la obra de Hans Kelsen y sus discípulos. Afirmación ésta en la que, tratando de dar el mayor grado de claridad posible a mi discurso, estimo conveniente detenernos.

Nadie puede negar que para el reconocimiento del valor jurídico de la Constitución fueron decisivas las aportaciones teóricas del positivismo jurídico, y de manera fundamental las de la Escuela Alemana de Derecho Público de los von Gerber (113), Laband (114) y Jellinek. De igual modo que nadie discute el que corresponde a esta Escuela el gran mérito de haber iniciado el tratamiento científico del Derecho Público europeo (115). En efecto, fueron ellos quienes, actuando inicial-

(112) P. DE VEGA: «Prólogo» a A. de Cabo de la Vega (ed.): *Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, cit., págs. XX-XXI.

(113) C. F. VON GERBER: *Diritto Pubblico*, Milán, 1981.

(114) P. LABAND: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1900, t. I, 1901, t. II, 1902, t. III, 1903, t. IV y V y 1904, t. VI.

(115) Cfr., en este sentido, F. DE LOS RÍOS: «Prólogo» al G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, cit., pág. VIII.

mente con la metodología propia del Derecho Privado (116), llevaron a cabo la construcción de un gran sistema doctrinal que, al elevar el dogma de la personalidad jurídica del Estado a la condición de pieza medular y nuclear del mismo (117), sirvió para fundamentar jurídicamente el obrar del Estado, a la par que logró dotar al Derecho Público de una seguridad y firmeza similares a las que, desde Roma, sirvieron de apoyatura al Derecho Privado.

No es menos cierto que no será, sin embargo, hasta la aparición de la obra de Kelsen cuando la afirmación del valor jurídico de los Textos Constitucionales encuentre su verdadero sentido y magnitud. Lo que, en todo caso, no puede ser considerado como casual.

Es menester indicar que si, en cuanto que decidido partidario del formalismo jurídico, Kelsen, por su método de trabajo y, para su desgracia, el uso que de él hicieron las dictaduras (118), pudo ser definido por un Hermann Heller como «el consecuente ejecutor testamentario» (119) de Laband, es lo cierto que entre los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público y él van a existir ciertas diferencias harto significativas en cuanto al punto de partida de sus respectivas construcciones y en cuanto al posicionamiento ideológico. No debe olvidarse que, como ha señalado De Vega, junto al Kelsen formalista de la «*Teoría pura del Derecho*», la «*Teoría General del Estado*» (120) o la «*Teoría general del Derecho y del Esta-*

(116) Sobre este extremo, cfr. K. HESSE: *Derecho Constitucional...*, cit., págs. 40 y ss. Señala Hesse que uno de los rasgos más distintivos de las primeras formulaciones dogmáticas del Derecho Público, y del Derecho Constitucional en concreto, fue, precisamente, el de su falta de autonomía científica respecto del Derecho Privado; falta de autonomía científica que sería reprochada de manera fundamental desde la doctrina iusprivatista; vid. K. HESSE: *loc. ult. cit.*, págs. 43-44, donde se hace eco de la crítica recensión de Otto von Gierke a la obra de Laband. Por otra parte, interesa destacar que la adopción de la metodología iusprivatista por parte de la Escuela Alemana de Derecho Público, excluyendo aquí al grupo de Viena, no resultaba políticamente neutra, sino, muy al contrario, interesada para fortalecer la *potestas* del *Kaiser*. En este sentido, debemos a A. BALDASSARRE la acertada observación de que «Conviene dejar muy claro que el recurso al Derecho Privado en Laband resultaba estrictamente funcional respecto de la institución de una teoría formalista que a su vez y en la particular formulación por él defendida, constituía el mejor soporte teórico de una concepción autoritaria del Estado y del Derecho Público (...). El formalismo resultaba funcional para el mantenimiento y reforzamiento de esta asimetría de posiciones, y para demostrarlo baste recordar como ejemplo que la indiferencia de valores y de contenidos llevó a un Laband, absolutamente coherente con sus propios postulados, a negar la posibilidad de existencia de derechos de libertad frente al Estado, porque en su concepción, el único espacio libre que en pura lógica quedaba al alcance de los ciudadanos era esa libertad natural que surgía allí donde el Estado no extendía su propio poder y su propia relación de dominio» [«Constitución y teoría de los valores», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1994], págs. 18-19].

(117) Cfr. F. BATTAGLIA: «El dogma de la personalidad jurídica el Estado», en el vol. *Estudios de Teoría del Estado*, cit., pág. 73. Vid.: también, del mismo autor, «Observaciones sobre la "realidad" del Estado», y «Realidad y personalidad del Estado», recogidos ambos en el mismo volumen, págs. 39-69 y 153-155.

(118) Cfr. H. HELLER: «Europa...», cit., p. ej., págs. 30-31.

(119) H. HELLER: *La soberanía...*, cit., págs. 90, y 149 y ss.

(120) H. KELSEN: *Teoría General del Estado*, 15.ª ed., México, 1979.

do» (121), que es al que, con justicia, criticaba Heller, existe el Hans Kelsen demócrata de, por ejemplo, *Esencia y valor de la Democracia* (122), que, a la postre, resulta mucho más útil para la ponderada y cabal comprensión del moderno Estado Constitucional. Entre otras cosas, porque «a pesar de la asepsia valorativa, proclamada tan solemnemente por Kelsen, la superación que su obra implicaba de los postulados del viejo positivismo, no dejó por fortuna de tener importantes y significativas consecuencias políticas. Sus embates a la personalidad jurídica del Estado, consciente o inconscientemente, sirvieron para desmontar los mitos de un Estado de Derecho (...) que bajo la socorrida fórmula de conferir la soberanía al Estado como persona jurídica, había permitido ocultar la más absoluta negación del principio democrático, fundamento y base de toda la construcción del Estado Constitucional» (123).

Ha de recordarse que, con independencia de que, como denunció Heller (124), su formalismo les condujo al absurdo de edificar una Teoría del Estado sin Estado y una Teoría de la Constitución sin Constitución, von Gerber, Laband y Jellinek construyeron su doctrina del Estado y la Constitución desde del principio monárquico, de suerte tal que no resulta exagerado afirmar que aquéllos se convirtieron en los grandes teóricos del poder, y que su finalidad era, pura y simplemente, la de asegurar el poder del monarca. Todo lo contrario sucede con Kelsen. En efecto, el creador del grupo de Viena actuará desde el principio democrático y, además, pondrá todo su ingenio al servicio de la defensa de la *Weltanschauung* democrática, que entiende claramente en peligro como consecuencia del auge que en los 1920-1930 están conociendo los fascismos. Es, justamente, por ello por lo que Kelsen puede ser considerado, en tanto que jurista positivista, como el gran teórico de régimen democrático (125).

Obvio resulta, en tales circunstancias, que las consecuencias a las que han de llegar unos autores y otro habrían de resultar muy distintas. De nada servirá el que, por ejemplo, Georg Jellinek afirmase que las «Constituciones contienen preceptos jurídicos» (126), o que se trata de unas normas jurídicas singulares en cuanto que las «leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad (...). Solamente donde se dan semejantes garantías puede hablarse, propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el Derecho constitucional, de las

(121) H. KELSEN: *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, 5.^a ed., 2.^a reimpr., Milán, 1978.

(122) H. KELSEN: *Esencia y valor de la Democracia*, 2.^a ed., Barcelona, 1977.

(123) P. DE VEGA: «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, págs. 73-74.

(124) Cfr. H. HELLER: *Teoría...*, cit., págs. 68-69; *vid.*, también, págs. 42-43.

(125) Cfr. A. BALDASSARRE: «Constitución...», cit., págs. 23-24; *vid.*, en general, págs. 22-25 y 27 y ss.; A. LA PÉRGOLA: «Premessa» a H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981, pág. X; P. DE VEGA: «Supuestos políticos...», cit., pág. 396.

(126) G. JELLINEK: *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, 1991, pág. 4.

otras» (127), o, finalmente, el que de estas garantías se deriva una cierta superioridad de la Constitución, en el sentido de que «Por encima del legislador [ordinario] se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado. Estas leyes fundamentales, inmovibles, difíciles de cambiar, deben dirigir la vida del Estado merced a su poder irresistible. No pueden alterarse por los poderes establecidos, sólo pueden modificarse según sus propias normas que son difícilmente actuables» (128), y ello por cuanto que al afirmar el principio monárquico toda la lógica del Derecho Constitucional se ve, de una u otra suerte, negada por la Escuela Alemana de Derecho Público. En particular, la verdadera consideración de la Constitución como Ley superior y suprema que, como tal, se impone a todos los operadores jurídicos y políticos del Estado. Y ello porque el monarca, como verdadero soberano, se sitúa por encima de la propia Constitución. Con lo que, de manera inevitable, su fuerza normativa queda limitada a la mera organización de los poderes del Estado. Así las cosas, no habría de resultar exagerado afirmar que lo que en realidad hicieron los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público fue, de algún modo, poner en práctica una nueva versión de lo que, en relación con el medievo, McIlwain (129) había denominado el «enigma Bracton».

Todo lo contrario sucede con la construcción teórica de Kelsen. En efecto, la aceptación del principio democrático le llevará a considerar, dejando ahora al margen sus disquisiciones sobre la *Grundnorm*, que la fuerza normativa de la Constitución depende de su condición de ser la obra de un Poder Constituyente que, realizada su labor desaparece de la escena política en condiciones de normalidad. Es, en todo caso, desde este entendimiento desde donde únicamente cobra sentido su afirmación de que en el Estado constitucional la única soberanía posible es la de la Constitución y el Derecho (130). Naturalmente, en la medida en que la Constitución es entendida como Ley Suprema es por lo que, en definitiva, Kelsen le puede conferir una plena efectividad jurídica y, en consecuencia, teorizar la justicia constitucional, concebida, al menos originariamente, como un mecanismo al servicio de la defensa de la Democracia.

Todos estos cambios, sin duda sustanciales y trascendentales, traen causa del triunfo definitivo del principio democrático. Es, justamente, merced a este triunfo como la Constitución pasa a ser entendida como la expresión de la voluntad del *Pouvoir Constituant* y, como tal, se configura, gracias a la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos que introduce el principio de rigidez convenientemente asegurado por el control de constitucionalidad, como la Ley Suprema en el Estado.

(127) G. JELLINEK: *Reforma...*, cit., pág. 15. Cfr., también, G. JELLINEK: *Teoría General...*, cit., págs. 401 y ss., en particular pág. 403.

(128) G. JELLINEK: *Reforma...*, cit., pág. 5.

(129) Cfr. CH. H. MCILWAIN: *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991, págs. 91-116, especialmente págs. 99 y ss.

(130) Cfr. H. KELSEN: *Teoría General...*, cit., págs. 141 y ss.

Ahora bien, debemos advertir de manera inmediata que no fue tan sólo éste el cambio que va a conocer Europa con el surgimiento del constitucionalismo democrático y social. Es menester dejar constancia de que el triunfo del principio democrático va a generar unas nada despreciables variaciones en el modo en que va a surgir el Estado Constitucional mismo. En efecto, van a ser distintas las formas concretas en que el proceso constituyente va a desarrollarse desde el fin de la Primera Guerra Mundial y, todavía de manera más evidente, tras la Segunda. Como, con total acierto, ha escrito el Profesor De Vega, lo que ocurre es que «Cuando el principio democrático se admite sin ningún tipo de salvedades, y cuando se está dispuesto, además, a operar con él hasta sus últimas consecuencias, la mecánica del proceso constitucional, tal y como se planteó en el Estado Liberal Burgués (...) ya no podrá ser la misma. Cambia el orden de los acontecimientos, pero cambia también, y sobre todo, el contenido y el alcance de cada uno de los supuestos de ese proceso» (131).

En el marco del constitucionalismo democrático y social, el proceso constituyente no sigue el iter procesal marcado por Wise de momento de la libertad, momento del pacto social y momento constitucional. Por el contrario, aquél arranca del pacto social por el que nace el nuevo Poder Constituyente soberano, continúa con el proceso de elaboración, discusión y aprobación del Texto Constitucional, en el que quedan incluidos, como, por decirlo en palabras de Jiménez de Asúa (132), la parte sustantiva de la Constitución, los derechos fundamentales.

Se soslayaba, de esta suerte, si no el más importante, si al menos uno de los mayores absurdos y más escandalosas contradicciones que había presentado el Estado Constitucional liberal en la vieja Europa (133), y a las que ni siquiera escaparía el propio Sieyès. Nos referimos a la singular paradoja que se derivaba de la secuencia lógica con la que, como hemos visto de la mano de Isnard, los revolucionarios liberal-burgueses ordenaban el proceso constituyente. Y es que, al entender que los derechos fundamentales sirven de base a la conclusión de un pacto social que, a su vez, actúa de barrera y regulador del acto constitucional, lo que sucede es que habiendo definido al *Pouvoir Constituant* como un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, en la práctica, y como consecuencia de la búsqueda de mecanismos de defensa de la libertad, los liberales condenaban al Legislador que elabora, discute y aprueba la Constitución a verse constreñido por los márgenes trazados en las declaraciones de derechos. Así se entendió en la propia práctica revolucionaria. Desmeunier lo pondría claramente de manifiesto cuando, pese a la denuncia realizada por Robespierre al hilo de la discusión del artículo 16 de la Declaración

(131) P. DE VEGA: «En torno al concepto...», cit., pág. 715.

(132) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA: «Discurso» de presentación del Proyecto constitucional a las Cortes Constituyentes de 1931, en D. SEVILLA ANDRÉS (ed.): *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*. Madrid, 1969, t. II, págs. 205 y 209; *Proceso histórico de la Constitución de la República española*. Madrid, 1932, págs. 46-48 y 65.

(133) Cfr. P. DE VEGA: «En torno al concepto...», cit., págs. 712-713; «Mundialización y Derecho Constitucional...», cit., págs. 40-43.

de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789 (134), no duda en afirmar que «es necesario redactar previamente una Declaración de derechos, que precederá a la Constitución francesa, es decir, una declaración de principios aplicables a todas las formas de gobierno», pues «la declaración contendrá los verdaderos principios del hombre y el ciudadano. Los artículos de la Constitución sólo serán las consecuencias naturales de ella» (135).

Frente a esto, lo característico del constitucionalismo democrático y social va a ser el que las declaraciones de derechos pierden esa fuerte carga *iusnaturalista* que tenían en el Estado liberal, y que, en última instancia, las convertía en ese límite a la actuación del Constituyente. Ahora, las normas declarativas de derechos se convierten en Derecho Positivo, cuya fuerza normativa se encuentra justamente, y esto es lo que reviste importancia y resulta trascendente, en que el *Pouvoir Constituant* los ha reconocido como tales derechos fundamentales. De Vega lo ha puesto de manifiesto al indicar que el «reconocimiento del principio democrático lo que introduce e impone es, precisamente, la lógica contraria [a la del Estado liberal]. Los derechos empiezan a valer en la medida en que la Constitución —que es una norma jurídica— los reconoce, al tiempo que establece un doble principio de jerarquía y especialidad para su realización efectiva» (136).

Recordar esto me parece inexcusable en la España actual. No se necesita demasiada sagacidad para comprender que es desde la óptica de las distintas consecuencias que para los derechos fundamentales que se derivan del tránsito del viejo Estado Constitucional liberal al moderno Estado Constitucional democrático y social desde donde, en último extremo, ha de juzgarse la viabilidad o inviabilidad de determinadas propuestas que se están haciendo hoy por parte de los prácticos de la política. Me refiero, en concreto, a la pretensión de que da igual que el derecho de autodeterminación, que sólo cabe entender como *ius secessionis* (137), no esté literalmente

(134) Cfr. L. DUGUIT: *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (1893), Madrid, 1996, pág. 23.

(135) DESMEUNIER: *Archives parlementaires*, vol. VIII, pág. 334, citado por R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General...*, cit., pág. 1164, nota 2.

(136) P. DE VEGA: «En torno al concepto...», cit., pág. 717.

(137) A este respecto, me interesa recordar que, como en otro lugar he tenido ocasión de señalar (cfr. J. RUIPÉREZ: *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995, págs. 47-76), el derecho de autodeterminación tiene una significación muy distinta según se le observe desde el Derecho Público interno o desde el Derecho Público internacional. Es desde esta inicial distinción desde donde adquiere su plena justificación la afirmación contenida en el texto, según la cual la reivindicación de los partidos nacionalistas de que se reconozca el derecho de autodeterminación sólo puede referirse al *ius secessionis*. Desde el punto de vista del Derecho Público interno, el derecho de autodeterminación coincide de manera absoluta y total con la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo que, como es sabido, se encuentra en la base de todo Estado Constitucional desde los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de finales del siglo XVIII. El reconocimiento de esta significación en la realidad política española actual es, a mi juicio, más que evidente. Dicho con toda contundencia, «Y es que, en efecto, nadie podría cabalmente poner en duda que, desde la óptica del Derecho Público interno, en España se ha dado sobrado cumplimiento al derecho de autodeterminación. Es más, podría-

recogido en la Constitución, o que, incluso, fuera rechazado por el Constituyente, ya que, por un lado, al tratarse de un derecho humano y, por otro, al imponer la Constitución, en su artículo 10.2, que los derechos fundamentales han de interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», lo que sucede es que su ejercicio será siempre posible en el marco del vigente Código Jurídico-Político Fundamental (138). Problema éste al que, desde la más elemental lógica constitucional, ha de dársele una respuesta negativa.

La razón es fácilmente comprensible. Innecesario debiera resultar afirmar que, porque, en el marco del constitucionalismo democrático y social, sólo son derechos fundamentales los que el Constituyente ha reconocido como tales, serán únicamente los derechos constitucionalizados, y no otros por mucho que tengan la consideración de derechos humanos, los que deban ser interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre derechos. Siendo así, evidente debiera ser también que no cabe apelar al artículo 10.2 para fundamentar el ejercicio del derecho de secesión, cuya actuación será, en la medida en que, pudiendo serlo (139), no ha sido positiv-

mos incluso afirmar que el ejercicio de este derecho se ha verificado con un doble giro de tuerca» (*loc. ult. cit.*, pág. 53; *vid.*, también págs. 54-62): 1.ª Como Pueblo federal, o si se prefiere estatal, con la aprobación de la Constitución; 2.ª como Pueblo de las Comunidades Autónomas, con la aprobación de sus respectivos Estatutos, sea cual sea la vía utilizada para su aprobación. En el Derecho Público internacional, el derecho de autodeterminación se traduce en cuatro posibilidades: 1.ª la libre asociación de un Estado independiente; 2.ª la integración de un Estado, o un territorio, a otro Estado independiente; 3.ª la decisión de un Pueblo de un determinado territorio de permanecer en el Estado al que pertenecía, y 4.ª la independencia o secesión. Descartada la primera manifestación en tanto en cuanto que se refiere a antiguas situaciones coloniales a las que en ningún caso puede equipararse la situación de Cataluña, Euzkadi y Galicia, nos encontramos con la que la segunda hipótesis, la integración, ya se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento constitucional respecto de Gibraltar, a la que se le abren dos posibilidades: o bien constituirse en una Comunidad Autónoma al amparo del art. 144.b) CE, o bien integrarse, *ex Disp. Ad. 1.ª del Est. andaluz*, en el territorio de la Comunidad Autónoma andaluza (*vid.*, a este respecto, J. RUIPÉREZ: *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, 2.ª ed., reimpr., Madrid, 1996, págs. 184-188). Por su parte, podría también considerarse reconocido y satisfecho el contenido del tercer significado, en el entendimiento que cuando en la consulta referendaria los Pueblos catalán, gallego y vasco aprobaron mayoritariamente el Texto Constitucional de 1978, lo que estaban expresando era su intención de permanecer como partes integrantes del Pueblo español globalmente considerado. Sólo faltaría, entonces, el reconocimiento constitucional del derecho de secesión como posibilidad teórica y que, en todo caso, tornaría en legítimo su eventual ejercicio.

(138) *Vid.* J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: «Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999, págs. 103-124.

(139) Sobre la posibilidad de constitucionalización del *ius secessionis*, *vid.*, por todos, H. KELSEN: *Teoría General...*, cit., págs. 295-296, donde rompe la tesis tradicional en la doctrina según la cual el reconocimiento y posibilidad del ejercicio del derecho de secesión es uno de los elementos fundamentales para la distinción entre la Confederación de Estados, donde aquél es consustancial, y el Estado Federal. Sobre esto último, me remito, por comodidad, al cap. 3 («Federalismo y autodeterminación») de mi ya citada *Constitución y autodeterminación*, págs. 77-96.

zado, siempre, y desde la óptica de la Constitución española de 1978, constitucionalmente ilegítima (140).

No se trata, ni mucho menos —y pese a lo que a veces de manera absolutamente injustificada se sostiene (141)—, de defender la idea de la Constitución histórica española. Muy al contrario, se trata de la plena y total aceptación del concepto liberal-burgués de Constitución, conforme al cual la voluntad del Constituyente se impone a la de los ciudadanos aisladamente considerados, con independencia de cuál sea la opinión de estos últimos sobre el tema objeto de disputa. Lo que en modo alguno significa, y esto ha de quedar bien claro, que se esté negando la legitimidad ideológica a las propuestas nacionalistas. La lógica de la Democracia, el régimen sin enemigos como la definió Sartori, consiste, precisamente, en que las minorías tienen siempre el derecho a aspirar a convertirse en las nuevas mayorías y, desde esa posición, llevar a la práctica su programa ideológico. Y esto es así, incluso cuando en el horizonte de este programa se encuentre la revisión del propio pacto social. Al fin y al cabo, fue ya Rousseau quien advirtió que «va contra la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerla» (142). Problemática ésta sobre la que habremos de volver posteriormente.

4. LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA ÚLTIMA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA

Como seguramente no podría ser de otra forma, la aprobación de la Constitución de 1978 deberá ser reconducida a este segundo modelo de proceso constituyente. Esto es, hay que hablar del momento del pacto social y del momento del acto constitucional. Lo que, acaso, pueda plantear alguna dificultad para su comprensión.

A nadie puede ocultársele que, en efecto, la determinación del momento en que se verifica el pacto social, por el que se acepta continuar como una única comunidad política organizada conforme a principios distintos a los de la etapa inmediatamente anterior, es muy difícil en la reciente Historia política española. Debe tomarse en consideración que, a diferencia de lo que aconteció en la fundación de la República estadounidense, no existió entre nosotros un episodio como el de la reunión de la Convención de Filadelfia, en el que de manera indubitada se culmina el proceso altusiano de traslación de la soberanía desde el individuo aisladamente considerado al

(140) Sobre este particular, cfr. A. LA PÉRGOLA: «La Confederación. 2. La forma moderna: "El federalismo y sus contornos"», en el vol. *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, págs. 139-140.

(141) Vid. X. BASTIDA: *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Barcelona, 1998.

(142) J.-J. ROUSSEAU: «Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma» (1775), en el vol. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988, cap. IX, pág. 104.

Pueblo del Estado como entidad política unitaria. Siendo así, resulta aventurado el pretender cifrar el cuándo se concluyó el pacto social. Tanto es así, que podría muy bien entenderse que el pacto social se verificó tanto con el referéndum de aprobación de la Ley para la Reforma Política en 1976, como en la campaña electoral, o, finalmente, en el acto de votación de las elecciones de 15 de junio de 1977, como punto de no retorno en la transición política.

Ello no obstante, lo que parece difícilmente cuestionable es que el pacto social existió. Para la concreción de su contenido es preciso retrotraerse a la década de 1960. Como ha puesto de manifiesto Morodo (143), en aquellos años van a producirse dos fenómenos paralelos que, al final, confluirán en el proceso de transición política:

1.º En el interior del aparato gubernamental, van a surgir algunos políticos que, aunque con distintos y diversos matices, van a entender la necesidad de introducir reformas legales en la normativa franquista, e, incluso, la de operar una cierta apertura política en el régimen. En realidad, la intención de estos reformistas/aperturistas del franquismo no era la de permitir el tránsito de la dictadura a la Democracia. Lo que se pretendía era, justamente, lo contrario: Aquellos cambios habrían de servir para lograr el pacífico mantenimiento del régimen y su posible pervivencia tras la muerte del dictador.

2.º En la esfera no gubernamental, y con una mucho mayor importancia, comenzaría a organizarse, ahora ya en el interior, el movimiento «antifranquista», hasta entonces prácticamente limitado al exilio. Movimiento éste al que no sólo no se le reconocía la legitimidad, —produciéndose con ello, y desde la óptica democrática, la propia deslegitimación del sistema (144)—, sino que incluso, y en lógica coherencia con el carácter totalitario del régimen, se le negaba, al querer ignorar oficialmente el conflicto, su propia existencia (145).

No es que en la España del interior no existiera con anterioridad a los años sesenta una repulsa a lo que el franquismo significaba. Lo que sucede es que esta crítica se hacía casi de manera individual y, en todo caso, sin ninguna estructura organizativa. Fue, entonces, en aquella década cuando la oposición comenzó a organizarse en el interior. Así, junto al PCE y el PSOE exterior/interior —únicas organizaciones que continuaron con una relativa presencia en la dictadura—, surgirían ciertas estructuras organizativas entre los opositores al sistema. Primero, lo harían como me-

(143) Cfr. R. MORODO: *La transición...*, cit., págs. 61-112. De una manera mucho más extensa, y, si se quiere, de una forma más subjetiva y menos académica, R. MORODO se ha referido a esta etapa en *Atando cabos. Memorias de un conspirador moderado*, Madrid, 2001, especialmente desde la pág. 147; texto éste que si bien tiene una especial significación para el «tiernismo» político y académico, resulta de gran interés en general para la ponderada comprensión de la más reciente Historia española. En todo caso, es su doble exposición la que nos sirve de base para lo que sigue.

(144) Cfr., a este respecto, P. DE VEGA: «Para una teoría política de la oposición» (1970), en el vol. *Estudios político constitucionales*, 1.ª ed, reimpr., México, 1987, pág. 17.

(145) Aunque con carácter general, cfr. R. DAHRENDORF: *Sociedad y libertad*, Madrid, 1966, págs. 180 y ss.; C. J. FRIEDRICH: *El hombre y el Gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968, pág. 264.

ros «grupos». Entre ellos, cabe destacar a los monárquicos de Miguel Satrústegui; las distintas familias democristianas que se agrupaban en torno a José M.^a Gil-Robles, Manuel Giménez Fernández y, una vez que éste rompió con el *establishment*, Joaquín Ruiz-Giménez; los socialdemócratas del grupo de Dionisio Ridruejo; la aparición de algunos grupos nacionalistas, y, finalmente, los socialistas, representados por el «grupo Tierno», y el FLP. En un momento posterior, estos grupos se convertirían ya en partidos políticos.

Como grupos o como partidos, su esencia era la misma. Su actuación, en último extremo, estaba dedicada a desempeñar lo que, en su día, y con el doble lenguaje que las circunstancias históricas le imponían, el Profesor De Vega caracterizó como «oposición ideológica» (146). Esto es, se trataba de grupos que, iniciando su desarrollo a nivel teórico, no estaban de acuerdo con los sistemas de legitimidad existentes, y que, poniendo, por tanto, en tela de juicio la fundamentación del sistema y del poder, no podrían tener otra aspiración que la de, justamente, sustituir el régimen franquista por otro nuevo.

Basta el más mínimo conocimiento de aquella época para comprobar que muchos de los elementos de los que integran la, por decirlo en expresión de Pablo Lucas (147), fórmula política de la vigente Constitución, encuentran sus raíces en la actuación de la oposición democrática de aquellos años. Fue, en efecto, en el marco de los distintos acuerdos alcanzados por los grupos de oposición donde comenzaría a reivindicarse la forma política «Estado de Derecho» para, oponiéndose a su utilización por la dictadura como mero Estado jurídico regido por una vacía nomocracia (148), otorgarle una significación verdaderamente democrática. Asimismo, fue también por el consenso que, siguiendo el modelo generalizado en la Europa de la segunda postguerra mundial, se logró entre los diversos grupos/partidos por el que aquél habría de organizarse como un Estado social y democrático. También los «valores superiores» de la Constitución encontrarían su fundamentación en la actuación de la oposición democrática.

Muchos serían los ejemplos que podrían ponerse sobre la influencia de la oposición democrática en la vigente fórmula política de la Constitución. Su mera mención haría interminable este escrito. No quisiera, sin embargo, dejar de mencionar dos supuestos en los que aquella influencia es asaz evidente.

Me refiero, en primer lugar, a lo relativo a la forma territorial del Estado. No es preciso recordar la oposición que desde sectores gubernamentales se hacía a cualquier tipo de descentralización política. Al fin y al cabo, se trataba de un régimen, y de unos gobernantes, que encontraban su fuente de legitimidad en la victoria obteni-

(146) Cfr. P. DE VEGA: «Para una teoría política...», cit., págs. 12 y 21-33. En relación con la problemática del doble lenguaje impuesto por las circunstancias, *vid.* el «Prólogo» al vol. *Estudios político constitucionales*, cit., págs. 1-8, especialmente pág. 5.

(147) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*. II..., cit., págs. 428-429 y 531-536.

(148) Para la comprensión de este fenómeno, y aunque se encuentren referidos a la Italia fascista, son esenciales los trabajos de Hermann Heller citados en la nota 5.

da en un conflicto bélico, al que no era ajeno el problema regionalizador, como lo expresaba aquel célebre «Antes roja que rota». Frente a esta posición de la España oficial, los sectores de la oposición, de una manera más o menos decidida, y más o menos entusiasta —algunos renunciando, incluso, a sus esencias jacobinas—, comprendieron la necesidad de encontrar una cabal y ponderada respuesta a los problemas que plantea una Nación de Naciones (149).

En segundo término, es también menester referirse a la forma de Gobierno. Tres son los datos fundamentales para comprender el por qué la confrontación monarquía/República, que tanta importancia había tenido en la vida política de la España de los siglos XIX y XX, apenas es discutida, en favor de la primera alternativa, en las Cortes Constituyentes de 1977-1978.

a) Como es conocido, desde el mismo día de la proclamación de la II República las derechas, en clara complicidad con los dos titulares de las facciones isabelina y carlista, tomaron como su principal tarea la de derrocar el régimen republicano y restaurar la monarquía. Pretensión que harían suya los sublevados del 18 de julio de 1936, y que, con su victoria en 1939, consumarían al declarar en el más alto nivel normativo de la época que «España es una unidad de destino en lo universal» (Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, I Principio) cuya «forma política es, dentro de los principios inmutables del Movimiento Nacional y de cuanto determinan la Ley de Sucesión y demás Leyes Fundamentales, la Monarquía tradicional, católica, social y representativa» (*ibidem*, Principio VII), y que «El Estado español, constituido en Reino, es la suprema institución de la comunidad nacional» (art. 1.1 de la Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967). De esta suerte, la apuesta por la monarquía se convertía en un elemento central, primero, del franquismo, posteriormente de la actuación de los reformistas/aperturistas del régimen (recuérdese la llamada «operación príncipe»), y, por último, de la de los sectores gubernamentales que protagonizaron la transición. Circunstancia esta última que, por cierto, determinaría la introducción del artículo 168 de la actual Constitución, con el que, aunque no sea así desde una perspectiva jurídica y formal, sí lo será en el terreno de los hechos (150), se hacía inviable el cambio (151), para, con ello, asegurar, entre otras cosas, la monarquía (152).

(149) *Vid.*, al respecto y por todos, F. TOMÁS Y VALIENTE: «Raíces y paradojas de una conciencia colectiva», en el vol. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, págs. 189-208.

(150) En este sentido, *cfr.*, por todos, J. BRYCE: *Constituciones...*, cit., pág. 78; C. ESPOSITO: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vici degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milán, 1964, reed. inalterada de la ed. de 1934, págs. 173-174.

(151) *Cfr.* P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 148, *vid.*, también, pág. 147. La denuncia del Maestro frente a este procedimiento como mecanismo más que para permitir el cambio, para hacerlo imposible, se produjo ya desde el mismo proceso de elaboración y discusión de la Constitución; *cfr.*, p. *cj.*, P. DE VEGA: «Los órganos del Estado en el contexto político institucional del Proyecto de Constitución», en la obra colectiva *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bolonia, 1978, pág. 10.

(152) *Vid.* J. RUIPÉREZ: «Una cuestión nuclear para la Teoría del Derecho Constitucional: Sobre la

b) Algo muy distinto ocurría en la oposición. Con las únicas excepciones de Satrustegui, Gil-Robles y Ruiz-Giménez, los grupos de la oposición democrática eran mayoritariamente republicanos. Esta opción era clara y evidente en el exilio. En efecto, la defensa de la recuperación de la legitimidad republicana/democrática constituía un punto innegociable para el PSOE del exterior y, naturalmente, para los partidos republicanos: IR y UR, unidos desde 1959 en ARDE. Pero también estaría muy presente en los grupos del interior.

c) De algún modo equidistante entre las dos posturas anteriores, nos encontramos con la tesis que defendería Enrique Tierno, y que se concretaría en la conocida expresión de «la monarquía como salida». Su contenido era, en el fondo, muy simple. Sin dejar de ser republicanos, el grupo Tierno/FUSE/PSI/PSP se daría cuenta de que sería muy poco probable, si no imposible, que los poderes fácticos y alguna superpotencia permitiesen que los españoles pasasen de forma inmediata de la dictadura a la República democrática de trabajadores de toda clase, organizada en régimen de Libertad y de Justicia. Siendo así, lo que se hace es apelar a la monarquía como vehículo para la democratización del Estado, y una vez que esto se lograra, plantear ya en toda su magnitud la opción por la República.

Aunque, dada la escasa presencia que tuvo el PSP desde las elecciones de junio de 1977 hasta su absorción por el PSOE, pueda parecer hoy extraño, la figura del «Viejo Profesor» tuvo una extraordinaria importancia en los años sesenta y principios de los setenta. Buena prueba de ello es que sería su alternativa de la monarquía como salida la que, a la postre, acabaría siendo aceptada por parte de la mayoría de la oposición democrática y, finalmente, acabaría concretándose en la aceptación sin mayores discusiones de la forma de Gobierno monárquica en el vigente Código Jurídico-Político Fundamental (153). Con ello, se cerraban, lamentablemente, las puertas a las, sin duda, muy importantes aportaciones que a todo el proceso hubiera podido hacer el republicanismo de izquierdas de los herederos de Azaña y Martínez Barrios.

A la vista de todo lo anterior, ya podemos decir algo sobre el proceso constituyente en España. Tres son, fundamentalmente, las notas que deben destacarse y que, de manera lamentable, muchas veces se distorsionan.

En primer lugar, ocurre que, pese a que así lo haya explicitado el interesado en algún artículo de prensa, el proceso constituyente español, o, si se prefiere, el proceso de cambio político de la dictadura al Estado Constitucional democrático y social, no tiene lugar como consecuencia de que alguien publicara, en 1972, un opúsculo sobre el principio monárquico (154). Lo de menos es detenerse, aquí, a denunciar la

reforma constitucional y sus funciones en el Estado Constitucional Democrático», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997, págs. 473-475, especialmente pág. 474, y bibliografía allí citada.

(153) Cfr. R. MORODO: *La transición...*, cit., págs. 161, 179-180 y ss., y 203-215.

(154) M. HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico: (Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales)*, Madrid, 1972.

altísima dosis de soberbia que una tal afirmación encierra. Tampoco resulta, a los efectos que ahora interesan, demasiado importante el indicar que, como hemos tenido ocasión de ver, el principio monárquico, en general, lo que en realidad hace es negar la posibilidad del Estado Constitucional mismo, y mucho más cuando, como se dice expresamente en el subtítulo del aludido trabajo, se pretende resaltar la soberanía del rey en las *Leyes Fundamentales* franquistas. Lo que interesa es poner de manifiesto que nadie puede atribuirse a título individual ni la iniciativa, ni el desarrollo del proceso de cambio. Éste se produce como consecuencia de una decisión colectiva, y difusa, de un ente colectivo, como es el Pueblo español en su conjunto, Pueblo que realiza un pacto social al modo rousseauniano, y no un contrato propio de la época preestatal. Circunstancia ésta que debería ser tenida muy en cuenta a la hora de analizar algunos de los problemas (derecho de secesión, cosoberanía) que, fundamentalmente desde 1995, se plantean hoy en la sociedad española.

Nadie discute que el titular de la Jefatura del Estado jugó un papel importante y trascendente en el proceso de cambio político. Así se le ha reconocido tanto por parte de la clase política, como por parte de la academia. Baste con recordar la opinión de Lucas Verdú sobre el rol que, en la transición, jugó el monarca: «Lo que está claro [escribía Lucas a comienzos de 1978] es que ése ha sido —y es— el designio de la Corona en cuanto que “motor del cambio” (...). Cualquiera que sea la posición ideológica sobre la forma de gobierno (...) que mantengamos es indudable que la Corona ha aceptado el pluralismo políticosocial y lo ha impuesto a los poderes fácticos (...). En este sentido, *la Corona, aunque parezca paradójico, está realizando obra republicana*, ha republicanizado al país en la medida en que se mueve en favor de la *res publica* y de la paz pública de los españoles» (155).

Ahora bien, es menester, en segundo lugar, poner de manifiesto que no ha de magnificarse la labor del monarca en cuanto al desarrollo del proceso constituyente español. En efecto, ocurre que no fue el discurso del Jefe del Estado solicitando, en la apertura de las Cortes el 14 de julio de 1977, una nueva Constitución lo que determina el pacto social. Aquel discurso, por el contrario, es la lógica consecuencia, y mera expresión formal, del pacto social, es decir, del deseo de los ciudadanos de cambiar los modos y las formas en que iban a ser gobernados. El gran acierto del rey fue, justamente, el de haber comprendido que no podía, ni tampoco debía, oponerse a la voluntad del Pueblo.

Finalmente, y en relación directa con lo anterior, nos encontramos con que de lo que no puede quedar duda es que cuando el Parlamento elegido en 1977 se autoproclamó como Cortes Constituyentes, lo que hizo fue, al modo y manera que habían hecho los Estados Generales en la Francia de 1789 o las Cortes de Cádiz, romper todo nexo de unión con la situación jurídica y política anterior. Se inauguraba, de esta suerte, una situación fáctica, en la que el Constituyente de 1977-1978 procede, en nombre del Pueblo español como único sujeto legitimado para decidir cómo iba a

(155) P. LUCAS VERDÚ: «La singularidad...», cit., págs. 15-16.

ser gobernado, a establecer un nuevo orden jurídico y político. Nueva situación jurídica que, de manera indubitada, acepta el Pueblo.

La voluntad del Pueblo en favor del Estado Constitucional democrático y social es, en efecto, clara. Y se manifestó tanto de manera indirecta, y siguiendo los esquemas propios de la Democracia representativa, a través de sus representantes en la Constituyente, como directamente, en el referéndum constitucional de 6 de diciembre de 1978. En cuanto a la primera forma, difícilmente podría negarse la inexistencia de esa voluntad de adecuar la vida política española a la lógica de la Democracia y la Libertad. Basta, en este sentido, con tomar en consideración el muy elevado apoyo que recibió el Proyecto constitucional en la votación final, coextensa pero independiente, sobre la totalidad del mismo realizada el 31 de octubre de 1978 en ambas Cámaras. Los resultados de esta votación no pueden, en verdad, ser más elocuentes. Así, nos encontramos con que, en sede parlamentaria, el Proyecto de Constitución fue aprobado por 325 votos afirmativos, frente a 6 negativos, 14 abstenciones y 5 ausencias, en el Congreso de los Diputados, y por 226 votos «sí», frente a 5 «no», 8 abstenciones y 9 ausencias en el Senado (156).

Si estos datos son, de manera indudable, y en la medida en que la campaña electoral de 1977 había ya girado sobre esta cuestión, asaz expresivos del deseo de los ciudadanos españoles de gozar de los beneficios inherentes al Estado Constitucional, es menester advertir inmediatamente que los mismos se verían ratificados por la intervención directa del propio Pueblo soberano. Y es que nuestro último proceso constituyente, que tan atípico había sido en cuanto a su iniciación y desarrollo, acabó adscribiéndose a la mejor práctica en el ejercicio del *Pouvoir Constituant*, que fue la que operó en el Continente norteamericano y que hunde sus raíces en el más puro y clásico pensamiento democrático. Nos referimos, claro está, a la doble idea de que, por un lado, el Pueblo es el único sujeto legitimado para decidir los modos y las formas en que ha de ser gobernado, y, por otro, que el Pueblo, como dueño único de su destino, no puede delegar ni ceder su soberanía. Haciendo ahora abstracción de lo que en realidad sucedió en uno y otro lado de Atlántico, y centrándonos tan

(156) Estos datos los tomo de J. DE ESTEBAN: «El proceso constituyente español», en J. F. TEZANOS; R. COTARELO, A. DE BLAS (eds.) y otros: *La transición democrática española*, Madrid, 1989, pág. 294. En el Congreso votaron «no», los Diputados Silva Muñoz, Fernández de la Mora, Martínez Emperador, Mendizábal y Jarabo Payá, todos ellos de la entonces coalición de «Alianza Popular», y Letamendía, de Euskadiko Ezkerra. Por su parte, las abstenciones correspondieron al P.N.V. en bloque, Aizpún, de la U.C.D.; Licinio de la Fuente, Álvaro Lapuerta y Piñeiro Ceballos, de A.P.; Heribert Barrera (E.R.C.), integrado en el grupo de Minoría Catalana; Joaquín Arana y Morales Moya, del Grupo Mixto. Entre las ausencias, destacó la del Diputado J. R. Lasuén, que había sido expulsado de la U.C.D. En el Senado, los votos contrarios al Proyecto de Constitución fueron los de Bajo Fando y Bandrés, del Grupo Vasco; Gamboa, Senador real; Carazo y Xirinacs, del Grupo Mixto; absteniéndose De Irujo, Monreal, Oregui, Uría (Senador real) y Zabala, del Grupo Vasco; Audet, del Grupo Mixto, así como los Senadores reales Díez-Alegría y Salas Larrazábal. Las ausencias fueron las de Rubial, Unzueta y Serrachina, por enfermedad; Fernández-Miranda, Félix Calvo Ortega, González González, Ibarondo, Julián Marías y Manuel Vidarte, que no justificaron su inasistencia.

sólo en lo que supondría la materialización práctica del pensamiento político democrático, e, incluso, el del democratismo radical, interesa detenerse brevemente —y por cuanto que de ello se derivarán algunas consecuencias que no deberían ser nunca olvidadas a la hora de enjuiciar nuestro actual marco jurídico y político, a las luego que me referiré— a precisar el funcionamiento efectivo de esta idea.

Como a nadie se le oculta, la imposibilidad real, de la que incluso era consciente Rousseau (157), de operar el gobierno de los modernos Estados desde los esquemas de la Democracia de la identidad, determinaría que el proceso de toma de decisiones políticas, fundamentales y ordinarias, acabase siendo confiado a los representantes del Pueblo en las Asambleas. No es éste el momento oportuno para detenernos a recordar las fuertes críticas que el democratismo radical dirigió al instituto de la representación política y los límites y controles que, al no tener más remedio que aceptarla como mal menor, pretendían imponerle para evitar la degeneración del sistema en aristocrático (158). Lo que nos interesa es indicar que la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo habría de sufrir una notable conmoción. La confrontación entre la Democracia de la identidad y la Democracia representativa, o, si se prefiere, la tensión entre Rousseau y Montesquieu, alcanza, de esta suerte, su máxima expresión y realidad.

Así las cosas, de lo que se trataría es de encontrar una solución que, de una o otra forma, consiga armonizar tan distintos sistemas. Esto es, surge la necesidad de articular un procedimiento en el que permitiendo la actuación de los representantes en la elaboración y discusión del Código Constitucional, respete, empero, el principio de que corresponde al Pueblo el derecho inalienable de establecer y reformar la Constitución. Sistema que podría enunciarse del siguiente modo: «Precisamente, para evitar que este derecho irrenunciable del pueblo 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, en los inicios del constitucionalismo moderno, la tesis rousseauiana de la necesidad de ratificar por el propio pueblo los textos constitucionales elaborados y discutidos por las Asambleas» (159).

Este modelo, que había encontrado ya una primera manifestación práctica en la Inglaterra de Cromwell con el «*Agreement of the People*» de 1647, que no así en 1653 con el «*Instrument of Government*» (160), sería el que se pondría en marcha, y

(157) Cfr. J. J. ROUSSEAU: «Proyecto de Constitución para Córcega» (1765), en el vol. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, cit., pág. 10.

(158) Además de la obra citada en la nota anterior, cfr. J. J. ROUSSEAU: *Du Contrat Social...*, cit., Libro III, cap. XV, págs. 134 y ss.; «Consideraciones sobre el gobierno...», cit., cap. VII, pág. 83.

(159) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 104.

(160) En relación con estos documentos, cfr., por todos, CH. BORGEAUD: *Établissement...*, cit., págs. 6-11. Interesa indicar que el primero de ellos, el «*Agreement of the People*», en el que se contenía, en sus líneas generales, una estructura de gobierno para Inglaterra, responde de una manera total a la tesis democrática sobre el ejercicio del Poder Constituyente. En efecto, el *Agreement of the People*, presentado

en buena medida como consecuencia del influjo de las ideas políticas del puritanismo calvinista, en la tradición constitucional estadounidense. Fue, en efecto, allí donde al asumir el principio de que la soberanía no puede ser representada, se aceptaría también que «Cualquier proyecto de Constitución elaborado por las Convenciones o Asambleas designadas al efecto, exigiría (...), la ratificación ulterior, bien de las *town-meetings*, bien del pueblo mismo» (161).

En la Europa de los albores del constitucionalismo, por el contrario, este sistema tan sólo sería puesto en marcha con la Constitución francesa de 1793. Lo que no tiene nada de extraño, si se toma en consideración que este Texto fue una obra que, iniciada por los girondinos, culminará el jacobinismo revolucionario radical de izquierdas (162), muy influenciado por el pensamiento de Rousseau. Siendo así, nada de particular tiene que aprobado el Código Fundamental por la Convención el 24 de junio de 1793, el mismo fuera sometido a la voluntad soberana del Pueblo en una consulta llamada plebiscitaria, en la que recibiría la aceptación de 1.801.918 votos afirmativos, frente a 11.610 negativos. Nació, de esta suerte, en el Viejo Continente la figura del «referéndum constitucional», que volvería a aparecer con el triunfo definitivo del principio democrático tras la I Guerra Mundial, en Textos como la Constitución de Weimar de 1919 y la austriaca de 1 de octubre de 1920, y de una manera más general desde el fin de la II Guerra Mundial.

al *Long Parliament* en 1647, era un texto que habiendo sido elaborado por la izquierda del partido puritano y aprobado por el Consejo de funcionarios del ejército y el propio Parlamento inglés, debía ser sometido de manera inmediata a la voluntad de Pueblo. No sucedió, sin embargo, lo mismo con el *Instrument of Government* de 1653. Aunque, es cierto, se encontraba, de algún modo, inspirado por las mismas ideas que el anterior, este documento fue obra de Oliver Cromwell y sus funcionarios, sin que hubiera una intervención directa por parte del Pueblo. Circunstancia ésta última que, en opinión de CH. BORGEAUD (*Établissement...*, cit., págs. 10-11), explica el que su vida fuera muy limitada en el tiempo. En todo caso, es menester indicar que, con independencia de que el primero no llegará a ser nunca efectivo y que el segundo tuviera una vigencia efímera, existe un amplio acuerdo doctrinal en considerar que el *Agreement of the People* y el *Instrument of Government* son, junto con el Pacto del *Mayflower* y los distintos *covenants* que fueron elaborados y aprobados por los habitantes de las colonias británicas en América, los más claros precedentes de las Constituciones modernas. Y ello es así, pese a que los mismos fueran objeto de la mayor de las críticas por parte de Hobbes. En este sentido, debe recordarse que para Hobbes el *Agreement of the People* y el *Instrument of Government* lejos de ser unos textos donde, de uno u otro modo, se reconoce la soberanía popular y que, en consecuencia, aparecerían configurados como la Ley suprema a la que quedan sujetos tanto los gobernados como, y esto es lo importante, los gobernantes, se trataba de unos documentos cuya única y exclusiva finalidad era la de concentrar todo el poder político en Cromwell, quien, de esta suerte, acababa convirtiéndose en un sujeto *legibus solutus*. Su manera de conseguirlo era muy simple: «Su método [escribe Hobbes] era conseguir que el poder supremo le fuera conferido por el Parlamento. Por ello convocó un Parlamento y le dio el poder supremo con la condición de que ellos se lo dieran a él». Vid. TH. HOBBS: *Behemoth o el Parlamento Largo*, 1668, Madrid, 1992, págs. 237-238.

(161) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 31-32.

(162) Cfr. CH. BORGEAUD: *Établissement...*, cit., págs. 248-253; G. ARNOULT: *De la révision...*, cit., págs. 56-69.

A esta buena práctica es a la que se adscribió nuestro último Legislador Constituyente, quien no sólo aceptaría el referéndum constitucional, en sus dos modalidades de facultativo (art. 167 CE) y obligatorio (art. 168 CE), para llevar a cabo la revisión del Código Jurídico-Político Fundamental, sino también para su aprobación definitiva. El referéndum se realizó el 6 de diciembre de 1978. Sus resultados no pueden ser más contundentes (163): con una participación del 67,1 por 100, el voto afirmativo fue del 87,9 por 100 de los votos válidos emitidos. Resultado positivo que también se lograría con el cómputo regionalizado de voto, incluso en aquellas Nacionalidades y Regiones que cuentan, entonces y hoy, con partidos nacionalistas fuertes. En efecto, debe tenerse en cuenta que, aunque a veces pretenda presentarse de otro modo, el Proyecto constitucional, que había recibido, por ejemplo, en Andalucía el voto afirmativo del 91,9 por 100, sería aprobado en Cataluña por el 90,5 por 100, en Galicia por el 88,2 por 100 y, finalmente, en Euzkadi por el 69,1 por 100.

A la vista de estos resultados, fácil es deducir el absurdo de pretender —como muchas veces hace quien quiere actuar como el Laband particular de los partidos nacionalistas conservadores— equiparar la Constitución de 1978, fruto de la voluntad del Pueblo soberano, con el Texto de 1876, que fue un producto típico de la falacia doctrinaria del pacto *Rex-Regnum*, el cual, en tanto en cuanto que, si no *de iure*, sí de hecho, consolidaba al rey como soberano, conducía, como todos los documentos del doctrinarismo liberal, a la construcción de un constitucionalismo ficticio (Kelsen), y que, en consecuencia, se presenta como la mayor farsa de nuestra Historia Constitucional. Todavía resulta un mayor desatino el sostener, como hace también Herrero de Miñón (*El País*, 31-10-1998, pág. 16), que oponer las soluciones contenidas en el vigente Código Jurídico-Político Fundamental a ciertas pretensiones no sea más que resucitar el derecho de guerra de los Espartero, Cánovas y Franco. Dejando a un lado el hecho de que él mismo tuvo una intervención muy destacada en la elaboración de la actual Constitución, y, de ahí, que su afirmación devenga como mínimo extravagante, lo que aparece como algo claro, diáfano y meridiano es que con un tal aserto, el viejo político conservador olvida, o más bien, y en la medida en que es el más conspicuo defensor del principio monárquico, ignora, la más elemental consecuencia del principio democrático: que la voluntad del Pueblo como ente unitario puede, por ser la del soberano, imponerse a la de sus integrantes individualmente considerados.

La observación de los resultados del refrendo constitucional permite, asimismo, mantener lo absurdo de las afirmaciones de los partidos nacionalistas, y de manera singular por parte del PNV, de que en España no se ha ejercido el derecho de autodeterminación. No vamos a detenernos ahora a poner de manifiesto la inconsistencia de su argumentación de que porque ellos no votaron el Proyecto en las Cortes, el actual Texto no es la Constitución de los vascos que, no conviene olvidarlo, forman

(163) Fuente: Junta Electoral Central, recogido por J. M. MARAVALL y J. SANTAMARÍA: «Transición política y consolidación de la Democracia en España», en J. F. TEZANOS; R. COTARELO, A. DE BLAS (eds.) y otros: *La transición democrática española*, cit., pág. 209.

parte del Pueblo español como ente unitario (164). Baste aquí con recordar que al articularse, desde los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, el sistema político como Democracia representativa con mandato libre, lo que sucede es que «ni el representante opera sólo en nombre de los grupos o personas que lo eligen, ni el mandato se circunscribe a lo establecido en los cuadernos de instrucciones, ni existe, por último, la figura de la revocación» (165). Lo que, aplicado a nuestro caso, supone que de igual suerte que los electores de los diversos distritos no se encuentran representados por los Diputados y Senadores elegidos en ellos sino, por el contrario, por la totalidad de ellos en cuanto que representantes de la Nación, ningún parlamentario, o grupo de parlamentarios, puede, aisladamente, atribuirse la representación exclusiva de una o varias circunscripciones concretas.

El absurdo no viene tanto, aunque también, del recordatorio de que ellos no votaron el Código Fundamental, cuanto de la propia esencia del referéndum constitucional por el que aquél fue definitivamente aprobado. Conviene detenerse a recordar el significado y alcance del referéndum constitucional.

Como a nadie se le oculta, la modalidad más frecuente del referéndum constitucional, al celebrarse en el Estado Constitucional ya operante, es la de aprobación de las reformas de la Constitución. En este supuesto, la finalidad de «*l'appel au Peuple*» no es la de convertir la revisión, que es siempre una facultad constitucional y limitada, en un auténtico acto de soberanía. Por el contrario, y como muy bien han puesto de manifiesto, por ejemplo, un Serio Galeoti o un Pedro De Vega (166), ocurre que 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 no es sino reconocer a los ciudadanos el derecho, —por lo demás irrenunciable desde la lógica del democratism radical—, a controlar en todo momento los actos de sus representantes, mediante la ratificación o el rechazo de sus propuestas. De esta suerte, nos encontramos con que lejos de dar entrada en la vida del Estado Constitucional ya operante al Poder Constituyente originario, «De lo que se trata [dirá el Maestro De Vega] (...), es de impedir que del seno del mismo Estado constitucional emerjan falsos y subrepticios poderes soberanos (...). Frente a la fácil e infundada crítica de quienes ven en 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 de pueblo, expresada a través de las Asambleas pueda ser trastocada por éstas y convertida en su única y soberana voluntad» (167).

(164) Para la crítica de esta postura, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ: *Constitución y auto-determinación*, cit., págs. 56 y ss.

(165) P. DE VEGA: «El significado constitucional de la representación política», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, 1985, pág. 27.

(166) Cfr. S. GALBOTTI: *Esigenza e problemi del referéndum*, Milán, 1970, págs. 7 y ss.; P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 113-114.

(167) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 118-119.

Si esto es así, no debe olvidarse que cuando la consulta al Pueblo tiene por finalidad la aprobación no de las modificaciones formales del Código Jurídico-Político Fundamental, sino la aprobación de la propia Constitución y, con ello, la de la organización concreta del Estado Constitucional, el referéndum constitucional tendrá un significado y alcance mucho más amplio. Naturalmente que la intervención del cuerpo electoral tiene, también ahora, 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 el mandato extraordinario que recibieron por parte del Pueblo en los comicios de 15 de junio de 1977 (168) para aprobar, así, un texto que respondiera tan sólo 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, creados y ordenados por la normativa constitucional, entrarán en escena cuando la Constitución haya sido aprobada, sino el Constituyente originario. Es desde esta perspectiva desde donde el mayor alcance del referéndum de aprobación del Proyecto constitucional se hace meridiano. La aprobación refrendataria de la Constitución tiene, como 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 trascendente, 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.

Esto es, en definitiva, lo que sucedió entre nosotros aquel 6 de diciembre de 1978. La voluntad de Pueblo aceptando el Proyecto de Constitución propuesto fue, como hemos visto, clara y contundente. Y lo fue tanto si los resultados de la consulta se computan respecto del Pueblo español globalmente considerado, como si, y también ha quedado apuntado, los resultados se refieren a las Nacionalidades y Regiones que integran la Nación española. Es, justamente, esta circunstancia la que determina que las soluciones que se contienen en el Texto Constitucional puedan imponerse, siempre y en todo momento, a quienes son destinatarios de sus mandatos. Ésta es la consecuencia necesaria del propio Estado Constitucional. Aun a riesgo de resultar reiterativo, no puedo dejar de recordar que fue ya Wise quien lo puso claramente de manifiesto cuando sentenció que: «Todos ellos están obligados por la mayoría a aceptar la forma particular así establecida, aun cuando su propia Opinión privada, les incline hacia algún otro modelo» (169).

(168) En relación con esta problemática, que se deriva de forma directa de la construcción de Sieyès sobre la soberanía nacional y su ejercicio, cfr., por todos, R. CARRÉ DE MALBERG: *Teoría General...*, cit., págs. 1196-1201.

(169) J. WISE: *A Vindication...*, cit., pág. 45.

Para evitar que, en lo que acaso pueda parecer un claro ejemplo de actuación de la concepción totalitaria de la política, concretada por Carl Schmitt en la dialéctica «amigo-enemigo», alguien pueda no sólo hacerme decir lo que no digo, sino también lo que nunca se me hubiera ocurrido pensar, o pretenda atribuirme como obsesiones propias lo que pura y simplemente son decisiones —discutibles o no, pero únicamente suyas— de la Constituyente, me interesa realizar algunas precisiones sobre el significado de la anterior afirmación.

Que el Pueblo español, como titular de la soberanía y del Poder Constituyente, ha ejercido el derecho de autodeterminación es claro a la luz del referéndum de 6 de diciembre de 1978. De nada sirve negarlo. Ahora bien, el reconocer y recordar esta circunstancia no implica, al menos por mi parte, el proceder a la anatematización e imprecación de cualquiera de las opciones ideológicas que hoy existen entre las fuerzas políticas que actúan en el Estado español, y de manera particular a los partidos nacionalistas y sus, como se ha dado en llamar en la actualidad, pretensiones soberanistas. Tampoco se pretende actuar desde la ideología de la Constitución para afirmar que, porque fue la voluntad de Pueblo español en su conjunto la que decidió en última instancia la aprobación del Texto Constitucional, éste ha de perpetuarse en el tiempo, haciendo, con ello, imposible no sólo los supuestos de cambio *de* Constitución, sino también los de cambios *en* la Constitución desde la idea, que de alguna manera hunde sus raíces en el idealismo, de que si la realidad política no coincide con la realidad jurídica, tanto peor para la realidad política.

Al fin y al cabo, cualquier demócrata conoce perfectamente cuál es el valor real de las manifestaciones de voluntad del soberano como conjunto de voluntades particulares de distintos hombres. En este sentido, ocurre que si el resultado del referéndum expresaba de manera inequívoca la voluntad del Pueblo español, debemos reconocer inmediatamente que se trata de la voluntad del Pueblo español en ese momento concreto y determinado: 1978, y que la misma puede cambiar en el futuro. Fue ya Rousseau quien puso de relieve este carácter necesariamente temporal de la voluntad del soberano: «Le souverain peut bien dire: Je veux actuellement ce que veut un tel homme ou du moins ce qu'il dit vouloir; mais il ne peut pas dire: Ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore; puisqu'il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir, et puisqu'il ne dépend d'aucune volonté de consentir à rien de contraire au bien de l'être qui veut» (170).

Es, justamente, el que la voluntad del soberano tiene, siempre, una naturaleza temporal lo que, a la postre, impide negar la legitimidad a las propuestas nacionalistas. La lógica de la Democracia, basada en la relación dialéctica entre mayorías y minorías, ampara en el fondo sus propuestas. La razón es fácilmente comprensible.

Es verdad que, en contra de los nacionalistas, puede alegarse que la voluntad del soberano, aunque se expresa en un momento concreto y determinado, se encuentra, en el marco del Estado Constitucional, siempre en un proceso de reactualización.

(170) J. J. ROUSSEAU; *Du Contrat Social...*, cit., Libro II, cap. 1, págs. 63-64.

Esto es, que el contenido del pacto social, que a nivel normativo se encuentra explicitado en el texto de la Constitución, puede entenderse continuamente ratificado por el propio Pueblo no sólo cuando se producen hechos de una extraordinaria trascendencia política, como podrían ser, en nuestro caso, la aprobación de los Estatutos de Autonomía o los comicios, sino también cada vez que el Texto Constitucional se cumple, ya sea por su aplicación directa por los poderes públicos, ya cuando sus normas son observadas y actualizadas, de manera consciente o inconsciente, por los poderes públicos y por los ciudadanos. Ahora bien, si esto es así, no puede olvidarse que, porque lo que el soberano quiere e incorpora al pacto social, lo quiere hoy, pero puede no quererlo en el futuro, evidente resulta que a la única conclusión a la que cabe llegar desde el pensamiento democrático es a la que el propio Rousseau llegaba: Aunque debiendo observar las mismas formalidades que se siguieron para su puesta en marcha (171), el soberano ha de poder, en todo momento, modificar las condiciones del pacto social e, incluso, derogarlas.

La idea de que el Pueblo, como soberano, lo puede todo, incluso substituir el pacto social por otro, fue rápidamente asumida en los procesos revolucionarios liberal-burgueses. En este sentido, cabe recordar que la idea rousseauiana a la que nos estamos refiriendo encontrará su correlato en América en el pensamiento de, por ejemplo, un Thomas Jefferson (172), quien, en la medida en que entiende que el mundo —y, por lo tanto, el Derecho— pertenece de manera exclusiva a la generación viviente, no dudará en denunciar como absurdo el que la Constitución (la expresión normativa del pacto social) pueda servir de instrumento para hacer prevalecer la voluntad de los muertos sobre la de los vivos; de donde se deduce claramente la nulidad de pleno derecho de cualquier Texto que pretendiera ser no sólo irreformable, sino también, y llegado el caso, insustituible.

También en la Francia revolucionaria se aceptaría la idea de que el Poder Constituyente de hoy no puede obstaculizar la actuación del Poder Constituyente del mañana. Idea que, además, sería consagrada en el más alto nivel normativo. La cuestión es ya clara en el artículo 1 del Título VII de la Constitución de 1791. En efecto, al decir este precepto 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 demostrado sus inconvenientes», lo que los franceses hicieron fue consagrar la distinción entre lo que es un mero cambio *en* la Constitución, que, como operación jurídica aunque sea extraordinaria, habría de producirse siempre en el marco de la propia Constitución y de manera limitada (173), y el de cambio *de* Constitución que, como hecho revolucionario, tendría lugar como un proceso

(171) Cfr. J. J. ROUSSEAU: «Consideraciones sobre el gobierno...», cit., cap. IX, pág. 104.

(172) Cfr. TH. JEFFERSON: «Notas sobre Virginia» (1782), en el vol. *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, 1987, págs. 243-246.

(173) Cfr., a este respecto y por todos, G. ARNOULT: *De la révision...*, cit., págs. 47 y ss.

fáctico y existencial. La misma idea la encontramos en 1793, donde los revolucionarios del momento declararán que «El Poder Constituyente de un día no tiene ningún título para limitar al Poder Constituyente del futuro» (art. 30 Declaración de Derechos del Hombre de 1793) y 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» (art. 2 Constitución francesa de 1793).

Ahora bien, si esto es así, y cualquiera que se mueva desde los parámetros propios de la ideología del constitucionalismo tendrá que reconocer el derecho del Pueblo a revisar el pacto social y, en su caso, cambiar de Constitución, ocurre, no obstante, que este mismo derecho impondrá ciertas limitaciones a la actuación de las fuerzas políticas operantes en el Estado. En efecto, lo que sucede es que, reconocido el derecho a cambiar de Constitución, hasta tanto no se verifique tal hipótesis lo que el pensamiento político democrático exige es el más estricto y escrupuloso cumplimiento de la legítima legalidad vigente. Obligación ésta que, naturalmente, afecta a los gobernados. Pero, y esto es lo importante y lo que se encuentra en relación directa con la actual situación política española, dicha obligación afectará también, y de una manera singular, a los gobernantes. Será, de nuevo, Rousseau quien ponga de manifiesto esta circunstancia, cuando señala que «el interés más urgente del jefe y su deber más indispensable es velar por la observación de las leyes de las que es ministro y sobre las cuales se funda toda su autoridad. Si debe procurar que los otros las observen, con más razón deberá observarlas él mismo pues goza de todos sus favores, ya que su ejemplo tiene tal fuerza que, aun cuando el pueblo quisiese soportar que el jefe le libere del yugo de la ley, éste deberá guardarse de aprovechar una peligrosa prerrogativa» (174).

Innecesario debiera ser, en este contexto, afirmar la imposibilidad de atender las reivindicaciones nacionalistas mientras esté vigente la Constitución de 1978. Resulta, por el contrario, y como vengo sosteniendo desde 1995, evidente que la única posibilidad de incorporar estas demandas es la de abrir un nuevo proceso constituyente (175). En él, de manera absolutamente necesaria, habría que volver a discutir el propio pacto social sobre el que se asienta el actual Texto Constitucional, ya sea para modificar alguna de sus cláusulas, como sucedería en el caso de la incorporación del *ius secessionis*, expresamente rechazado por el Constituyente de 1977-1978, a la fórmula política del nuevo Código Fundamental, ya sea para reconocer la condición de soberano a entes distintos al Pueblo español en su conjunto, lo que inevitablemente implicaría la disolución del propio pacto social.

Que ello sea así, no resulta muy difícil de comprender. Ciertamente es que, porque todo Pueblo tiene el derecho imprescriptible de cambiar de Constitución, nadie discute, ni puede hacerlo, del derecho que asiste a los partidos nacionalistas a perseguir esta finalidad. Ocurre, sin embargo, que lo que no puede hacerse es falsear y destruir

(174) J. J. ROUSSEAU: *Discurso sobre la economía política* (1755), Madrid, 1985, pág. 15.

(175) Cfr. J. RUIPÉREZ: *Constitución y autodeterminación*, cit., págs. 129-152, especialmente pág. 151-152.

el Texto hoy vigente. Lo primero es lo que se pretende hacer cuando, al no reconocer que la mutación es una facultad constitucional y, en consecuencia, limitada, se proponen «interpretaciones generosas» o segundas lecturas o relecturas de la Constitución para hacerla decir lo que en realidad no sólo no dice, sino que, además, rechazó expresamente: derecho de secesión, o para posibilitar algo que es ontológicamente imposible: el reconocimiento de distintos soberanos en el marco de un único Estado Constitucional (176). No estamos aquí ante un supuesto de *Verfassungswandlung*, sino ante una simple transgresión del Código Fundamental (*Verfassungszüberschreitung*). La segunda hipótesis, la del fraude constitucional, se produciría cuando no se reconocen los límites materiales de la revisión para satisfacer así los intereses de algunos partidos a cuyo servicio, aunque sea coyunturalmente, se pone el jurista de turno, y, de este modo, se pretende «la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente» (177).

La diferencia entre ambos modos de actuación es clara. En la primera hipótesis: la apertura de un nuevo proceso constituyente, lo que se propone es substituir un Estado Constitucional por otro, que bien podría estar basado en unos principios iguales al anterior salvo en lo relativo al derecho de secesión, o bien la substitución de un Estado Constitucional por una serie de Estados Constitucionales de dimensiones geográficas más reducidas. Esto último fue lo que sucedió en la extinta Checoslovaquia donde, por la voluntad mayoritaria del Pueblo, se extinguió el pacto social para dar paso a las Repúblicas checa y eslovaca. La consideración que uno y otro caso merecen, ha de ser muy parecida a la que sostenía Hermann Heller (178) en relación con la integración europea. Esto es, nos encontramos ante una alternativa que podrá gustar, o no, desde el punto de vista político, pero que resulta inapelable desde la propia lógica del constitucionalismo. Al ser el soberano el que actúa, éste impondrá su voluntad a todos y cada uno de los ciudadanos, sean cuales sean sus apetencias individuales.

Todo lo contrario sucede con la segunda alternativa. Aquí reside el peligro de la misma. En efecto, esta vía conduce a la substitución de un único Estado Constitucional por otra forma de organización política —única o múltiple— que recordará mucho en sus presupuestos medulares al Estado absoluto. La razón es fácilmente comprensible. Si se admite la falsificación y destrucción de la Constitución como medio para reconocer lo que el *Pouvoir Constituant* manifiestamente excluyó o para convertir las actuales Comunidades Autónomas en Estados soberanos, cada uno de los

(176) Sobre esto, *vid.* J. RUIPÉREZ: «Una cuestión actual en la discusión política española: La Constitución española y las propuestas nacionalistas, o de los límites de la mutación u la reforma constitucional como instrumentos para el cambio político», *Civitas Europa. Revista Jurídica sobre la Evolución de la Nación y del Estado en Europa*, núm. 2, 1999, págs. 142-145.

(177) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 291.

(178) Cfr. H. HELLER: *La soberanía...*, cit., págs. 311-312.

cuales deberá contar con su propia Constitución, lo que sucederá es que no habrá garantía alguna de que ni el Texto vigente ni, en su caso, las nuevas Leyes Fundamentales vayan a respetarse en el futuro, y que no se convertirán, una y otras, en un mero juguete al albur del capricho de los gobernantes. Y es que, en definitiva, el peligro de la actual situación política española no reside tanto en lo que los nacionalistas pretenden —al fin y al cabo en la medida en que España como unidad política tuvo un origen histórico, puede también tener un final histórico—, sino en los modos y las formas que se utilizan para materializar en la política práctica tales pretensiones.

Sea de ello lo que sea, lo que nos interesa destacar es que se aprobaba, así, un Texto Constitucional que nace con vocación de ser una Constitución normativa, y que, aunque no sin alguna dificultad en los primeros años de vigencia (179), habría de surtir plenos efectos jurídicos. Lo que no debería causar ninguna extrañeza. Al fin y al cabo, se trata de un Código Jurídico-Político Fundamental que es obra del Pueblo soberano y que, como expresión de la voluntad del *Pouvoir Constituant*, sólo puede entenderse como *Lex Superior*.

5. LA DIALÉCTICA CAMBIO-ESTABILIDAD EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA

Si la singular naturaleza del autor del Texto es, en principio, suficiente para configurar a la Constitución de 1978 como verdadera Constitución y, en consecuencia, como la Ley Suprema del Estado ante la que, en caso de conflicto, han de ceder todas las demás normas jurídicas (180), ocurre que el último Constituyente español no olvidó establecer un mecanismo en virtud del cual el principio de supremacía constitucional y, con él, el democrático, que le sirve de manera indubitada de base y fundamento último (181), encontrarían su definitiva y total eficacia. Mecanismo que no es otro que el del principio de rigidez constitucional, que si en el plano teórico encontró en la obra de James Bryce su primera y definitiva formulación, debe a los hombres de Filadelfia su primera manifestación normativa en el artículo V de la Constitución norteamericana (182). Es, en efecto, a través del principio de rigidez

(179) Vid. J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, págs. 31-32.

(180) Cfr., por todos, K. STERN: *Derecho del Estado...*, cit., págs. 253-255.

(181) Cfr. P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 20.

(182) En relación a esta aseveración, debemos a CH. BORGEAUD: *Établissement...*, cit., págs. 171-173 y 176 y ss., la advertencia de que si bien es cierto que las Constituciones estatales que las antiguas colonias fueron aprobando con anterioridad a la Constitución federal respondían, de manera clara e inequívoca, a la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo, es lo cierto que tales Textos no contenían, como norma general, ninguna previsión sobre el modo en que podría verificarse su modificación formal. La excepción a esta regla se encuentra en la Constitución de Massachusetts de 1780, la cual preveía, en efecto, un procedimiento especial para, en todo caso después de transcurridos quince años desde su aprobación, llevar a cabo su revisión, procedimiento que se presentaba, en opinión de BORGEAUD (*op. cit.*, págs. 176-177), como un mecanismo ciertamente adecuado para realizar reformas to-

constitucional, por el cual se establece un procedimiento distinto y, de manera usual, más agravado que el previsto para actuar sobre las Leyes ordinarias, como la Constitución se consolida definitivamente en la posición de *Lex Superior* (183). Vedel lo puso claramente de relieve cuando escribió que «Se representa generalmente a la rigidez constitucional como una consecuencia de la supremacía de la Constitución. Desde el punto de vista político, es exacto: es porque se quiere asegurar la supremacía de la Constitución por lo que se le da el carácter rígido. Pero jurídicamente, es tan sólo porque la Constitución es rígida por lo que se puede hablar de su supremacía, puesto que si ella no es rígida, no se distingue desde el punto de vista formal de las Leyes ordinarias» (184).

Que esto sea así, no ha de resultar muy difícil de comprender. En este sentido, importa señalar que, como certeramente comprendieron, entre otros, Esméin y Mortati (185), el establecimiento de un procedimiento específico para llevar a cabo la revisión constitucional, en tanto en cuanto permite la oposición Ley constitucional-Ley ordinaria, no hace sino consagrar de manera definitiva la distinción entre el soberano y los sujetos no soberanos que actúan en el Estado constitucional, al delimitar claramente la esfera de actuación de cada uno de ellos. La regulación legal-constitucional del *amending process* permite, en efecto, que esta separación se mantenga a lo largo de la vida del Estado Constitucional. Y lo hace en la medida en que, merced a aquél, la contraposición Poder Constituyente-poderes constituidos se ve aquí completada con la irrupción de un nuevo sujeto, el poder de reforma, distinto a ambos.

De esta suerte, el esquema político inaugurado en Estados Unidos, como primera manifestación histórica del constitucionalismo rígido, y al que no es ajeno nuestro Código Fundamental, tiene tres puntos de inexorable referencia en cuanto a sus posibilidades normativas:

1.º Estaría, en primer término, el Poder Constituyente. En él reside la soberanía, y, por ello mismo, se presenta como el único sujeto legitimado para, con la aprobación del Texto Constitucional, fijar las bases políticas y las reglas jurídicas por las

tales del Código Fundamental, pero no para la hipótesis, mucho más frecuente, de las reformas parciales. Siendo así, no resulta exagerado afirmar que fue con el Texto Federal cuando 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 s. XIX, siendo la Constitución de Connecticut, elaborada por la Convención de Hartford en 1818, la primera entre las estatales que, en su art. 11, reguló el *amending process*, y de ahí pasaría a las Constituciones de Maine y Alabama, ambas de 1819, y, finalmente, acabaría imponiéndose en todos los Textos de las colectividades-miembros.

(183) Cfr. P. DE VEGA: «Comentario al Título X. De la reforma constitucional», en la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, págs. 379-360; «Supuestos políticos...», cit., pág. 406.

(184) G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, París, pág. 117.

(185) Cfr. A. ESMÉIN y H. NÉZARD: *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, I, cit., págs. 612-613; C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. II, 9.ª ed. reel. y puesta al día, reimpr., Padua, 1985, pág. 1225.

que ha de conducirse la nueva organización político-estatal. Sus principales características serían, por un lado, la de que al tratarse del titular de un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, el Legislador Constituyente se define como *res facti, non iuris*. Por otra parte, es también intrínseco al *Pouvoir Constituant* el que una vez que la Constitución ha sido aprobada y entra en funcionamiento, aquél desaparece de la escena política para entrar en una fase de letargo, de la que tan sólo saldrá cuando se haga necesario darse una nueva Constitución, dando paso, así, a la actuación de los poderes creados y ordenados por él mismo (186).

2.º Nos encontramos, en segundo lugar, con el poder de revisión, que actúa dentro del Estado Constitucional ya constituido, y que se configura como un poder extraordinario toda vez que, observando, naturalmente, las exigencias y requerimientos legal-constitucionalmente previstos al efecto, es el único sujeto facultado para proceder a la modificación formal del Código Fundamental. La naturaleza del Legislador que reforma la Constitución ha sido, y es aún, una cuestión harto debatida en la doctrina. Los extremos de esta polémica van desde aquellos que, siguiendo los planteamientos de Frochot en su discurso, de 3 de septiembre de 1791, ante la Asamblea Constituyente francesa, identifican a éste con el mismo Poder Constituyente que aprobó la Ley Fundamental, el cual de manera voluntaria admite la limitación en cuanto a las formas de expresión de su voluntad que, empero, continúa siendo ilimitada en su contenido material (187), hasta los que consideran que estamos en presencia de un auténtico poder constituido aunque extraordinario en cuanto que ejercita una facultad constituyente (188), pasando por quienes entienden que se trata de un mismo poder —el Poder Constituyente— actuando en dos momentos diferentes y con manifestaciones distintas: en el momento de aprobar el Texto Constitucional aparecería como un poder absoluto, soberano e ilimitado, mientras que cuando se trata de revisarlo aceptaría la limitación formal y material de su voluntad, decidida, eso sí, por él mismo (189).

No podemos detenernos aquí en la exposición pormenorizada de la anterior disputa. Lo que a nosotros interesa ahora es tan sólo el determinar cuál es el alcance de la obra de este poder de reforma. Para ello, sí debemos, no obstante, indicar que

(186) Cfr., en este sentido, C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., págs. 108-109; P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 34-37 y 74-76.

(187) Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho...*, cit., págs. 282-284; J. R. A. VANOSI: *Teoría Constitucional*, I, cit., *passim*, especialmente págs. 188 y ss.

(188) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., pág. 114; N. PÉREZ SERRANO: «El Poder Constituyente», cit., págs. 266-269; P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 235-240.

(189) Cfr. E. CROSA: *Diritto Costituzionale*, Turín, 1937, pág. 441. En el mismo sentido se pronuncian en España, p. ej., J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: «La Constitución y su reforma. Con motivo del libro de PEDRO DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pág. 369; R. CALZADA CONDE: *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional*, tesis doctoral, inédita, Salamanca, 1987, vol. II, págs. 808-809.

debe descartarse la primera de las posturas antes citadas, y ello por cuanto que conduce al más absoluto de los absurdos. Debemos, en este sentido, al Doctor De Vega una observación fundamental: «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» (190).

Aceptado esto, la respuesta a nuestro interrogante es meridiana. Ya se entienda que entre el Poder Constituyente y el poder de reforma existe una nítida y definitiva diferencia, ya se sostenga que se trata del mismo Poder Constituyente actuando en dos momentos distintos, sobre lo que no puede haber duda alguna es que, como señaló Schmitt (191), la revisión de la Constitución es una facultad constitucional y, por ello mismo, se trata de una competencia limitada por la propia Constitución. Lo anterior significa que lo que, a la hora de revisar la Ley Fundamental, no puede en ningún caso hacer el Legislador es excederse en las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas, entre las que no está la de llevar a cabo actos revolucionarios (192). Dicho de otro modo, porque «A través de la reforma se puede legalizar el cambio, pero lo que en ningún caso resulta posible es legalizar la revolución» (193), evidente resulta que el poder de reforma no está facultado ni para elaborar, aprobar y sancionar una nueva Constitución, ni para proceder a los supuestos de, en terminología schmittiana, «destrucción» y «supresión» o «cambio» de la Constitución (194). Tales actuaciones quedan reservadas a la actuación del Poder Constituyente como sujeto *legibus solutus*.

(190) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 229-230.

(191) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., pág. 114.

(192) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., pág. 120; P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 69 y 237-238.

(193) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 239.

(194) Cfr. C. SCHMITT: *Teoría...*, cit., págs. 119-122.

Tal concepción del Legislador que reforma la Constitución es, como ha demostrado Gabriel Arnoult (195), la que se adoptó ya en la Convención de Filadelfia cuando, frente a la idea de que la revisión era, o debía ser, una facultad ilimitada, estableció una serie de materias que no podrían ser objeto de revisión, al menos en condiciones de normalidad. Y de Estados Unidos ha pasado al resto de los ordenamientos constitucionales. El nuestro no es una excepción a este respecto (196).

Nos encontramos, de esta suerte, con que nada impediría que el Pueblo, como poder revolucionario, pudiera decidir darse una nueva Constitución, ya que, como soberano, tiene siempre ese derecho y, además, su actuación no podría verse restringida ni siquiera en la hipótesis de que existan límites materiales absolutos expresos (197). Nada impediría, tampoco, que pudiera verificarse el supuesto de la «reforma total» siempre y cuando la misma se entienda como la posibilidad de alteración de todo el articulado del Texto Constitucional bien que, como indica Mortati (198), debiendo respetar tanto los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, como todos aquellos principios y valores que, establecidos y sancionados por el Constituyente, caracterizan e individualizan la Constitución de que se trate.

3.º Estaría, por último, el Legislador ordinario. Estamos, ahora, ante un poder constituido, que ha sido creado por la Constitución y que, por lo tanto, le debe a la voluntad del Constituyente su existencia misma y todas sus facultades. De la anterior definición, se desprende sin dificultad que se trata de un poder que se encuentra plenamente facultado para la aprobación, modificación y derogación del Derecho ordinario, pero que queda excluido de la actuación en el ámbito de la Ley Constitucional. Se daba, de este modo, cumplimiento a la tesis formulada, en 1758, por Emer de Vattel, según la cual: «La Nación puede confiar el ejercicio [de la potestad legislativa] al príncipe o a una asamblea, o al príncipe y a esta asamblea conjuntamente, los cuales están entonces facultados para hacer Leyes nuevas y abrogar las viejas. Se pregunta si sus poderes se extienden hasta Leyes Fundamentales, si pueden cambiar la Constitución del Estado. Los principios que hemos sentado, nos conducen ciertamente, a decidir que la autoridad de estos Legisladores no llega tan lejos y que las Leyes Fundamentales deben ser sagradas para ellos, si la Nación no les ha dado expresamente el poder para cambiarlas. Puesto que la Constitución ha de ser estable; y porque la Nación la ha establecido en primer lugar y ha confiado a continuación la *potestad legislativa* a ciertas personas, las Leyes Fundamentales están exceptuadas

(195) Cfr. G. ARNOULT: *De la révision...*, cit., págs. 588 y ss.

(196) En relación con esto último, y conteniendo un muy meritorio esfuerzo por determinar el núcleo estable e irreformable de la vigente Constitución española, cfr., por todos, R. CALZADA CONDE: *La reforma...*, cit., vol. II, págs. 828-833.

(197) Cfr. K. STERN: *Derecho del Estado...*, cit., págs. 345 y 356-357; P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 267.

(198) Cfr. C. MORTATI: *Istituzioni...*, cit., t. II, págs. 1241-1242. En el mismo sentido, *vid.*, por todos, M. ANDRINO HERNÁNDEZ: «Sobre las reformas constitucionales», *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de Salamanca*, núms. 10-12, 1956, págs. 240-241.

de su comisión. Al fin y al cabo, es de la Constitución de donde estos legisladores obtienen sus poderes. ¿Cómo podrían cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?» (199).

Es en base a esta doble distinción entre Ley Constitucional, Ley de revisión y Ley ordinaria, por una parte, y entre Poder Constituyente, poder de reforma y Legislador ordinario, por otra, cómo la supremacía de la Constitución adquiere su auténtico significado y verdadera eficacia, y tanto en su dimensión jurídico-política como en la estrictamente jurídica. Con ello, y esto es lo que ahora nos interesa, se salvaguarda la idea de que el Pueblo, como titular de la soberanía, es el único sujeto legitimado para decidir los modos y las formas en que quiere ser gobernado. La razón es fácilmente comprensible.

No puede olvidarse, en primer lugar, que la institución de un procedimiento distinto, usualmente más agravado y difícil, para revisar la Constitución que el establecido para la Legislación ordinaria, en lo que, al fin y a la postre, se traduce es en el reconocimiento de una cierta supremacía jurídica, formal y material, de la primera sobre las Leyes ordinarias (200). Supremacía que se deriva de la circunstancia de que «la técnica de la reforma invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* se verán sustituidas por esta otra: *lex superior derogat legi inferiori*. Lo que significa que la vulneración jurídica de la constitución por un ley posterior, perfectamente admisible en un sistema de constitución flexible, queda definitivamente aniquilada en un sistema de constitución rígida. Las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de Reforma, se presenten como revisiones constitucionales» (201). El Derecho Constitucional se convierte, merced a esta mayor resistencia a la modificación, en el Derecho positivo de máxima rango en el Estado.

En segundo término, debe tomarse en consideración que el principio de rigidez lo que en realidad hace es perpetuar la distinción Poder Constituyente, como soberano, y poderes constituidos, extraordinarios (poder de revisión) u ordinarios, sobre la base de delimitar claramente el ámbito normativo donde cada uno de ellos puede operar. De este modo, se conjura, cuando menos en el plano teórico —aunque pueda ser desmentido por la práctica, como sucedió, ya quedó apuntado, en Europa como consecuencia de la doctrina del propio Sieyès y, todavía más como consecuencia de la doctrina de la soberanía compartida del liberalismo doctrinario—, el mayor peligro que puede tener el Estado Constitucional: la confusión entre Poder Constituyente y poderes constituidos, que, a la postre, conduciría a la edificación de un constitucionalismo ficticio, antesala de etapas de dictadura más o menos encubiertas. En

(199) E. VATTEL: *Le Droit des Gens ou principes de la Loi Naturel appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains* (1758), Tubinga, 1989, Libro I, Cap. III, § 34, pág. 44.

(200) Cfr. J. BARTHÉLEMY y P. DUEZ: *Traité de Droit Constitutionnel*, nueva ed., París, 1933, pág. 187.

(201) P. DE VEGA: «Supuestos políticos...», cit., pág. 406.

efecto, es en virtud del principio de rigidez como se asegura definitivamente que «ni el poder constituyente puede proyectarse más allá de sus funciones, asumiendo competencias propias de los poderes constituidos, ni los poderes constituidos pueden, por su parte, usurpar las atribuciones que únicamente corresponden al poder constituyente» (202).

Pero no es el principio de rigidez constitucional el único mecanismo que nuestro último Constituyente sancionó para asegurar el respeto de los poderes constituidos a su voluntad. Junto a aquél, el Constituyente de 1977-1978 establecería, en el Título IX, la justicia constitucional, que, aunque con posterioridad a la II Guerra Mundial haya conocido un rico y amplio incremento en sus contenidos, sigue siendo, como indicó Kelsen (203), ante todo y sobre todo un mecanismo de control de constitucionalidad de las Leyes, el cual, por lo demás, tan sólo se explica, y adquiere sentido pleno, gracias al principio de rigidez (204). Interesa advertir que la función última de la justicia constitucional no es la de convertir, por sí sola, a la Constitución en *Lex Superior*. Su misión, por el contrario, no es más que la de asegurar la efectividad real del principio de rigidez, garantizando, así, la supremacía que, afirmada inicialmente por la singular naturaleza de su autor, el *Pouvoir Constituant*, la Constitución había adquirido gracias a la rigidez (205).

La razón es fácilmente comprensible. Fue, entre otros, Wheare (206) quien puso de manifiesto que el control de constitucionalidad de las Leyes ha devenido en un instrumento, aunque complementario de la rigidez, básico y fundamental para atender a la problemática de la dinámica y estática constitucionales. Y ello es así por cuanto que, en algunos supuestos, el juez constitucional puede hacer innecesaria la enmienda formal para que se verifique el cambio constitucional en base a su facultad de interpretar la Constitución. Se daría, de esta suerte, lugar al más importante de los fenómenos de mutación constitucional (207). Ahora bien, en la medida en

(202) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 35.

(203) Cfr. H. KELSEN: «La giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato Federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1.º Ottobre 1920», 1923-1924), en el vol. *La Giustizia Costituzionale*, cit., pág. 18.

(204) Cfr. H. KELSEN: *Teoria Generale...*, cit., pág. 268. En el mismo sentido, cfr., también, P. DE VEGA: «Jurisdicción constitucional...», cit., págs. 94 y, sobre todo, 96; P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, pág. 342.

(205) Cfr. P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 40 y ss.; P. CRUZ VILLALÓN: *La formación...*, cit., págs. 25-27.

(206) Cfr. K. C. WHEARE: *Las Constituciones modernas*, Barcelona, 2.ª ed., 1975, pág. 117. Cfr., también, A. LA PÉRGOLA: «La técnica constitucional de la autonomía: aspectos de Derecho Comparado», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (comp.) y otros: *Autonomía y partidos políticos*, Madrid, 1984, pág. 43. J. PÉREZ ROYO: «La reforma de la Constitución», *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, núm. 22, 1986, pág. 13. Especial mención merece Durand, que no duda en atribuir al juez constitucional la cualidad de ser una especie de Poder Constituyente secundario; vid. CH. DURAND: *Les États Fédéraux. Étude de Droit Constitutionnel Positif*, París, 1930, págs. 96-109 y 241.

(207) En relación con ésta, cfr., por todos, G. JELLINEK: *Reforma...*, cit.; H. DAU-LIN: *Mutación de la Constitución* (1932), Oñati, 1998; K. HESSE: «Límites de la mutación constitucional», en el vol. *Escrituras*

que la capacidad de mutar se encuentra, en cuanto que facultad constitucional, limitada por la propia Constitución que se interpreta (208), la función del juez constitucional se transforma en la de evitar que se realicen reformas encubiertas o inconstitucionales de la Constitución, obligando, en su caso, a poner en marcha el procedimiento previsto para la revisión, en el sentido de que «si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan, es entonces cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria (...). Cuando la opción última se presenta en los términos de reforma o falseamiento del texto constitucional, las exigencias de la lógica jurídica en favor de la reforma terminan coincidiendo con los requerimientos de la propia lógica política democrática» (209).

Es en este contexto donde el carácter de instrumento de garantía del principio de rigidez que hemos predicado del control de constitucionalidad adquiere, justamente, su máxima significación y realidad. Al hacer efectiva la rigidez, el control de constitucionalidad puede hacer real su primigenia esencia que, como indica De Vega, se traduce en que la «misión de la justicia constitucional venía de esta suerte concebida como la de un mecanismo encargado simplemente de evitar incoherencias en la vida jurídica del Estado» (210).

Así las cosas, ocurre que, al haber dado entrada al principio de rigidez y, al mismo tiempo, asegurar la efectividad de éste mediante el control de constitucionalidad, nuestro Constituyente de 1977-1978 procede, al modo y manera que se había hecho en el marco general del Estado Constitucional, a la transformación del dogma político de la soberanía popular en el dogma jurídico de la supremacía constitucional. Con ello, se culminaría el proceso de despersonalización del poder político que se encuentra en la base misma del concepto racional-normativo de Constitución, y que permite afirmar a, por ejemplo, Paine, Krabbe y Kelsen (211) que la única soberanía posible en el Estado Constitucional es la de la Constitución y el Derecho. Pero, al mismo tiempo, queda perfectamente asegurada la efectividad real del principio democrático, toda vez que «la soberanía popular mantiene su presencia indirecta en la

tos de Derecho Constitucional (Selección), cit., págs. 85-112; P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., págs. 179-215; P. LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político. IV...*, cit., págs. 158-223; R. CALZADA CONDE: «Poder Constituyente y mutación constitucional: especial referencia a la interpretación judicial», en la obra colectiva *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, 1988, vol. II, págs. 1095-1111.

(208) Cfr. K. HESSE: *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, cit., págs. 21 y ss., 23 y ss. y 30 («Concepto...»); 51-52 («La interpretación constitucional»); y 111-112 («Límites...»).

(209) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 93.

(210) P. DE VEGA: «Comentario al Título IX. Del Tribunal Constitucional», en la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, cit., pág. 346.

(211) Cfr. TH. PAINE: «El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)» (1776), en el vol. *El sentido común y otros escritos*, cit., pág. 42; H. KRABBE: *Lehre der Reichssouveränität*, 1906, pág. 97; H. KELSEN: *Teoría General...*, cit., págs. 141 y ss.

vida del Estado a través, justamente, de la existencia del texto constitucional que es obra suya» (212).

Sea de ello lo que sea, lo que debemos destacar es que la soberanía popular, que se erige en el fundamento del nuevo orden jurídico-político español, queda, de este modo, a salvo toda vez que en caso de divergencia entre la voluntad del Constituyente y la del Legislador ordinario será la primera la que deba prevalecer. Y ello tanto desde el punto de vista lógico-jurídico, como desde la óptica de la correcta práctica política del Estado Constitucional. Hamilton lo puso claramente de manifiesto cuando señaló que «Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios» (213).

Siendo lo anterior importante, no es, sin embargo, lo más significativo de la Constitución de 1978. No fue, en efecto, ésta el primer Texto español que fue aprobado con la intención de que desplegase sus plenos efectos jurídicos y políticos. De manera significativa, y como está generalmente aceptado, esto se había hecho ya con el Código Jurídico-Político Fundamental de nuestra Segunda República. Pero no fue tampoco éste el único supuesto en el que el Texto Fundamental nació en España con vocación de ser una Constitución normativa. Téngase en cuenta, a este respecto, que el principio democrático no sólo fue también afirmado de manera clara y rotunda en Cádiz en 1812, en 1869 y en 1873, sino que en estos tres Textos se pretendía, gracias al principio de rigidez, que aquél fuera un principio efectivo y no meramente retórico. No puede olvidarse, además, que en el caso del Proyecto de Constitución Federal de la I República, el Legislador Constituyente trató de hacer real el principio de supremacía constitucional al garantizar la efectividad del principio de rigidez con un doble sistema de control de constitucionalidad (214): uno político, encargado al Senado (art. 70) y al Presidente de la República (art. 82.2.º), y otro jurisdiccional, para el que se facultaba al Tribunal Supremo Federal (art. 77).

Lo que realmente reviste importancia y resulta trascendente es, a mi juicio, la fortuna que el vigente Código Fundamental ha tenido, y de la que no gozaron los anteriores. En efecto, la Constitución de 1978, pese a todas las equivocidades, indeterminaciones e, incluso, contradicciones que encierra, o precisamente gracias a ellas (215), ha resultado un Texto que, al no despertar grandes entusiasmos y fuertes rechazos, ha podido ser aceptados por los, en expresión de Lassalle, «factores reales

(212) P. DE VEGA: *La reforma constitucional...*, cit., pág. 20.

(213) A. HAMILTON; J. MADISON y J. JAY: *El Federalista*, núm. LXXVIII, 1.ª ed., 3.ª reimpr., México, 1982, pág. 332.

(214) Sobre esta problemática, cfr. S. A. ROURA GÓMEZ: «El control político de constitucionalidad en el Proyecto federal de 1873», *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales. Derecho*, núm. 2, 1995, págs. 151-183; «El control jurisdiccional de constitucionalidad en el Proyecto federal de 1873», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 86, 1996, págs. 457-505; *La defensa...*, cit., págs. 204-258.

(215) Cfr. R. MORODO: *La transición...*, cit., págs. 178 y ss.

de poder» (216). En tales circunstancias, no resultaría exagerado afirmar que el gran mérito de la vigente Constitución ha sido el de ser capaz de crear una auténtica realidad constitucional. En buena medida porque, por fin, se ha hecho real la sentencia del Presidente Azaña de que «España ha dejado de ser católica». Se ha roto, de esta suerte, con la triste y trágica tradición española que, en definitiva, permitía afirmar a, por ejemplo, Pedro De Vega que «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 [1873] y 1931— las fuerzas conservadoras han de caer sobre él abriendo etapas de dictaduras más o menos encubiertas» (217).

(216) Cfr. F. LASSALLE: *¿Qué es una Constitución?* (1862), Barcelona, 1984, pág. 84.

(217) P. DE VEGA: «Constitución y Democracia», cit., pág. 83.