

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SOBERANÍA POPULAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

JOAQUIN VARELA SUANZES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 1,2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. *El artículo 1,2 en el debate constituyente.* 2. *Excursus sobre la soberanía nacional y popular.* 3. *El alcance del artículo 1,2 y su entronque con el derecho comparado e histórico.*—III. EL ARTÍCULO 1,2 EN SUS RELACIONES CON EL ARTÍCULO 9,1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. *La soberanía del Estado como punto de partida.* 2. *Soberanía popular y sujeción del pueblo a la Constitución.* 3. *El pueblo español como sujeto fundador y fundamentador del Estado: la identidad entre voluntad popular y Constitución.* 4. *Representación y elección: los dos conceptos de pueblo en la Constitución española.*—IV. EL ARTÍCULO 1,2 Y EL TÍTULO X DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. *La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía.* 2. *Excursus sobre la teoría de la reforma constitucional.* 3. *El cuerpo electoral como órgano supremo del Estado español.*

«El concepto de soberanía, motor de la construcción del Estado Constitucional y fundamento de la supremacía de la propia Constitución, tiene que ponerse enteramente a un lado cuando se trata de examinar el propio orden constitucional existente, porque la noción de Constitución como norma suprema es incompatible de manera radical con el reconocimiento de una soberanía. Si la Constitución es norma que se impone a cualquier poder, que sujeta a normas toda la creación de derecho, allí donde hay Constitución no puede haber ningún soberano ni ninguna soberanía que no sea la de la Constitución misma, pues la idea de que una norma jurídica reconoce y regula un poder *legibus solutus*, un poder absoluto, es en sí misma contradictoria». Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Ariel, Barcelona, 1987, pág. 38).

1. INTRODUCCION

En este trabajo se va examinar el alcance del artículo 1,2 de la Constitución española de 1978 (CE), en virtud del cual «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Para interpretar

correctamente este precepto —«base de nuestra ordenación jurídico-política», en palabras del Tribunal Constitucional (1)— será necesario tener muy en cuenta el artículo 9,1 de la CE, a tenor del cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Porque, en efecto, si el pueblo es soberano, cabe preguntarse cómo es posible que los individuos que lo componen estén subordinados al ordenamiento constitucional. ¿Significa acaso que el pueblo al que se refiere el artículo 1,2 es un ente distinto del conjunto de los individuos que lo integran? Y en este caso, la fórmula empleada en el artículo 1,2, más allá de expresar, en abstracto, «el principio de legitimidad democrática», como señala el Tribunal Constitucional (2), ¿carece de consecuencias jurídicas concretas sobre la organización de nuestro Estado o, por el contrario, cabe deducir de ella que el cuerpo electoral, esto es, una de las formas en que es posible entender jurídicamente al pueblo, es el órgano supremo del Estado español? Naturalmente, para responder a estos interrogantes será necesario extenderse —aun a riesgo de incurrir en alguna digresión— sobre algunas cuestiones nucleares de la Teoría del Estado y de la Constitución, como la soberanía, el poder constituyente y la reforma constitucional. Cuestiones todas ellas recurrentes en la obra de Ignacio de Otto, como se tendrá ocasión de comprobar en las páginas que siguen. Una páginas escritas con el objeto de colaborar en el Libro-Homenaje que un grupo de amigos y discípulos ha decidido llevar a cabo en recuerdo de Ignacio de Otto, uno de los exponentes más brillantes del Derecho Constitucional —y de la Teoría del Estado, no se olvide— en la España de este siglo, y que ahora ven la luz gracias a la amable acogida de esta Revista, tan directamente vinculada a mi inolvidable maestro.

II. EL ARTICULO 1,2 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

1

De la redacción del artículo 1,2 de la CE pudiera deducirse que el constituyente quiso conciliar el principio de soberanía nacional y el de soberanía popular, cancelando así una vieja polémica en torno al sujeto de imputación de la soberanía, sobre la que luego daremos cuenta (3). Este fue el objetivo

(1) STC 6/1981, de 16 de marzo.

(2) Cfr. *ibidem*.

(3) El artículo 1,2 del Anteproyecto de Constitución señalaba que «los poderes de todos los órganos del Estado emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía». La confusión

principal que se propuso el artículo 3 de la Constitución francesa de 1958, al establecer que «la souveraineté nationale appartient au peuple...» (4). Pero, pese a la similitud de ambos preceptos, la finalidad que se persiguió con ellos fue distinta en Francia y en España. Es cierto que durante el debate constitucional no faltó quien apoyase la redacción del artículo 1,2 por entender que suponía un término medio entre la soberanía nacional y la popular (5). Pero este criterio fue, sin embargo, rechazado por la mayoría de los constituyentes (6).

Al atribuir la «soberanía nacional» al «pueblo español» se pretendió afirmar la existencia de España como única Nación, como «patria común e indivisible de todos los españoles», como proclama el artículo 1,3 de la CE, y a la vez dejar patente que en España sólo el pueblo español es soberano. De este modo, se rechazaba la tesis de la soberanía originaria de las naciones o pueblos supuestamente integrantes del Estado español, que durante el debate constitucional defendieron insistentemente algunos diputados (7). Todo ello con independencia de que el artículo 2.º de la CE reconozca y garantice, a partir de «la indisoluble unidad de la Nación española», y, por tanto, dentro

entre soberanía nacional y soberanía popular no se percibía en esta redacción. Sin embargo, en el informe de la Ponencia al Anteproyecto de Constitución se redactó este precepto de forma sustancialmente igual a la que resultó definitiva, excepto la palabra que a continuación citamos entre paréntesis: «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan (todos) los poderes del Estado».

(4) Cfr. la obra colectiva *Dictionnaire de la Constitution*, Cujas, París, 2.ª edición, 1978, p. 394.

(5) Así se expresó el Sr. Alzaga en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados el 11 de mayo de 1978. Cfr. *La Constitución española (Trabajos parlamentarios)*, t. I., pp. 756-765.

(6) Así ocurrió con los señores Peces-Barba y Solé Tura, representantes de los grupos parlamentarios socialista y comunista, respectivamente, en la Ponencia constitucional, e incluso con el señor Pérez Llorca, ponente constitucional y miembro del mismo grupo que el señor Alzaga, el centrista. El señor Pérez Llorca, en un interesante discurso ante el Pleno del Congreso de los Diputados, celebrado el 4 de julio de 1978, afirmó: «El artículo 1,2 sanciona o reconoce la existencia de una Nación soberana *ad extra*, —España— que *ad intra*, en la soberanía del Estado, el titular en el que reside esa soberanía es todo el pueblo español... Es necesario que en este artículo quede claro que España es una Nación soberana, y que esa Nación soberana decide que la titularidad del poder soberano en el interior lo tiene sólo el pueblo español», *ibidem*, t. II, pp. 1892-3. A juicio de este diputado, lo que esencialmente proclama el artículo 1,2 es que «la soberanía reside en el pueblo... pese al arcaísmo que supone hablar de soberanía nacional...», *ibidem*, p. 1895.

(7) Esta tesis se plasmó en las enmiendas 64 y 590 al artículo 1,2 de la Constitución, en cuya defensa los señores Letamendía y Arzalluz sostuvieron la soberanía originaria de «los pueblos» que, a su juicio, componen el Estado español (no, ciertamente, España), cfr. *ibidem*, t. I., pp. 758-759.

de ella, «el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran». El Estado autonómico que se diseña en el Título VIII de la CE, en virtud precisamente del artículo 2.º, se construye, así, a partir de la soberanía nacional del pueblo español, y no en función de un «pacto constitucional» llevado a cabo por las naciones o pueblos del Estado en virtud de su soberanía originaria. Dicho de otra forma: los artículos 1,2 y 2 de la CE sirven de soporte al Estado autonómico y por lo mismo cierran toda posibilidad de articular a partir de ellos un Estado federal.

Sin embargo, la alternativa entre soberanía nacional y soberanía popular se sigue planteando tras la redacción del artículo 1,2, máxime si se tiene en cuenta que el preámbulo de la Constitución atribuye la soberanía a la Nación y no al pueblo, cuando establece que «la Nación española, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de...». En realidad, aunque el artículo 1,2 y el preámbulo hubiesen omitido cualquier referencia a la Nación y se hubiesen limitado a referirse al pueblo como soberano, la alternativa entre soberanía nacional y soberanía popular se seguiría planteando, pues en ella subyacen graves problemas de interpretación constitucional, que afectan a la médula de la Teoría del Estado y que no se cancelan con la mera imputación de la soberanía a uno o a otro sujeto. Por consiguiente, antes de extenderse sobre el significado y alcance del artículo 1,2 de la CE conviene hacerlo un tanto sobre las diferencias y semejanzas entre los dogmas de soberanía nacional y popular (8).

2

Al recurrir a las nociones de estado de naturaleza y de pacto social, el pensamiento moderno pretendía convertir al Estado en la nueva realidad histórica que objetivamente encarnaba la soberanía, la suprema e ilimitada facultad de creación jurídica. Pero ambas nociones servían también para

(8) Sobre los conceptos de nación y pueblo y sobre las diferencias y semejanzas entre los dogmas de soberanía nacional y popular en la historia constitucional francesa, vid. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, París, 1922, II, t. II, pp. 152-198. De gran interés resulta también el espléndido resumen que hizo Ignacio de Otto de la voz «Nación» en la *Enciclopedia Jurídica Seix*. Sobre estos problemas en la historia constitucional española, particularmente en sus inicios, vid. nuestro libro *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, capítulos cuarto y quinto, dedicados a los conceptos de Nación, en los que el lector podrá encontrar una extensa referencia bibliográfica sobre el problema de la soberanía en general y sobre la soberanía de la colectividad en particular. Baste citar aquí las consideraciones que sobre estos temas hace IGNACIO DE OTTO en sus *Lecciones de Derecho Constitucional*, Guizastur, Oviedo, 1980.

fundamentar esta nueva realidad histórica en un sujeto único y colectivo. El nacimiento del Estado se hacía recaer, en efecto, en la colectividad de los individuos que se reunían y asociaban para fundar un poder común, tras la dispersión en que estaban inmersos en el estado de naturaleza. La soberanía se imputaba, así, a la colectividad humana que supuestamente se presentaba como fundadora del Estado. El sujeto legitimador o fundamentador debía ser el mismo sujeto fundador. Por este motivo, se entremezclaban la teoría objetiva y jurídica de la soberanía, que hacía del Estado el único objeto histórico soberano, y la teoría subjetiva o política de la soberanía, que presentaba a la colectividad como único sujeto histórico soberano.

Este doble enfoque —causa de numerosas antinomias, como se tendrá oportunidad de ver más adelante, y en el que se reflejaban los dos componentes de la teoría del Estado, tanto liberal como democrática: el iusnaturalista y el positivista— obedecía a la necesidad, aparentemente contradictoria, de mantener un poder jurídicamente ilimitado, pero cuyo ámbito de acción se ciñese a respetar y proteger la individualidad, desde la cual y para la cual este poder se había creado. O, dicho con otras palabras, este enfoque bifronte respondía a la necesidad de fundamentar un único e ilimitado poder estatal que se pudiese estructurar internamente de una forma que garantizase la autonomía individual. Para ello, la Teoría del Estado no podía remitirse a unas limitaciones metapositivas y externas (el derecho divino y natural o los límites históricos y teleológicos), que prefijasen y limitasen la acción del poder, pues ello contradiría todos sus supuestos básicos y en particular el carácter convencional —puramente mundano y positivo— del poder, única premisa desde la cual se podían construir las nociones de estado de naturaleza y del moderno pacto social como algo distinto de la vieja noción de la *translatio imperii*. El único expediente al que podía recurrir la Teoría del Estado era al de imputar la soberanía a la colectividad, lo que conllevaba limitar internamente el ejercicio del poder estatal, el Estado-aparato, sin que ello supusiese limitar la soberanía del Estado-ordenamiento (su titularidad). De este modo, el Estado, sin dejar de ser el único monopolizador de la creación jurídica, circunscribía ésta a proteger la libertad de los individuos. Se garantizaba con ello la libertad de los individuos frente al poder del Estado sin destruir la soberanía de éste, premisa necesaria para garantizar la libertad de cada individuo frente a la acción particular de los demás.

El atribuir la soberanía a la colectividad era, pues, una consecuencia lógica con el punto de llegada del pensamiento estatal (controlar el poder sin destruir la soberanía) pero no debe olvidarse que lo era también con su punto de partida: si el nacimiento del nuevo poder se explicaba como resultado de la voluntad colectiva de los individuos, la soberanía del Estado debía recaer

en esta voluntad. Precisamente, el sistema de Hobbes quiebra al atribuir este autor la soberanía a una voluntad particular, al Monarca. Y este hecho explica «que este pensador, a pesar de ser en realidad el fundador de la teoría liberal del Estado, aparezca como un exponente del antiliberalismo» (9), o, para decirlo con otros términos, la imputación de la soberanía a una voluntad particular explica que Hobbes, pese a ser el principal teórico liberal del Estado, no pueda ser considerado un teórico del Estado liberal.

Al hablar de soberanía de la colectividad conviene distinguir cuidadosamente los conceptos de Nación y de Pueblo, en los que se basan dos diferentes concepciones de la soberanía. Ciertamente, uno y otro se conciben como sujetos compuestos exclusivamente de individuos iguales. El componente estamental o territorial (corporativo, en definitiva) que forma parte del concepto premoderno de *populus* o comunidad, se elimina de los modernos conceptos de Pueblo o Nación, como consecuencia de partir la Teoría del Estado de la noción de estado de Naturaleza y, por consiguiente, de la igualdad natural de los individuos, anterior y superior a toda organización estatal. Al referirse a la Nación y al Pueblo, además, la Teoría del Estado aludía a un sujeto unitario, en el que se hacía residir y del que se hacía emanar todo el poder del Estado. La colectividad dispersa de los individuos se transformaba en un sujeto unificado al crearse el supremo poder común. Sin tal unificación de la voluntad nacional o popular, la doctrina de la soberanía sería imposible, lo mismo que la articulación del Estado. Si la soberanía, en efecto, recayese en cada uno de los individuos que componen el Pueblo o la Nación y no en el todo nacional o popular unificado, no podría en realidad recaer en nadie, esto es, al ser todos soberanos no lo sería ninguno de ellos.

Para proceder a esta unificación de la voluntad nacional o popular, la Teoría del Estado recurre a la idea de voluntad general. Ahora bien —y aquí empiezan las diferencias—: esta unificación de la voluntad soberana resulta muy problemática, cuando no imposible, si se parte del dogma de la soberanía popular. Ello es así por cuanto para este dogma el pueblo no sólo se compone de individuos, sino que no es más que la suma o agregado de éstos. El pueblo se identifica con la población realmente existente, con el conjunto de individuos que lo forman. No es un ente ficticio, sino un ser de efectiva presencia y existencia. De ahí la dificultad, y en rigor la imposibilidad, de unificar la voluntad popular. El propio Rousseau, aunque pretendiese mantener la unidad del sujeto soberano a través de la idea de la voluntad general (no necesariamente coincidente con la voluntad de todos), se vio obligado a imputar la

(9) IGNACIO DE OTTO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 257.

soberanía a todos y cada uno de los individuos que componen el pueblo y, por tanto, a dividirla entre todos ellos (10).

Para el dogma de la soberanía nacional, en cambio, la Nación, aunque se componga de individuos, es un sujeto distinto a la mera suma o agregado de éstos. La Nación es un sujeto ideal carente de toda realidad empírica. Se trata de un ente ficticio al que recurre la teoría liberal o liberaldemocrática para estructurar el Estado de acuerdo con la libertad individual. La voluntad de la Nación es unitaria, precisamente por ser una unidad no real, supuesta, independiente y no necesariamente coincidente con las voluntades de los individuos que la componen. La soberanía no reside en todos y en cada uno de los nacionales, sino en el sujeto unitario Nación. La atribución de la soberanía a este sujeto tiene ante todo un efecto negativo: excluir la soberanía de un individuo (el Monarca) o de un grupo de ellos. La soberanía pertenece *pro indiviso* única y exclusivamente a la Nación. No puede dividirse o atomizarse entre las unidades que la componen.

El carácter empírico y por ello atomizable del pueblo no es, a su vez, más que una consecuencia de concebirse como un sujeto previo al Estado. Rousseau, siguiendo a Grozio y a los monarcómacos, dirá que un pueblo es pueblo antes de darse un Rey (esto es, antes del Estado que el Rey encarna). No es el Estado el que crea el pueblo, sino que se pretende —vanamente— que sea el pueblo el que cree, determine y unifique al Estado, sin que el pueblo se someta a él. La unidad y, por ello, la no atomización de la Nación es, en cambio, consecuencia de concebirla como un sujeto posterior al Estado. Es el ordenamiento jurídico del Estado quien crea a la Nación, quien determina y unifica, y no a la inversa. La Nación, como afirmaba Kant, deviene un todo orgánico, una persona, en el Estado y no antes ni fuera de él. Antes del Estado sólo habría población, individuos sumergidos en el estado de Naturaleza, esto es, «multitud informe», para decirlo con palabras de Hegel (11). En el dogma de la soberanía nacional, sin embargo, tal como lo expusieron los revolucionarios franceses, si bien es el Estado quien objetivamente crea la Nación, la soberanía de aquél se imputa a éste con el objeto de fundamentarlo ideológicamente de acuerdo con los intereses y los fines del liberalismo individualista, en pugna —no se olvide— con la Monarquía absoluta, desde la que se consideraba al Monarca un sujeto *legibus solutus*.

(10) Cfr. *Du contrat social*, Libro III, cap. 1.º

(11) Sobre la contraposición entre la soberanía del pueblo y la soberanía del Estado, vid. la capital obra de OTTO VON GIERKE, *Althusius e lo sviluppo storico delli teorie politiche giusnaturalistiche*, Turín, 1943.

En resumen: tanto el principio de soberanía nacional como el de soberanía popular imputan la soberanía a un sujeto preestatal, a partir del cual se intenta articular de un determinado modo el supremo poder común. No obstante, para el dogma de soberanía nacional la voluntad de la Nación no es más que la voluntad del Estado. La Nación, al constituirse, al organizarse jurídicamente, se convierte en Estado, y éste no es más que la personificación jurídica de aquélla. La Nación, que se presenta como el sujeto fundador y fundamentador del Estado, pasa a ser fundada y fundamentada por éste, determinada por su ordenamiento jurídico. Para el dogma de la soberanía popular, en cambio, Pueblo y Estado no son dos caras de la misma moneda, sino dos monedas distintas de curso incompatible y excluyente. Se pretende que el pueblo siga siendo soberano después de la Constitución del Estado.

La conclusión más importante que se desprende de todo cuanto se acaba de decir es que sólo imputando la soberanía a la Nación se podrá articular una doctrina de la soberanía, y, a partir de ella, una Teoría del Estado constitucional. Ciertamente, el dogma de la soberanía nacional conlleva una antinomia irresoluble: la de concebir a la Nación como un sujeto, a la vez previo y posterior al Estado, o, dicho de otra forma, la de hacer de ella un sujeto fundador del Estado que deviene fundado por éste. Tal antinomia no se plantea, desde luego, si se parte del dogma de la soberanía popular. Ahora bien: esta antinomia —como se verá al referirnos a la Constitución española— es posible resolverla, o al menos obviarla, si se reconduce el principio (ideológico y político) de soberanía nacional al principio (jurídico) de soberanía del Estado, mientras que del dogma de soberanía popular se desprende un dualismo irresoluble entre la soberanía del pueblo y la soberanía del Estado (12).

3

Si después de este recorrido por la teoría de la soberanía volvemos a la Constitución española, no queda más remedio que aceptar que su artículo 1,2, pese a imputar la soberanía al pueblo, debe interpretarse desde los esquemas de la soberanía nacional. El pueblo español al que alude este precepto no es, en efecto, más que un sujeto unitario e ideal, puramente ficticio, determinado y unificado por el ordenamiento jurídico del Estado. La soberanía, por tanto, no recae en cada uno de los españoles, sino en todos

(12) Como señala Carré de Malberg, «la doctrina de Rousseau, lejos de fundar el Estado y la soberanía, supone la negación de uno y de otro». Cfr. *op. cit.*, 1, p. 165.

en su conjunto de manera indivisible, lo que ante todo quiere decir que no recae en ningún otro sujeto ni en ningún órgano. La declaración del artículo 1,2 tiene, así, un efecto más negativo que positivo, sobre el que más adelante nos extenderemos, y que el artículo 3 de la Constitución francesa establece expresamente cuando, tras imputar la soberanía nacional al pueblo, añade: «aucune section du peuple ni aucune individu ne peut s'en attribuer l'exercice».

Ciertamente, la imputación de la soberanía al pueblo en lugar de a la Nación no se reduce a un simple cambio semántico. Con ella se ha querido subrayar el carácter democrático, y no meramente liberal, del Estado constitucional español, que el artículo 1,1 de la CE define como «Estado social y democrático de Derecho». Indudablemente, la lógica del principio de soberanía nacional se mantiene, como se irá viendo a lo largo de este artículo, pero la imputación de la soberanía al pueblo comporta también consecuencias jurídicas de gran importancia sobre la estructura del Estado, sobre todo en lo que concierne al alcance de la participación popular y a la extensión del pluralismo. Dos cuestiones cuya regulación se hace en nuestra Constitución de forma muy distinta a como se hacía en las Constituciones liberales, no democráticas, del siglo XIX, en las que la soberanía prefería imputarse a la Nación y no al pueblo. Cuando se examine la organización de la reforma constitucional en nuestro ordenamiento se tendrá ocasión de probar este aserto.

Digamos ahora que la formulación del artículo 1,2 de la CE conecta con lo dispuesto en diversas Constituciones europeas. Además del artículo tercero de la Constitución francesa, al que ya se ha aludido, debe tenerse presente el artículo primero de la Constitución italiana de 1947, en virtud del cual «la sovranità appartiene al popolo, il quale la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione» (13). Por su parte, el artículo tercero de la Constitución portuguesa establece que «a soberania, unha e indivisível, reside no povo, e é exercida nas formas previstas na Constituição» (14). Tanto la Constitución italiana como la portuguesa, pues, vienen a expresar en un mismo artículo lo que la española expresa en los arts. 1,2 y 9,1, sobre cuya relación hablaremos más adelante. Por último, al artículo 20,1 de la Ley Fundamental de

(13) Sobre el problema de la soberanía en el ordenamiento italiano, vid. E. TOSATO, «Sovranità del popolo e sovranità dello Stato», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1965, pp. 3 a 49. GIULIANO AMATO, «La sovranità popolare nell'ordinamento italiano», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1962, pp. 74 a 103. G. FERRARA «Alcune osservazioni sul popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana», *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1965, pp. 269 a 294.

(14) Sobre este precepto, v. Vid. el comentario de J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 3.ª edición, 1983, pp. 104 y ss.

Bonn señala que «todo poder estatal emana del pueblo» («alle Staatsgewalt geht vom Volke aus») (15).

El artículo 1,2 de la CE recuerda, asimismo, al artículo primero de la Constitución española de 1931, que proclamaba que todos los poderes de la República emanaban del pueblo, y contrasta, en cambio, con otras formulaciones de la soberanía habidas en nuestra historia constitucional. Esto es así, desde luego, si la comparación se establece con la formulación conservadora de la «soberanía compartida» del Rey y las Cortes, en la que se basaron las Constituciones españolas de mayor vigencia —las de 1845 y 1876—, pero también si se compara con aquellas que, pese a imputar la soberanía a la Nación, establecieron —con la importante y aun así relativa excepción del texto constitucional de 1869— un sistema representativo y electoral no democrático, basado en el sufragio censitario y en unos cauces participativos muy angostos. Pero la declaración del artículo 1,2 reviste, sobre todo, extraordinaria relevancia como contrapunto al régimen franquista, que, lejos de nacer de la voluntad democrática de los españoles, tuvo su origen en una victoria militar impuesta a una gran parte del pueblo español por los que se sublevaron contra la legalidad democrática de 1931. El ordenamiento jurídico del franquismo, consiguientemente, partía de unos principios opuestos a los que se condensan en los dos primeros apartados del artículo primero de nuestra actual Constitución. En lo que atañe a la soberanía, la legalidad franquista eludió siempre su imputación al Pueblo o a la Nación, en coherencia con la naturaleza antidemocrática y antiliberal del régimen. Si, como ocurre en todo ordenamiento jurídico moderno, la titularidad de la soberanía residía en el Estado, su ejercicio recayó primordialmente, aunque no de forma exclusiva, en el Jefe del Estado, incluso después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967 (LOE). Una ley que, si bien acentuó, en su intento de institucionalizar el régimen, la «coordinación de funciones» entre los diversos órganos estatales, mantuvo incólume el principio de «unidad de poder» en torno al Jefe de Estado y su decisiva participación en todas las funciones constitucionales, incluida la de reformar las Leyes Fundamentales. La Disposición Transitoria 2.^a de la LOE, en efecto, mantuvo de forma expresa, hasta que se cumpliesen «las previsiones sucesorias», la vigencia de las leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939, que atribuían «todos los poderes del Estado», incluso el llamado «poder constituyente», al «Caudillo», declarándole solamente responsable «ante Dios y ante la Historia». De ahí que el artículo 6.^o de la LOE sancionase que el Jefe del Estado

(15) Sobre este precepto, véase el comentario de F. E. SCHNAPP, en *Grundgesetzkommentar*, Herausgegeben von Ingo von Münch, t. 1, Munich, 1975, pp. 625 y ss.

era «el representante supremo de la Nación» y la personificación de la soberanía nacional. El problema de la soberanía en el ordenamiento franquista se planteaba, en definitiva, desde unos esquemas próximos al principio monárquico, aunque en rigor —y trayendo a colación la celeberrima clasificación de Max Weber— si la legitimidad del régimen no era «racional», como sí lo es en los Estados democráticos del Derecho, no puede calificarse tampoco de «tradicional», como en parte lo eran en las Monarquías germánicas del pasado siglo, sino ante todo «carismática», al haberse insertado en la doctrina del caudillaje (16).

III. EL ARTICULO 1,2 EN SUS RELACIONES CON EL 9,1 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

1

Ahora bien: pese al extraordinario y afortunado valor político del artículo 1,2 de la CE, y aunque tal precepto se interprete de acuerdo con los esquemas unitarios del principio de soberanía nacional, desde el plano estrictamente jurídico sigue siendo inexacto e incorrecto afirmar que la soberanía reside en el pueblo español, como inexacto e incorrecto sería también, además de políticamente anacrónico, atribuir esta facultad al Rey o a éste y a las Cortes y en general a cualquier sujeto anterior al Estado, así como a cualquier órgano de éste. Y ello por cuanto el Estado, como personificación del ordenamiento, es el único sujeto al que cabalmente se pueden atribuir las notas básicas y definitorias de la soberanía, tal como fueron delimitadas ya por Bodino y Hobbes. Sólo del ordenamiento jurídico del Estado, en efecto, puede decirse que, en su ámbito territorial y personal, es originario, unitario, ilimitado y perpetuo. Siempre y cuando, claro está, se entiendan estas cualidades desde el punto de vista jurídico y no fáctico. Si, como ya formuló Bodino, la soberanía es ante todo la suprema *potestas normandi* (17), sólo

(16) Sobre el problema de la soberanía en el ordenamiento jurídico franquista, véase F. J. CONDE, *Contribución a la Teoría del Caudillaje*, Madrid, 1942; R. FERNÁNDEZ CARVAJAL, *La Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1969; M. HERRERO DE MIÑÓN, *El Principio Monárquico (Un estudio sobre la soberanía del Rey en las Leyes Fundamentales)*, Madrid, 1972; J. DE ESTEBAN *et alii*, *Desarrollo político y Constitución española*, Barcelona, 1973; LINDE PANIAGUA y M. HERRERO LERA, «Titularidad y ejercicio de la soberanía en la elaboración y reforma de las Leyes Fundamentales», *Revista de la Administración Pública*, núm. 85, enero-abril 1988, pp. 29 a 71.

(17) Cfr. *Les six livres de la République*. Libro I, cap. VIII.

el ordenamiento jurídico del Estado, y no un sujeto previo a él ni un órgano del mismo, es la única instancia que establece quién puede crear derecho y cómo puede hacerlo, imponiéndolo coactivamente a la comunidad a la que ese derecho se dirige, con independencia que esa comunidad pueda participar directa o indirectamente en la creación del orden jurídico, como ocurre en el Estado democrático.

En realidad, al comportar esta forma de Estado la participación del pueblo en la creación jurídica, y en particular en la elaboración y reforma de la Constitución, la soberanía del ordenamiento jurídico es una premisa particularmente aplicable al Estado democrático. Desde luego, no puede olvidarse que a partir de la doctrina de la soberanía del ordenamiento se ha elaborado en el pasado una dogmática constitucional netamente antidemocrática. Desde Hegel a Jellinek, pasando por Stähl y Laband, la soberanía del Estado estuvo, en efecto, políticamente ligada al principio monárquico, desde el cual se consideró al Rey como «portador del poder estatal» («Träger der Staatsgewalt») (18). Pero la tesis de la soberanía del Estado es perfectamente compatible con la defensa del Estado democrático, como lo muestra Hans Kelsen, quien, llevando hasta sus últimas consecuencias dicha tesis jurídica, mantuvo unas firmes convicciones democráticas, incluso muy radicales (19).

En puridad, tampoco los demás dogmas de la soberanía están necesariamente vinculados a la democracia. El principio de soberanía nacional está ligado histórica y políticamente al Estado liberal de Derecho, pero no al Estado democrático. Este principio se formuló inicialmente en Francia y en España, tanto frente a la Monarquía absoluta como frente a la democracia, con el objeto de vertebrar un Estado puramente liberal, en el que el cuerpo electoral —por lo demás muy reducido— se limitaba a elegir, en nombre de la Nación, a los miembros del Parlamento, sin poder participar directamente en las funciones del Estado y, en particular, en la reforma constitucional.

Incluso el dogma de soberanía popular tampoco está libre de ambivalencia política. Ciertamente, la asociación entre Estado democrático y soberanía popular ha sido habitual en la tradición constitucional europea desde que, a mediados del siglo XVIII, Rousseau, en el *Contrato Social*, imputó al pueblo

(18) Sobre el principio monárquico en Alemania, vid. las clásicas obras de E. Kaufman y Otto Hintze, así como el mucho más reciente trabajo de E. W. BÖCKENFÖRDE, «Der deutsche Typ der Konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert», en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Francfort, 1976, pp. 112 a 145.

(19) Como se puso especialmente de manifiesto en su libro *Wesen und Wert der Demokratie*, véase la versión castellana de la editorial Labor, Barcelona, 1977, que contiene un interesante prólogo de Ignacio de Otto. Las tesis de Kelsen sobre la soberanía del Estado en *Allgemeine Staatslehre*, 1925, y *Reine Rechtslehre*, 1934.

las facultades con que Bodino y Hobbes habían revestido al poder soberano, actualizando para ello las formulaciones bajomedievales de Marsilio de Padua y de Nicolás de Cusa y dando un giro a las tesis comunitarias de la Neoescolástica española, particularmente de Suárez y de Mariana. Pero es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el nacimiento de la democracia moderna, tan distinta de la antigua, no se encuentra precisamente en Rousseau, sino en la tradición constitucional británica que va de Locke a John Stuart Mill (20). Una tradición que se ha articulado a partir de la doctrina de la soberanía del Parlamento —de la que más adelante se hablará—, prescindiendo por completo del dogma de soberanía popular e incluso en contra de él.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que la concepción rousseauiana de la soberanía popular, además de poder interpretarse como la pura y simple negación del Estado y de la soberanía y, por tanto, del Estado democrático (que es la exégesis, probablemente, más coherente con los postulados del publicista suizo), ha dado lugar a dos versiones de la democracia radicalmente distintas, cuya contraposición se convierte en uno de los *leit-motifs* de la sugestiva *Teoría del Estado* de Martin Kriele (21). La primera es una versión totalitaria y antiliberal, que se basa en la omnipotencia de la voluntad general y en el sometimiento de las minorías. La voluntad general no se concibe como algo necesariamente coincidente con la voluntad de la mayoría, ni siquiera con la voluntad de todos, con lo cual una minoría (un partido político, por ejemplo) o incluso un solo hombre pueden encarnar la voluntad general si persiguen el bien de la colectividad, mientras que la mayoría puede ser tan sólo una mera suma de voluntades individuales que, de forma egoísta, no buscan más que el bien particular. Esta concepción de la democracia, antiindividualista y, por tanto, totalitaria y negadora del pluralismo, está en la base de la teoría política jacobina y marxista-leninista e inspiró tanto la experiencia constitucional francesa de la Convención como la construcción de la Unión Soviética.

La segunda versión del dogma de soberanía popular, que es la que tuvieron presentes los constituyentes españoles de 1978 y la que rige en los Estados constitucionales de las democracias occidentales, se basa en la identificación kantiana de la voluntad general con la voluntad de la mayoría y en el respeto de las minorías. La soberanía popular se transforma, así, en un dogma clave

(20) En esta tesis ha insistido, de forma muy convincente, C. B. MACPHERSON en su libro *The Life and Times of Liberal Democracy*, cuya edición castellana (Alianza Editorial, 1982) fue comentada por Ignacio de Otto en la *Revista de Occidente* (número 11, junio-julio 1982).

(21) *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980. Véase, especialmente, la tercera parte.

del liberalismo democrático (o de la democracia liberal) a partir del cual el Estado constitucional se legitima en la colectividad de los ciudadanos y se articula con el objeto primordial de garantizar sus derechos fundamentales, en los que se plasma jurídicamente el pluralismo, que se convierte en un requisito imprescindible del Estado democrático (22).

Sólo, pues, esta concepción liberal de la soberanía popular o, lo que viene a ser lo mismo, la concepción democrática de la soberanía nacional, permite fundamentar el Estado democrático de Derecho y en particular el que pone en planta nuestra Constitución. Pero tal fundamentación seguiría siendo puramente política o ideológica y, por ende, no sería satisfactoria para la Ciencia del Derecho Constitucional. La doctrina de la soberanía del Estado, en cambio, es la única políticamente neutral, al no ser más que una doctrina exclusivamente jurídica, con independencia de que se haya utilizado y pueda seguir utilizándose con una determinada finalidad política, democrática o antidemocrática. Por sí misma, la soberanía del Estado no es capaz de fundamentar o legitimar un Estado democrático, pero sólo desde ella es posible hacerlo jurídicamente, al menos sin contradecir los presupuestos del positivismo, en los que se basa la moderna Ciencia del Derecho Público desde su creación en Alemania a mediados del siglo pasado (23). Una de cuyas premisas —la

(22) Esta dual y contrapuesta interpretación del dogma rousseauiano de la soberanía popular se refleja en dos de las más influyentes teorías de la Constitución que se han elaborado en el siglo xx: la de Hermann Heller y la de Carl Schmitt. Ambos critican, con unos términos muchas veces idénticos, la tesis de la soberanía del Estado, sobre todo en su versión kelseniana, tachándola, entre otras cosas, de antidemocrática. Sin embargo, mientras a Heller la defensa de la soberanía popular frente a la soberanía del Estado le lleva a defender una concepción pluralista de la democracia compatible con el «Sozialrechtsstaat» (expresión que él contribuyó de forma decisiva a difundir), a Schmitt le lleva a postular una «democracia» opuesta al Estado democrático de derecho. Las tesis de Heller se encuentran sobre todo en su libro *Die Souveränität*, 1927; las de Schmitt, en *Verfassungslehre*, 1927; *Legalität und Legitimität*, 1932; y *Die Diktatur*, 3.^a edición, 1965.

(23) Como ha escrito Ignacio de Otto: «... si el principio monárquico de la tradición sudoccidental alemana dificultó y retrasó como lo hizo la construcción del concepto jurídico de Estado, sus opuestos políticos, los dogmas de la soberanía nacional y popular, han dificultado igualmente la elaboración teórico-jurídica de la democracia constitucional, del moderno Estado constitucional en una palabra. Y ello porque Soberanía y Constitución —que es tanto como limitación jurídica del poder— son en definitiva conceptos antinómicos que sólo pueden conciliarse con una contradictoria autolimitación de aquélla, a la larga con la renuncia a lo que es su núcleo esencial. Porque, a la postre, el dogma positivo de la soberanía tiene que contener inevitablemente la idea de su carácter preconstitucional, de su anterioridad respecto de todo derecho positivo y, por tanto, entraña una dificultad altísima para edificar el concepto de soberanía, o si se quiere de soberanía de la Constitución, único con el que es posible dar cumplida cuenta del moderno Estado democrático-liberal». Prólogo a *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*, op. cit., pp. xviii-xix.

más radical— es que sólo a partir del Estado tiene sentido hablar de derecho y, por tanto, de soberanía, que es el «alma del Estado», como Hobbes había dicho ya (24). De ahí que el más digno sucesor de Hobbes (y de Kant) en la Ciencia del Derecho de nuestro siglo no tuviese temor en afirmar que «el pueblo no es —contrariamente a como se concibe de manera ingenua— un conglomerado, por decir así, de individuos, sino simplemente un sistema de actos individuales determinados por el ordenamiento jurídico» (25).

La soberanía del Estado se manifiesta, así, como un punto de partida inexcusable para el análisis de la soberanía y de la democracia misma en un Estado constitucional. Este punto de partida, al ser un presupuesto lógico de carácter general, debe aplicarse también al ordenamiento español. No se trata con ello —repárese bien— de interpretar este ordenamiento a partir de una doctrina política de la soberanía elaborada *ex ante*, pues de este modo se incurriría en el error que se pretende evitar. Se trata, bien al contrario, de llevar a cabo esta interpretación desde la Constitución misma (desde su supremacía), tratando de insertar en el sistema que la Constitución conforma la declaración que se contiene en el artículo 1,2. Cosa que se tratará de hacer a continuación.

2

La declaración que contiene el artículo 1,2 de la CE, pese a su carácter político e ideológico, debe interpretarse jurídicamente, desde el momento en que se incluye en una norma jurídica como es la Constitución. Para interpretar jurídicamente este precepto es preciso conectarlo con los demás preceptos constitucionales. Tal afirmación puede parecer una verdad de perogrullo, pero conviene —como tantas perogrulladas— no pasarla por alto, como el propio Tribunal Constitucional ha recordado al afirmar que «la Constitución es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto» (26). Muy en especial al interpretar el artículo 1,2 debe tenerse en cuenta que el artículo 9,1 dispone que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». En este precepto se establece, así, la sujeción de los ciudadanos al ordenamien-

(24) Que la *Souverainity is an Artificial Soul* es una frase que se encuentra ya en la Introducción al *Leviathan*.

(25) La frase es, naturalmente, de Hans Kelsen y la recoge Umberto Cerroni en su estudio *Marx y el Derecho Moderno*, p. 107.

(26) STC 101/1983, de 18 de noviembre. En igual sentido las Sentencias 4/1983, de 4 de febrero, y 67/1984, de 7 de junio.

to jurídico, consagrándose también la supremacía de la Constitución, que en rigor ya viene implícitamente afirmada por la competencia del Tribunal Constitucional para invalidar las normas y actos que contradigan los preceptos constitucionales (27).

Pudiera pensarse que la sujeción de la Constitución de la que habla el artículo 9,1 no es una sujeción jurídica, puesto que la Constitución no es una norma de derecho, sino una declaración programática de carácter político, que no vincula a los ciudadanos ni a los poderes públicos más que cuando se desarrolla a través del legislador. Ciertamente, resulta poco probable que a estas alturas se recurra a esta afirmación, pero aunque ésta fuese cierta —que no lo es en modo alguno, como muy pronto veremos—, no por ello los ciudadanos y los poderes públicos dejarían de estar sujetos al ordenamiento jurídico infraconstitucional y, por tanto, seguiría sin resolverse la contradicción —al menos aparente— entre el artículo 9,1 y el 1,2. Pero es que, además, la vinculación de los ciudadanos a la Constitución de la que habla el artículo 9,1 es una sujeción jurídica, una sujeción, por añadidura, directa, puesto que la Constitución, en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurría en la mayor parte de los ordenamientos de nuestra historia constitucional, se configura como una auténtica norma jurídica inmediatamente aplicable, como no ha dejado de manifestar el Tribunal Constitucional desde sus primeras Sentencias, invocando precisamente el artículo 9,1 de la CE (28).

El valor normativo de la CE y, por tanto, el carácter jurídico de la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a esta norma y al *resto* (palabra clave) del ordenamiento jurídico está fuera de toda duda, lo mismo que la eficacia directa de la Constitución (29), aunque no todos los preceptos cons-

(27) Ello no quiere decir, como insiste Ignacio de Otto, que la Constitución sea norma suprema porque existe una jurisdicción constitucional, sino más bien que esta jurisdicción existe porque la Constitución española es norma suprema. Cfr. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., pp. 24 y 25.

(28) «Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella». STC 16/1982, de 28 de abril.

(29) Sobre la eficacia directa de la Constitución —su importancia, sus competencias y sus riesgos—, véase, dentro de una bibliografía que hoy ya es ciertamente ingente, tres trabajos capitales: F. RUBIO LORENTE, *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs. 532 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, Civitas, Madrid 1981; e IGNACIO DE OTTO, *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, op. cit., págs. 69 y ss.

titucionales tengan el mismo grado de eficacia y, lo que es más relevante para el asunto que ahora se examina, aunque esta sujeción afecte de forma distinta a los ciudadanos y a los poderes públicos, como el propio Tribunal Constitucional ha declarado al sostener que «la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen, además, un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la Norma fundamental» (30).

En definitiva, pues, es indudable que los ciudadanos que componen el pueblo español están sujetos jurídicamente tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico. Tal sujeción es, en principio, difícilmente compatible con la soberanía del pueblo español que proclama el artículo 1,2. Si, en efecto, la soberanía residiese en el pueblo español, los miembros que lo componen (los ciudadanos de los que habla el artículo 9,1) no estarían sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino que sería al revés: el ordenamiento jurídico en su conjunto —incluida, por tanto, la Constitución— estaría sujeto a la voluntad popular. Dicho en pocas palabras: si el artículo 1,2 proclama explícitamente la soberanía del pueblo, el artículo 9,1 proclama implícitamente la soberanía del ordenamiento estatal y, en particular, la de su norma suprema: la Constitución.

(30) STC 6/1981, de 16 de marzo. En igual sentido la STC 122/1983, de 16 de diciembre. Comentando la primera Sentencia, señala Ignacio de Otto que «para los ciudadanos la Constitución no puede operar sino como límite, porque en cuanto tales no están llamados a producir normas, que es la actividad que la Constitución regula, pero los poderes públicos sí están llamados a ello, son los destinatarios directos de las normas constitucionales y, por ello, tienen también (como señala el TC) “un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución”. La sujeción que proclama el artículo 9,1 no es, por tanto, tan sólo una sujeción bilateral, sino que es más amplia —también positiva— en el caso de los poderes públicos». *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 14.

Es, preciso, por tanto, conciliar la residencia popular de la soberanía con la sujeción del pueblo al ordenamiento jurídico, el artículo 1,2 con el 9,1. A este respecto hay que recordar que tal conciliación sólo es posible si se interpreta el artículo 1,2 desde las premisas del dogma de soberanía nacional. Esto es, si el pueblo español al que alude este precepto se concibe como un sujeto ideal, unificado por el ordenamiento jurídico, aunque *a posteriori* lo reputa previo a él. Si se partiese, en cambio, del dogma de soberanía popular, esta conciliación sería imposible. La soberanía, en efecto, recaería *uti singuli* en todos y cada uno de los españoles, lo que impediría explicar por qué, siendo cada uno de ellos soberano, están todos en su conjunto y cada uno de ellos por separado sometidos al ordenamiento. Incluso partiendo del pueblo como un todo, la conciliación del artículo 1,2 y el 9,1 seguiría siendo imposible desde los esquemas de la soberanía popular al concebirse al pueblo español como un sujeto realmente existente, anterior y superior al ordenamiento.

Sólo, pues, desde los postulados del principio de soberanía nacional es posible conciliar ambos preceptos. Desde este punto de vista puede decirse que con el artículo 1,2 se ha querido hacer del pueblo español, tomando en su totalidad, el sujeto fundador y, por consiguiente, fundamentador del Estado, de acuerdo con el carácter democrático de éste, reconocido en el artículo 1,1 de la Constitución. Al decir que el pueblo es el elemento fundador del Estado no se alude a su fundación fáctica o histórica, sino jurídica, esto es, a la entrada en vigor de la Constitución, que es la norma que confiere validez jurídica al nuevo ordenamiento y que deroga las normas preconstitucionales que se le opongan, como establecen el artículo 9,1 y la Disposición Derogatoria de la Constitución, respectivamente. El pueblo español funda el Estado en la medida en que, conforme a las exigencias democráticas, refrendó la Constitución, esto es, la norma jurídica cuya entrada en vigor supuso el acta de nacimiento del nuevo Estado, y el acta de defunción del viejo. El Estado español siguió siendo el mismo, *ad extra*, ante la comunidad internacional, pero *ad intra*, ante la comunidad nacional, la entrada en vigor de la Constitución supuso el nacimiento de un nuevo Estado y —digámoslo así— el fallecimiento del anterior.

Ciertamente, el pueblo español del que hablan los artículos 1,2 y 9,1 no refrendó la Constitución, sino que lo hizo tan sólo la mayoría de los ciudadanos que participaron en el referéndum constitucional. Ahora bien: el ordenamiento jurídico consideró (y sigue considerando) la voluntad de esta mayoría de ciudadanos como si fuese la voluntad de todos los españoles, fundamentando

de este modo la sujeción jurídica de todos ellos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que de ella nace. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al afirmar que «... la Constitución, una vez promulgada, tiene validez y obliga a todos los ciudadanos españoles por haber sido ratificada —entre otros requisitos— por la mayoría del pueblo español, con independencia de cuál fue el voto de esta o aquella persona, de este o aquel grupo de electores, pues de no ser así ninguna norma aprobada por una mayoría con el voto en contra o la abstención de una minoría podría pretender obligatoriedad general, lo que no sólo sería un absurdo, sino también contrario al artículo 9,1 de la Constitución...» (31).

En suma, pues, si conforme al Preámbulo de la CE la ley es «la expresión de la voluntad popular», la Constitución, de acuerdo con los dos primeros apartados del artículo 1 y con el artículo 9,1, se configura como la máxima expresión de esta voluntad. Al someterse a ella y al ordenamiento jurídico que de ella nace, el pueblo español se somete a sí propio. No hay, así, contradicción alguna entre la soberanía del pueblo español y la sujeción jurídica de éste a la Constitución y al resto del ordenamiento, entre el artículo 1,2 y el 9,1. Esta sujeción, además, lejos de contradecir el carácter democrático del Estado español, lo reafirma al suponer el acatamiento de la voluntad de la mayoría. Un acatamiento que, por otro lado, no supone en modo alguno cercenar o yugular la voluntad de la minoría, puesto que la propia Constitución garantiza jurídicamente el pluralismo mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales y permite, como veremos más adelante, modificar la Constitución sin límites materiales previos.

En lo que concierne a la interpretación de la segunda parte del artículo 1,2, según la cual los poderes del Estado emanan del pueblo español, no cabe duda de que se ve notablemente facilitada con todo lo que antecede. Si la Constitución es la máxima expresión de la voluntad popular, los poderes del Estado emanan del pueblo en la medida en que emanan de la Constitución. Al someterse a la Constitución, los poderes del Estado (o más correctamente: los órganos que ejercen tales poderes o funciones) se someten a la voluntad popular que la Constitución encarna.

No cabe duda, pues, que el artículo 1,2 contiene una premisa básica del Estado democrático y que, por ello mismo, se configura como un precepto clave de nuestro ordenamiento jurídico, hasta el punto de que —como recordábamos al principio de este trabajo— el Tribunal Constitucional ha señalado

(31) STC 101/1983, de 18 de noviembre.

que «el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1,2 de la Constitución... es la base de nuestra ordenación jurídico-política» (32).

Cuando se afirma, pues, que «la justicia emana del pueblo...», como hace el artículo 117,1 de la CE, refiriéndose al Poder Judicial y a la función que este poder desempeña, en realidad se está aplicando a los integrantes de este poder del Estado lo que con respecto a los demás órganos y funciones en general establece el artículo 1,2 de la CE (y de forma implícita el 1,1). Todos los órganos y funciones estatales (incluida la función que lleva a cabo el cuerpo electoral) emanan del pueblo, en tanto que todos los órganos del Estado, y es claro que no sólo el Poder Judicial, emanan de la Constitución, que es la norma a la que todos están sujetos y la que señala la competencia de todos ellos.

4

Pero que todos los órganos del Estado emanen del pueblo no significa en modo alguno que todos lo representen. Dejando aquí aparte la representación que en el ámbito regional y local ostentan las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, digamos que en el ámbito de la Nación española la Constitución sólo atribuye a las Cortes Generales el carácter de órgano representativo. Así, en efecto, el artículo 66,1 de la CE señala que «las Cortes representan al pueblo español...». Este carácter representativo tiene su fundamento en que las Cortes Generales son el único órgano directamente elegido por el pueblo, organizado en cuerpo electoral, según disponen los artículos 68 y 69 de la Constitución.

Así lo viene a reconocer el Tribunal Constitucional cuando señala que «el sentido que en nuestra Constitución (art. 1,2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos sólo es legítima cuando puede ser referida, de manera inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que, pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicos, sólo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos

(32) STC 6/1981, de 16 de marzo. En la doctrina se ha sostenido también que el principio de soberanía popular que formula el artículo 1,2 es el elemento central y definitivo de la Constitución. Una tesis en la que vienen a coincidir Elías Díaz, Jordi Solé Tura y E. García de Enterría. Cfr., respectivamente, «El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978», *Sistema*, núm. 41, 1981, p. 50; «La Constitución de 1978 desde el punto de vista comunista», *Documentación Administrativa*, núm. 180, p. 52; «La Constitución como norma jurídica», *op. cit.*, pp. 292-293.

cuya legitimación resulta inmediatamente de los ciudadanos». El Tribunal Constitucional establece, así, una «conexión necesaria e inmediata entre representación y elección popular» (33). Una conexión muy conforme con los dos primeros apartados del artículo primero de la CE y que, en cambio, no sería exigible desde una exégesis puramente liberal del principio de soberanía nacional, desde la cual representación y elección son términos que no se implican necesariamente. La elección es un simple medio de designación, pero no el único. De este modo, puede haber representantes de la Nación que no hayan sido elegidos, como el Monarca hereditario, y, a la inversa, órganos de la Nación que, aun habiendo sido elegidos, no sean considerados sus representantes, como ocurre con algunos funcionarios. Estos últimos, según la doctrina clásica de la soberanía nacional, actúan en nombre de la Nación, pero, a diferencia de sus representantes, no pueden querer por ella (34).

Quizá sea ya el momento de señalar que de la Constitución española es posible extraer dos conceptos distintos de pueblo. En un primer concepto, el pueblo es la totalidad de los españoles. Con este sentido se utiliza este vocablo en los artículos 1,2, 117,1 y, según veremos más adelante, en el 66,1. El pueblo, como totalidad de los españoles unificada por el ordenamiento jurídico, es el sujeto al que se imputa la titularidad de la soberanía y, por tanto, del que emanan todos los poderes del Estado que participan en su ejercicio. Desde este primer punto de vista, el pueblo es también el ámbito de validez personal del ordenamiento jurídico del Estado. A ello se refiere el artículo 9,1 cuando establece la sujeción de «los ciudadanos» a la Constitución y al resto del ordenamiento. Cuando este precepto habla de «ciudadanos» se está refiriendo, en realidad, al pueblo como totalidad de los españoles.

Pero por pueblo es posible entender también el cuerpo electoral, compuesto por «todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos», como establece el artículo 68,5, o bien el conjunto de españoles que estén habilitados por el ordenamiento para participar en el ejercicio de otras funciones del Estado, mediante, por ejemplo, la iniciativa legislativa popular o el Jurado, tal como señalan los artículos 87,3 y 125, respectivamente. Todo ello de acuerdo con el derecho democrático de participación que, con carácter general, establece el artículo 23,1 de la CE, a tenor del cual «los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal».

(33) STC 10/1983, de 21 de febrero.

(34) Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, II, pp. 199 y ss.

En resumen: si desde el primer punto de vista el pueblo es el titular y el destinatario del poder público, desde el segundo es el que de forma directa o indirecta participa en el ejercicio de este poder. De la Constitución española —como de todas en general, por democráticas que éstas sean— se deduce, así, una diferencia entre «los españoles» y «los ciudadanos», entre el pueblo como totalidad de los nacionales y el pueblo como aquella parte que está capacitada por el ordenamiento para ejercer poder público. Ocioso resulta decir que, debido al reconocimiento del sufragio universal en los artículos 23,1 y 68,1 de la CE, la distinción entre «españoles» y «ciudadanos» o, si se prefiere, entre «ciudadanos activos» y «ciudadanos pasivos», tiene en nuestro ordenamiento unas connotaciones muy distintas que las que antaño tuvo. Además, si la participación popular en el ejercicio del poder no se configura, como es obvio, como un «derecho natural», no se reduce tampoco a una mera «función pública», como se desprendía de la exégesis liberal del principio de soberanía nacional, sino que, de acuerdo con el principio democrático establecido en el artículo 1,1, la participación se configura también, y sobre todo, como un derecho fundamental (35). Es, por tanto, el ordenamiento jurídico el que limita la participación del pueblo y el que establece en particular las condiciones en que éste podrá elegir y ser elegido —lo cual supone, una vez más, reconocer objetivamente su soberanía—, pero tales limitaciones ya no podrán establecerse en razón del sexo, raza y condición social, como ocurría en el pasado.

Debe señalarse, por último, que el pueblo al que representan las Cortes Generales, según establece el artículo 66,1 de la CE, no es el cuerpo electoral, sino el conjunto de los españoles. Ciertamente, es aquél quien elige a las dos Cámaras que integran las Cortes: el Congreso de los Diputados y el Senado, pero debe tenerse en cuenta que el cuerpo electoral no actúa en nombre propio, sino en el del pueblo como totalidad de los españoles (al menos en las elecciones generales), al no ser el titular de la soberanía, sino tan sólo un órgano que la ejerce. Las Cortes Generales, pues, no pueden representar más que al pueblo español en su conjunto y no a la parte del pueblo habilitada por el ordenamiento para formar parte del electorado activo. Con ello nuestra Constitución se aproxima, una vez más, al dogma de soberanía nacional, tal como fue entendido por los revolucionarios franceses de 1789, en virtud del

(35) Sobre la participación en el ordenamiento español, véase MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, «El principio de participación en la Constitución española», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 89, 1979, pp. 11 a 20; A. SÁNCHEZ BLANCO, «La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho», en *Revista de la Administración Pública*, número 119, 1989.

cual los representantes de la Nación, al serlo del conjunto de ella, lo son también de aquellos miembros que no participan en la elección (36).

No podemos coincidir, por tanto, con el Tribunal Constitucional cuando, al abordar en su Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, el derecho de participación que consagra el artículo 23,1 de la CE, afirma que, «una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de *todo el cuerpo electoral*» (37). Tal exégesis del concepto de representación en la CE no parece muy conforme con su artículo 66,1, ni tampoco, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, con la prohibición del mandato imperativo que establece el artículo 67,2 (una prohibición, por cierto, sólo concebible desde el dogma de soberanía nacional y no desde la formulación radical de la soberanía popular). El propio Tribunal Constitucional ha señalado en una Sentencia posterior que «los diputados, en cuanto integrantes de las Cortes Generales, representan *al conjunto del pueblo español*, de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución» (38). Si tal se afirma de cada miembro del Congreso, con mayor razón puede afirmarse de las Cortes Generales en su conjunto (39).

IV. EL ARTICULO 1,2 y EL TITULO X DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

1

El análisis del principio de soberanía popular en la Constitución española no puede concluirse sin examinar cuál es la participación del pueblo en la reforma constitucional. Esta no es, desde luego, la única función en la que el pueblo participa, pero sí es jurídicamente la más importante y además la

(36) De ahí que, como observa Carré de Malberg, la teoría de la representación que se desprende del dogma de soberanía nacional, si bien es individualista en su punto de partida, se transforma en orgánica en su punto de llegada. Cfr., *op. cit.*, II, p. 245. Véase también, I. DE OTTO, voz «Nación», *op. cit.*, pp. 69-70.

(37) Tal parece ser también la opinión de I. DE OTTO. Cfr. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, *op. cit.*, p. 139.

(38) STC 101/1983, de 18 de noviembre.

(39) F. Bastida, criticando la STC 101/1983, de 21 de febrero, ha señalado, con acierto, que «una cosa es que en el Estado democrático la representación resulte de la elección de los ciudadanos y otra diferente es que los electores o el cuerpo electoral se conviertan por ello en representados». «Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 1987, p. 203. R. Chueca también critica el concepto de representación sustentado en esta sentencia; cfr. «Sobre la irreductible dificultad de la representación política, *ibidem*, p. 195.

que mayor relación guarda con el problema de la soberanía. Y éste es el único problema que en este sentido interesa considerar y no el de la democracia, cuestión esta última que exigiría analizar la participación del pueblo en todas las funciones del Estado, así como el pluralismo (40). El principio de soberanía popular (y desde luego el principio democrático del que aquél forma parte) supone ante todo, según hemos visto, la legitimación popular del Estado. Ahora bien: esta legitimación no es sólo originaria, sino también derivada. El pueblo español no sólo fundamenta *ab initio* el Estado constitucional, sino que *sigue* haciéndolo en la medida en que la identidad de la Constitución persista más allá de sus posibles reformas, al realizarse éstas de acuerdo con lo que la propia Constitución (y, por tanto, el propio pueblo) dispone. Una identidad que se refuerza al permitir —ya veremos con qué alcance— que sea el pueblo mismo, en este caso el cuerpo electoral, el que refrende la reforma constitucional, del mismo modo que inicialmente refrendó su elaboración.

El concepto de pueblo que ahora interesa manejar no es, por consiguiente, el formado por el conjunto de los españoles, sino por el de los ciudadanos que el ordenamiento habilita para participar en el ejercicio del poder público y en particular en la reforma constitucional. El problema que se va a plantear a partir de ahora no afecta, en definitiva, a la titularidad de la soberanía, sino a su ejercicio.

La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía es de capital importancia. Hunde sus raíces en la diferencia que Bodino estableció entre forma de Estado y forma de gobierno. No obstante, sólo es posible llevarla hasta sus últimas consecuencias si la soberanía se imputa a un sujeto ideal —llámese Nación o Pueblo— carente de existencia empírica. La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía en este caso no es sólo posible, sino necesaria, pues el titular de la soberanía (la Nación o el Pueblo) no puede ejercerla por sí mismo. Pese a ello, Locke y Montesquieu no repararon en esta distinción, a diferencia de lo que ocurrió con Kant, Sieyès y, sobre todo, con los liberales franceses de 1791. Para éstos, en un Estado constitucional lo que se dividía y enajenaba no era la titularidad en la Nación, sino su ejercicio. La titularidad de la soberanía recaía en la Nación (o dicho de forma objetiva y a-ideológica, en el Estado, que no se concebía más que como la personificación jurídica de aquélla), mientras el ejercicio se hallaba repartido

(40) Sobre el Estado democrático en la Constitución española véase, entre los estudios más recientes, el libro de MANUEL ARAGÓN *Constitución y Democracia*, Tecnos, 1989, en el que se abordan —sobre todo en la primera parte— algunas de las cuestiones que aquí se examinan, aunque desde un punto de vista sensiblemente distinto.

entre diversos órganos, que actuaban en nombre del ser nacional. No resulta difícil entender que para Rousseau, y en general para todos los partidarios del principio de soberanía popular radicalmente entendido, la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía fuese inadmisibles, de igual modo que lo eran la doctrina de la división de poderes y la teoría de la representación (41).

La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía es más correcta, a nuestro juicio, que la que se establece entre soberanía *del* Estado y soberanía *en el* Estado, a la que, entre otros, se refiere Hermann Heller (42), puesto que en el Estado, como se ha dicho ya, no hay soberano. Aun suponiendo que el Estado actuase a través de un solo órgano (por ejemplo, el Monarca), tal órgano no sería titular de la soberanía, sino su único ejercitante. La soberanía seguiría residiendo en el Estado como *persona ficta*, como personificación del ordenamiento, en el cual dicho órgano se insertaría necesariamente y merced al cual actuaría conforme a derecho. Hablar de «soberanía del órgano» es siempre jurídicamente inexacto, como el propio Hobbes puso ya de manifiesto. Y en esta inexactitud incurría tanto la doctrina conservadora española de la «soberanía compartida» entre el Rey y las Cortes como la doctrina británica de la soberanía del Parlamento (esto es, del *King in Parliament*) (43). La soberanía, al implicar unidad, originariedad e ilimitabilidad, no puede atribuirse a un órgano del Estado —sea éste cual fuere— por ser siempre, por definición, un poder derivado y limitado. Si de lo que se trata es de determinar cuál es el órgano sobre el que recae primordialmente el ejercicio de la soberanía, parece más correcto hablar de «supremacía» y de «órgano supremo» que de soberanía en el Estado o soberanía del órgano.

Consecuentemente, tampoco parece muy acertado afirmar, como hace Martín Kriele, que «en el Estado constitucional no hay soberano» (44), pues en el Estado, sea cual fuere la forma que éste adopte, nunca hay soberano. Lo que distingue al Estado constitucional (que en la terminología de Kriele no es sino el liberaldemocrático) es que el ejercicio de la soberanía no puede llevarlo a cabo un solo órgano, sino una pluralidad de ellos. Una exigencia que en modo alguno es incompatible con la existencia de un órgano supremo.

(41) Sobre la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, véanse las penetrantes consideraciones de A. PASSERIN D'ENTREVES en *La Noción del Estado*, Centro de Estudios Universitarios, Madrid, 1970, pp. 133 y ss.

(42) Cfr. *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, pp. 269 y ss.

(43) Sobre la soberanía del Parlamento, véase la primera parte de la clásica obra de A. V. DICEY *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, 1.ª edición, 1885.

(44) Cfr. *op. cit.*, p. 149. I. de Otto se acoge a esta premisa en su libro *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, *op. cit.*, pp. 138-139.

Es más: la existencia de un órgano supremo no sólo es posible, sino necesaria, pues jurídicamente resulta inconcebible la absoluta paridad de los órganos del Estado (45).

Cuando la Constitución, y no la ley, es la suprema fuente del Derecho, la reforma constitucional se convierte en la función jurídicamente más relevante de todas y el órgano que la lleva a cabo, de forma exclusiva o preferente, se configura como el órgano supremo del Estado. Para ello, en rigor, no hace falta que la Constitución sea fuente del Derecho, esto es, que tenga eficacia directa, como ocurre con la Constitución española de 1978. Basta que la Constitución sea la norma que regule el sistema de fuentes, y en particular la ley, a partir de la supremacía del texto constitucional, esto es, que, aun siendo indirecta, tenga eficacia jurídica, como ocurría con la Constitución española de 1931. Reformar la Constitución supone en ambos casos reformar la norma que establece el sistema de fuentes del Derecho y la que determina jurídicamente la forma del Estado que se plasma en dicho sistema. Se tratará, pues, a continuación de examinar cuál es la participación del pueblo español en la mudanza de la norma suprema del ordenamiento y si esta participación es tan decisiva que comporte que el pueblo español, organizado en cuerpo electoral, es el órgano supremo del Estado.

2

Antes de responder a estas preguntas quizá no resulte ocioso señalar que la reforma constitucional es una función tan constituida como la legislativa, pues una vez constituido el Estado ya no tiene sentido hablar de órganos y funciones constituyentes. Afirmar que el poder constituyente persiste después de que el Estado se haya dotado de una Constitución, es conforme, en cambio, con la concepción rousseauiana de la soberanía popular, desde la cual — como se ha dicho— se concibe al pueblo no sólo como un sujeto previo a la Constitución, sino también como un sujeto superior a ella. Por ello, Rousseau identifica el poder constituyente con la soberanía y a ambos con el poder legislativo, a resultas de lo cual se torna imposible articular la reforma constitucional como una función distinta de la legislativa y a las leyes constitucionales como unas leyes distintas de las demás (46).

(45) Tal como mostró Carré de Malberg en su polémica con Diguít acerca del sistema parlamentario de gobierno en la III República francesa. Una polémica sobre la que se extiende el capítulo IX del espléndido libro de M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1967.

(46) La idea básica que subyace en los planteamientos de Rousseau es, en realidad, la del pueblo constituyéndose permanentemente, con lo cual el concepto de Constitución (o de leyes

Debido a la influencia de Rousseau, Sieyès, a quien puede considerarse el primer teórico europeo del *pouvoir constituant*, se negó también a aceptar una función de reforma constitucional distinta de la función constituyente, al menos en su célebre opúsculo sobre el Tercer Estado. Sieyès se limitó aquí a distinguir entre una Asamblea Constituyente y una Asamblea Legislativa —cosa que Rousseau no había hecho—, pero no entre estas dos y una Asamblea de revisión. La función de reforma constitucional la subsume Sieyès en la función constituyente y ambas las atribuye a una Asamblea que debía gozar en ambos casos de idénticos poderes (47). La influencia del dogma de soberanía popular explica este planteamiento. Sieyès, en efecto, siguiendo a Rousseau, identificó el poder constituyente con la soberanía y el órgano que lo ejercía con la Nación misma, lo que le condujo a afirmar que el poder constituyente, al igual que la Nación soberana, debía estar por encima de la legalidad positiva (48). La Constitución, pues, no debía constituir a la Nación, sino tan sólo a los órganos constituidos que actuaban en su nombre (49). Consecuentemente, aunque Sieyès establezca una clara diferencia formal (orgánico-procedimental) entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias (o positivas, como él las denomina), no exige que las primeras se reformen de acuerdo con unos requisitos prefijados en el texto constitucional, sino que su mundanza queda a merced del poder constituyente, esto es, de una voluntad fáctica, refractaria a organizarse jurídicamente.

La teoría liberal del poder constituyente que triunfó en 1791 se propuso reconducir las tesis de Sieyès al principio de soberanía nacional, eliminando las influencias rousseauianas presentes en aquéllas. En primer lugar, no identificó el poder constituyente con la soberanía, sino que concibió aquél

fundamentales) es puramente sustantivo. Cfr. *Du Contrat Social*, libro 1.º, cap. VII, y libro 2.º, cap. XII. Esta es la opinión que sostienen G. JELLINEK (*Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, p. 388), CARRÉ DE MALBERG (cfr. *op. cit.*, II, p. 531, n. 19) y GIOLE SOLARI (*La Formazione Storica e Filosofica dello Stato Moderno*, Turín, 1962, pp. 90-91). En contra de esta interpretación, P. BISCARETTI DI RUFIA (*Lo Stato Democratico Moderno*, Milán, 1946, p. 615) y LAFERRIÈRE (*Manuel de Droit Constitutionnel*, 2.ª edición, París, 1947, p. 292). Estos dos autores se basan en una frase aislada que vierte Rousseau en su *Considérations sur le Gouvernement de la Pologne*,

(47) Cfr. el cap. V de *Qu'est-ce que le Tiers État*.

(48) Cfr. *ibidem*, y véase el comentario de ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel*, 7.ª edición, París, t. I, p. 570, y SANTI ROMANO, *Principi di Diritto Costituzionale Generale*, 2.ª edición, Milán, 1946, p. 245.

(49) «No es la Nación la que se constituye —diría en la Asamblea de 1789—, sino su estructura política (établissement politique)... La Constitución de un pueblo no puede ser más que la Constitución de un Estado (Gouvernement)...» *Apud* CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. II, pp. 522-523.

como una facultad de ésta, sin duda la más importante. El órgano que ejercía el poder constituyente no debía actuar, por ende, como si la Nación misma actuase, sino que debía limitarse a ser su representante extraordinario: debía representarla, pero no suplirla o reemplazarla. De este modo, se preservaba intacto el mecanismo básico de la teoría liberal: la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía. Aun cuando el poder constituyente desplegara su actividad, la Nación seguiría conservando la titularidad de la soberanía, que no sólo comprendía la función constituyente, sino también la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Para la teoría liberal, pues, si los órganos constituidos no podían ejercer el poder constituyente (tal como había señalado Sieyès), tampoco el órgano constituyente podía ejercer ninguna de las funciones atribuidas a los órganos constitucionales.

En segundo lugar, al concebir al poder constituyente como una facultad más de la soberanía, la teoría liberal afirmaría —separándose de Sieyès— que el órgano que ejerciese este poder, una vez elaborada la norma constitucional, debería actuar conforme a lo establecido en ésta, sin que tal afirmación supusiese limitar la soberanía de la Nación, esto es, su titularidad. De este modo, el órgano constituyente, al no identificarse con la Nación soberana, se convertía en un órgano constitucional. Se instituía así un órgano especial de revisión, distinto del legislativo ordinario, pero distinto también del órgano constituyente. El poder constituyente debería considerarse en adelante —como nunca había dejado de serlo— un concepto metajurídico por definición: *res factis, non iuris*. La teoría liberal —y no sólo la francesa— abogaría así por una gradual y preestablecida transformación del orden constitucional y condenaría toda repentina palingénesis. A esta solución se acogería finalmente la Constitución francesa de 1891 (50) y, en realidad, los posteriores textos constitucionales europeos, basados en el principio de la soberanía nacional, los cuales, al introducir un órgano de reforma constitucional, venían a reconocer que, una vez constituido el Estado, esto es, una vez en vigor la norma constitucional, el problema del *pouvoir constituant* desaparece, transformándose en un mero problema de competencias orgánicas, esto es, en indagar a qué órgano corresponde ejercer —y con qué procedimiento— la máxima cuota del ejercicio de la soberanía: reformar la Constitución.

(50) «L'Assemblée Nationale constituante —preceptuaba el art. primero del título VII de la Constitución de 1791— déclare que la Nation à le droit imprescriptible de changer sa Constitution et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de Revision en la forme suivante...».

Al distinguir no sólo entre una Asamblea Constituyente y una Asamblea Legislativa, sino también entre estas dos y una Asamblea de revisión, la teoría liberal de 1791 establecía una nítida distinción puramente formal entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, articulándose así la técnica jurídica de la rigidez constitucional, inseparablemente unida al principio de soberanía nacional, pero no —según se ha visto— al principio de soberanía popular (51).

El constitucionalismo democrático del siglo XX, pese a imputar la soberanía al pueblo, sigue manteniendo alguna de las más importantes consecuencias que se desprendían del constitucionalismo liberal del siglo XIX inspirado en el dogma de soberanía nacional. No obstante, la imputación de la soberanía al pueblo viene acompañada de alguna relevante diferencia a la hora de articular la reforma constitucional. En el constitucionalismo liberal el ejercicio de la reforma constitucional recaía exclusivamente en el Parlamento. En un Parlamento elegido *ex professo* por el cuerpo electoral para llevar a cabo tan relevante misión. El Monarca no sancionaba las leyes de reforma constitucional, que no actuaba en nombre del pueblo, sino de la Nación.

En el constitucionalismo democrático, en cambio, el ejercicio de la reforma constitucional recae en la Asamblea de revisión y en el pueblo, e incluso es éste, al menos en el esquema democrático más puro, el que decide sobre ella. El pueblo, en efecto (en este caso un conjunto de ciudadanos), tiene facultad para iniciar la reforma constitucional, pero sobre todo debe ser el cuerpo electoral el que refrende o rechace la reforma constitucional aprobada por la Asamblea de revisión. Fue Condorcet quien ideó el referéndum constitucional con el objeto de cohonestar la democracia directa con la representativa, a Rousseau con Montesquieu, completando en un sentido más democrático la teoría de Sieyès sobre el poder constituyente, que, fiel en este extremo al principio de soberanía nacional, no contemplaba la posibilidad del referéndum (52).

(51) Tal vez convenga señalar que el mismo Sieyès aceptó y desarrolló con brillantez la metamorfosis doctrinal que los liberales de 1791 llevaron a cabo en su doctrina del poder constituyente. Sieyès sostuvo que la revisión constitucional debía ser impulsada por un «Collège des Conservateurs», e incluso planteó la conveniencia de un control de constitucionalidad de las leyes que llevaría a cabo un «Jury Constitutionnaire». Sobre la doctrina de Sieyès sobre el poder constituyente y su evolución, véase, además —y sobre todo— de las obras citadas, el exhaustivo estudio de PAUL BASTID *Sieyès et sa Pensée*, Librairie Hachette, París 1970, pp. 390-400, 429-446 y 587-597. Son asimismo, de extraordinario interés las sutiles consideraciones de CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, II, pp. 521-544.

(52) Sobre el problema de la soberanía en sus relaciones con el poder constituyente y la reforma constitucional, véanse las reflexiones de I. DE OTTOEN *¿Qué son la Constitución y proceso constituyente?*, La Gaya Ciencia, Barcelona, 1978. Este librito, si bien tuvo una finalidad divul-

En este punto, como en tantos otros, la Constitución española de 1978 mixtura el constitucionalismo liberal, basado en el principio de soberanía nacional, con el constitucionalismo democrático. Respecto de nuestro pasado, sin duda supone un indudable avance, pero se queda sólo a medio camino en relación al esquema democrático puro que acabamos de perfilar. Veámoslo.

En primer lugar, se excluye la iniciativa popular en materia de reforma constitucional, reservándose tal iniciativa al Gobierno de la Nación, al Congreso de los Diputados, al Senado y a la Asamblea Legislativa de las Comunidades Autónomas (arts. 166 y 87 de la CE).

En un segundo lugar, sólo se establece una nítida distinción entre Cortes ordinarias y Cortes de revisión en el caso de una reforma total de la Constitución o de una parcial que afecte al Título Preliminar, al Título I, Capítulo segundo, sección primera, y al Título II. En estos supuestos, en efecto, el artículo 168 prescribe que una vez aprobada la reforma constitucional por las Cortes, mediante una mayoría de dos tercios, unas nuevas Cortes, con la misma mayoría de votos, deberán ratificar la reforma constitucional. En los demás supuestos de reforma, que son los que contempla el artículo 167, las mismas Cortes ordinarias, aunque con mayorías cualificadas, podrán decidir sobre la revisión constitucional. En estos supuestos, pues, la diferencia entre la reforma constitucional y la legislativa no es orgánica, sino puramente procedimental. Debe señalarse, además, que tanto en los supuestos de reforma que contempla el artículo 167 como en los que contempla el 168 las Cortes que deliberan acerca de la reforma constitucional, o que la refrendan, continúan ejerciendo las funciones que les encomienda el artículo 66,2 de la CE, lo que es más coherente con el principio de soberanía popular que con el de soberanía nacional. No parece muy coherente, en cambio, ni con uno ni con otro, que sean dos Cámaras (el Congreso de los Diputados y el Senado) las que se ocupen de la reforma constitucional, que fue también lo que ocurrió en la elaboración del texto de 1978.

En tercer lugar, la Constitución española no sólo ha sido la única en nuestra historia que fue refrendada por el cuerpo electoral, sino también la

gadora, contenía agudas consideraciones sobre estos problemas. En la literatura española posterior a la Constitución de 1978 destacan el libro de PEDRO DE VEGA, *La Reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, y el artículo de J. PÉREZ ROYO «La Reforma Constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 22, 1986, pp. 7 a 66. Sobre el problema del referéndum constitucional en la historia europea y española, véase el libro de L. AGUIAR DE LUQUE, *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, Madrid, 1977.

primera en contemplar la posibilidad, en algún caso, o la necesidad, en otros, de que el cuerpo electoral refrende su reforma (53). En nuestro ordenamiento, el referéndum constitucional, aun siendo siempre jurídicamente vinculante, sólo es preceptivo en los supuestos de reforma que contempla el artículo 168. En los demás es meramente facultativo: se celebrará cuando así lo solicite una décima parte de los miembros del Congreso de los Diputados o del Senado, dentro de los quince días siguientes a la aprobación de la reforma.

En cuarto lugar, los artículos 62 a y 91 de la CE establecen que el Rey sancionará «las leyes aprobadas por las Cortes Generales», además de promulgarlas y ordenar su publicación. En nuestro ordenamiento, la sanción regia es un acto debido, por tanto, de naturaleza automática y no discrecional, como se desprende del mismo tenor literal de los dos preceptos que se acaban de citar y del artículo 66,2, que atribuyen a los Cortes Generales —y sólo a ellas— «la potestad legislativa del Estado». Por consiguiente, el Rey no puede hacer uso del derecho de veto que el constitucionalismo español, basado en el principio de soberanía nacional, le otorgaba en el ejercicio de la función legislativa e incluso en el ejercicio de la reforma constitucional en el caso del constitucionalismo conservador, basado en el principio de la «soberanía compartida» entre el Rey y las Cortes (un veto que conforme a este principio era además «absoluto» y no meramente «supensivo»). El veto del Rey no sólo sería contrario a lo que disponen los artículos 62,1, 66,2 y 91, sino también, y aun primordialmente, a lo que establece el artículo 1.º, tanto en sus dos primeros apartados, que tantas veces se han citado aquí, como en el tercero, que establece el carácter «parlamentario» de la Monarquía española.

En quinto y último lugar, el Tribunal Constitucional puede controlar la constitucionalidad de la reforma de la Constitución. Tal control parece sólo posible cuando la revisión constitucional se impugne a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161,1 de la CE. Es cierto que ni este precepto ni los artículos 27, 31 y 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, recogen expresamente este supuesto. No obstante, en el vocablo «leyes» que emplean estos preceptos de la LOTC es necesario incluir también las leyes de reforma constitucional. El control de la reforma debe recaer sobre los posibles vicios de inconstitucionalidad formal en que ésta incurra, esto es, en la violación de los requisitos orgánicos y procedimentales que se establecen en el Título X de la Constitución y también en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado,

(53) El único texto constitucional en nuestra historia que introdujo el instituto del referéndum fue el de 1931 en sus artículos 62 y 125, pero tales preceptos excluían expresamente el referéndum cuando se trataba de la reforma constitucional.

que actuarían de parámetro reflejo de constitucionalidad (54). Estos requisitos orgánico-procedimentales suponen unos límites formales a la reforma constitucional expresamente establecidos por la Constitución que todos los órganos que intervengan en el ejercicio de esta función deben respetar, a tenor del principio general establecido en el artículo 9,1 y, en realidad, conforme al Estado democrático de Derecho establecido en el artículo 1,1.

Difícil resulta admitir, en cambio, que el Tribunal Constitucional pueda controlar el contenido de la reforma constitucional, puesto que la CE —de acuerdo con nuestro constitucionalismo histórico, basado en los dogmas de la soberanía nacional y popular— no contiene ninguna cláusula de intangibilidad. En principio, pues, cualquier contenido de la reforma constitucional es jurídicamente posible y el Tribunal Constitucional, so pena de arrogarse unas competencias que no le corresponden, no podrá declarar inconstitucional la reforma alegando unos vicios materiales expresos, ni tampoco «implícitos» o «inmanentes». Respecto de esta última clase de límites es preciso recordar que para reconocerlos es necesario aceptar la existencia de una constitución material, ya se llame «sustancial» en la terminología institucionalista (Mortati), «positiva» (Schmitt) o «histórica», «tradicional» e «interna», en la construcción doctrinaria española sustentada desde Jovellanos hasta Cánovas del Castillo. La doctrina de los límites «inmanentes», en definitiva, supone el reconocimiento de una Constitución no normativa, formada por un núcleo en principios, valores e instituciones —variables según la ideología política de cada autor— y que tiene su «reflejo» normativo en el texto constitucional o Constitución «formal», pero al que se otorga una naturaleza pre- y supra-constitucional. Tal doctrina no sólo es contraria a una concepción positivista del Derecho Constitucional, sino también (o incluso precisamente por eso) al principio democrático y al dogma de soberanía popular. En nuestro ordenamiento, la teoría de los límites implícitos o inmanentes a la reforma constitucional carece de la más mínima apoyatura constitucional y, en realidad, contradiría tanto el artículo 1,1 como el 1,2 de la CE. Sólo desde el punto de vista lógico-jurídico — como hace de forma tácita J. Jiménez Campo (55)

(54) Sobre el control de la reforma constitucional por el Tribunal Constitucional, véanse las consideraciones de R. PUNSET en «El control jurisdiccional de la actividad de las Asambleas Parlamentarias y del Estatuto de sus miembros en el Derecho español», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 5, Madrid, 1985, pp. 43-50.

(55) En el sugestivo artículo «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución» (*Revista de Derecho Político*, núm. 7, Madrid, 1980), Javier Jiménez Campo sostiene, en efecto, que el artículo 10,1 de la CE supone un límite de contenido a la reforma constitucional, no «expreso», pero sí «textual». Este autor, no obstante, parece concebir este límite desde un punto de vista lógico-jurídico, pero no jurídico-positivo, toda vez que excluye la posibilidad de

y expresamente I. de Otto (56)—, es posible hablar de unos límites implícitos a la reforma constitucional, como unos límites, pues, no previos al ordenamiento, sino insertos en él, aunque no de forma explícita, y cuya reforma supone la ruptura lógica del nexo entre la reforma constitucional y la constitución reformada, pero que no cuestiona en modo alguno la validez jurídico-positiva de aquélla.

En suma, pues, en el ejercicio de la reforma constitucional participan o, eventualmente pueden participar, diversos órganos: las Cortes y el Rey, siempre; el Gobierno de la Nación, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el cuerpo electoral nacional y el Tribunal Constitucional en algunos supuestos. Son, no obstante, las Cortes y el cuerpo electoral los órganos del Estado en los que recae el peso de esta función, pues son ellos los que deciden sobre el contenido de esta reforma, aunque siempre dentro de los límites formales que la propia Constitución establece. Ciertamente, el cuerpo electoral sólo tiene capacidad decisoria en algunos supuestos, aceptando o rechazando lo que las Cortes han aprobado. Pero tales supuestos —conviene no olvidarlo— afectan a la parte más relevante del ordenamiento constitucional, al recaer sobre la forma de Estado que se consagra en los llamados principios constitucionales, recogidos en el Título Preliminar, y sobre los derechos fundamentales más vinculados al pluralismo, que constituyen, como acertadamente se ha señalado, el núcleo de la Constitución (57) y, por tanto,

que el Tribunal Constitucional controle la constitucionalidad de la reforma constitucional «en todos aquellos casos en los que, controvertiéndose la legitimidad de una “ley” de revisión, el problema se suscitase en torno a posibles vicios materiales o la revisión hubiese sido ratificada en referéndum», p. 102. Supuesto este último (el de la ratificación en referéndum) que no parece jurídicamente suficiente (aunque políticamente lo sea) para excluir el control del TC cuando la ley de reforma constitucional incurra en vicios formales de inconstitucionalidad.

(56) A juicio de este autor «no sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma» y, en particular, los derechos fundamentales que consagran una premisa básica de la democracia: el pluralismo. Si la democracia está esencialmente vinculada al pluralismo, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, esto es, que tal supresión no podría llamarse decisión democrática... Desde (el Derecho constitucional vigente) es preciso concluir que, establecida la democracia base del orden constitucional, la Constitución impone implícitamente la prohibición de suprimir la democracia misma, lo que significa que si tal cosa ocurriera la nueva Constitución resultante no tendría el fundamento de su validez en la actual, sino en la eficacia, exactamente igual que ocurre cuando se crea una Constitución nueva tras un proceso constituyente con explícita ruptura con el orden anterior». *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, op. cit.*, pp. 64-65; véase también del mismo autor la obra ya citada *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, pp. 29-36. Tanto las tesis de I. de Otto como, incluso, las de J. Jiménez Campo, se encuentran, pues, muy lejos de la doctrina de los límites «implícitos» o «inmanentes» de la reforma constitucional.

(57) Cfr. F. RUBIO LORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», *op. cit.*, p. 60.

de la democracia misma. Conviene tener bien presente, asimismo, que es el cuerpo electoral el órgano que elige siempre a las Cortes y, por tanto, el que condiciona la decisión que éstas adopten respecto de la reforma constitucional, tanto en los supuestos a que se refiere el artículo 168 como a los que se refiere el artículo 167.

Por consiguiente, si se considera que el órgano supremo del Estado es aquel que ejerce de forma exclusiva o preferente la reforma constitucional, puede concluirse que en nuestro ordenamiento el órgano supremo del Estado es el cuerpo electoral. Ello es perfectamente coherente con los artículos 1,1 y 1,2 de la CE, como lo es asimismo el relevante papel que en la reforma constitucional se atribuye a las Cortes, esto es, a un órgano que no sólo emana del pueblo al emanar de la Constitución, sino que es el único órgano que, en el ámbito nacional, lo representa.

Pese a todo, la coherencia con los dos primeros apartados del artículo 1.º hubiera sido mucho mayor si se hubiese permitido al pueblo (en este caso al conjunto de ciudadanos que determina el artículo 87,3, que prefiere hablar de «firmas acreditadas») compartir la iniciativa de reforma constitucional con los demás órganos del Estado que este precepto menciona y, sobre todo, si se considerase preceptivo el referéndum en todos los supuestos de la reforma constitucional. Esto segundo hubiese dado también más coherencia al Título X de la CE, pues algunos artículos básicos para el orden constitucional se encuentran fuera del Título Preliminar y del Título I, como los que regulan la justicia constitucional, mientras que algunos preceptos constitucionales a los que se refiere el artículo 168 no forman parte, en rigor, de las bases del sistema constitucional, como ocurre con algunos preceptos, si no todos, del Título II. Dicho en pocas palabras: es absurdo que el Tribunal Constitucional pueda suprimirse sin que el cuerpo electoral se pronuncie sobre esta supresión (a menos que, considerándose pieza esencial del Estado democrático de Derecho, la supresión del Tribunal Constitucional se entienda que afecta esencialmente al artículo 1,1 de la CE), mientras que esté obligado a pronunciarse cuando se trata de la reforma del artículo 62,J, en virtud del cual «corresponde al Rey... el Alto Patronazgo de las Reales Academias».