

LA CONSTITUCION Y SU REFORMA

JOSE JUAN GONZALEZ ENCINAR

Con motivo del libro de PEDRO DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

I

Entre los ilustrados de este país abunda la opinión de que habiendo sido en origen nuestro texto constitucional un costoso fruto del consenso entre fuerzas políticas con ideologías e intereses contrapuestos el mero hecho de aludir a su reforma es una prueba de ignorancia de aquel difícil equilibrio, o una muestra de irresponsabilidad política, o una maniobra de los enemigos de la Constitución. Cierto que el título X, sobre la reforma, está ahí, pero más vale *non meneallo*, es lo que viene a decir esa opinión dominante.

No faltan desde luego razones para explicar —que no para justificar— actitud tan anacrónica ante la Constitución y su reforma. La historia de nuestro constitucionalismo enseña, por ejemplo, que la Constitución de vida más larga, la de 1876, ni siquiera había previsto la posibilidad de su revisión, y ello, al decir de uno de los hombres de Estado que había desempeñado un papel más importante en su elaboración, «por olvido» (1). Pero

(1) ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho Político*, t. II, Madrid, 1924, p. 124 (La doctrina, sin embargo, como explica POSADA, admitía que dicha Constitución podría ser reformada «por decisión de las Cortes y con la sanción de la Corona». De hecho, en 1923, poco antes de instaurarse la Dictadura de Primo de Rivera, el Rey, en el

¿estamos en el siglo XIX?; ¿es la Constitución de 1978, como la de 1876, una Constitución doctrinaria?; ¿era posible ahora una Constitución democrática en la que la llamada «voluntad popular» se hubiese expresado de otro modo que como un difícil fruto del consenso?

A medio e incluso a corto plazo, la alternativa a la reforma de la Constitución no es, como parecen creer algunos intérpretes de la de 1978, la inmutabilidad. La Constitución es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, pero la vida no pasa sin dejar su rastro en la Constitución (2). Cuando en la realidad sociopolítica normada por aquélla se producen transformaciones de una cierta entidad, si la Constitución no cambia en su letra (reforma), cambia en su sentido (interpretación y aplicación) y si no cambia ni en su letra ni en su sentido cambia en su fuerza normativa. La posibilidad de la reforma es, por eso, en potencia, defensa de la Constitución, y el miedo a la reforma es, por tanto, un riesgo para la fuerza normativa de la Constitución. El miedo a la reforma no es ni más ni menos que el equivalente, en el Derecho Constitucional, a la táctica del avestruz.

Se podría decir, sin embargo, que lamentablemente en la España de los

mensaje leído en la apertura de las Cortes, declaraba su propósito de presentar «la anunciada reforma» de una serie de artículos). El miedo a la reforma de la Constitución parece reflejar ahora aquella preocupación que hace más de siglo y medio expresaba nuestro RAMÓN DE SALAS: «Porque acostumbrándose a manosearla (permítaseme esta expresión, que aunque algo ignoble me parece muy expresiva) se la pierde el respeto, y, después de alterar los artículos reglamentarios, se tocará a los fundamentales, porque, estando los unos al lado de los otros, no hay límites claros y bien señalados que los separen» (RAMÓN DE SALAS, *Lecciones de Derecho Constitucional (1821)*, Madrid, 1982, p. 317). Pensaba SALAS, y parecen pensar algunos de nuestros políticos y estudiosos, que en el reformar y en el tocar todo es empezar.

(2) HERMANN HELLER (*Teoría del Estado*, México, 1971, p. 268) hablaba de «una forma abierta a través de la cual pasa la vida», para destacar el carácter dinámico de la Constitución y del Estado, del objeto del Derecho Constitucional, pero resaltando acertadamente que, a la vez, sólo cabe hablar de una Constitución si se la afirma, y con un carácter relativamente estático, frente a la dinámica de los procesos de integración: «La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso, sino producto». MANUEL GARCÍA-Pelayo (*Derecho Constitucional Comparado*, 6.ª ed., Madrid, 1961, pp. 134-135) explica que «la vida no pasa sin dejar su impronta en la configuración de esa forma», la Constitución, porque ésta «no es solamente supuesto del hacer político, esquema bajo el cual ha de desarrollarse, sino también instrumento del mismo». Los preceptos de la Constitución tienen —dice GARCÍA-Pelayo— una intención determinada, «mas dichos preceptos pueden ser utilizados con intención distinta cuando varían las relaciones de poderes o cuando se plantean nuevas finalidades a la acción política...».

últimos años, la reforma ha inspirado temor por partida doble: en el terreno político y en el plano científico. En el primero, baste con citar aquí los dos ejemplos ya mencionados por PÉREZ ROYO: la modificación de la ley sobre las diversas modalidades de referéndum, de constitucionalidad más que dudosa, y la LOAPA. «En estos dos casos se daba ciertamente la particularidad de que jurídicamente se podía haber planteado la reforma, puesto que existían las mayorías requeridas para ello. El problema era de tipo político y no jurídico» (3). Y cabe entonces preguntarse: «(...) si ni siquiera cuando existe una abrumadora mayoría parlamentaria ha podido plantearse el tema de la reforma, ¿qué ocurrirá en circunstancias normales?» (4).

Tampoco en el plano científico el «tema» de la reforma ha gozado hasta ahora de demasiadas simpatías. El escaso número de los trabajos que se le han dedicado (5) contrasta abiertamente con la abundante bibliografía que existe ya sobre otros temas de la Constitución. Se ha dicho —y es cierto— que «en éste, como en ningún otro instituto jurídico, se implican,

(3) JAVIER PÉREZ ROYO, «Algunas reflexiones sobre el título X de la Constitución», en *Revista de Política Comparada*, núms. 10-11, 1984, p. 448. Este trabajo, además de resaltar adecuadamente el papel del «control» para corregir los posibles efectos negativos del parlamentarismo, oponiendo aquél al espejismo de la democracia directa (pp. 433 y ss.), llama la atención, con buen sentido de la oportunidad, sobre el verdadero problema fundamental que plantea el título X: no la inexistencia de límites a la reforma, sino «la dificultad de que se introduzcan las reformas razonables»: «Esto, que evidentemente abre un campo muy importante a la interpretación constitucional y a la «garantía ordinaria» de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, puede tener, sin embargo, el inconveniente de dejar un margen tal vez excesivamente amplio a la discrecionalidad del Tribunal Constitucional, que puede verse obligado a entrar en cuestiones de tipo político, sustraídas al legislador ordinario, reservadas al legislador que reforma la Constitución, y en las que, sin embargo, ante la imposibilidad de que actúe este último, por el motivo que sea, interviene el primero» (p. 448). Y el problema se agrava, naturalmente, si a las dificultades reales para reformar la Constitución se añade un infundado «miedo a la reforma».

(4) JAVIER PÉREZ ROYO, *op. cit.*, loc. cit.

(5) De los trabajos publicados de 1978 a esta parte hay que destacar, además de los de PEDRO DE VEGA, a que luego nos referiremos, el ya mencionado de PÉREZ ROYO y el de JAVIER JIMÉNEZ CAMPO que se cita en la nota siguiente. Debe verse además: CARLOS DE CABO MARTÍN, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Salamanca, 1978; e IGNACIO DE OTTO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Oviedo, 1980, pp. 109 y 133, y del mismo autor, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, 1985 (cap. I, «La defensa de la Constitución», pp. 9 a 58).

junto con la dimensión que podríamos llamar 'estrictamente' normativa, los planos filosófico-ideológicos y sociológicos que sitúan necesariamente al derecho en su enclave histórico-social concreto» (6), y se ha constatado «la frecuencia con que las categorías jurídicas (soberanía, poder constituyente, límites a la revisión) aparecen fatalmente entrecruzadas, como señalara en su momento JELLINEK, de referencias metaempíricas en base a las que el jurista se confunde con el legislador y ambos con cualquier variable independiente, secularizada o no, de la que se pretende extraer una normatividad al margen y por encima de las voluntades históricas que aparecen vinculadas a un texto constitucional» (7). El lógico temor del jurista a que «la implicación no controlada de consideraciones filosóficas y políticas con las jurídicas pueda llevar a una distorsión del propio objeto de análisis y a una total invalidación de los resultados de éste» (8) explicaría, entonces, la reserva del estudioso del Derecho Público frente al tema. Esa sería, en buena medida, la razón fundamental por la que ha habido que esperar siete años (9) para que aparezca la primera monografía, el primer tratamiento completo sobre el tema de la reforma.

II

El libro de PEDRO DE VEGA que suscita este comentario es un libro que va mucho más lejos de lo que el título en principio pudiera hacer pensar a

(6) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, número 7, 1980, p. 82.

(7) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, loc. cit.

(8) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, loc. cit. Tiene razón JIMÉNEZ CAMPO al prevenir en este trabajo contra los riesgos, inadmisibles, de aquellas «concepciones (las teorías de los límites implícitos del poder de reforma) que, nacidas para defender la Constitución en base a una 'superlegalidad' que la desborda, podrían igualmente relativizar aquélla cuando, sin más, se argumentase la transformación de los factores de hecho que la sustentan» (p. 94). El problema, sin embargo, sólo adquiere, a mi juicio, la debida claridad si el tema de los «límites de la reforma» se plantea, como veremos más adelante, «después» del tema de los «límites de la Constitución». El artículo 10.1 de la Constitución española es, indudablemente, como opina JIMÉNEZ CAMPO, un límite del actual poder de reforma, pero en contra de los principios que dicho artículo recoge, tampoco hubiera podido decir nada el poder constituyente de 1978.

(9) Con el mismo tiempo, la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, había sido reformada siete veces.

quienes, antes de leer el contenido, crean que la reforma de la Constitución es un tema o un problema «anclado» en el título X o resuelto por los artículos 166 a 169.

El libro, acertadamente, no se limita al análisis de las normas contenidas en el título X, sino que intenta, además, o al mismo tiempo, contribuir a la elaboración de una auténtica «teoría de la reforma». «Cuando el Derecho Constitucional se edifica sobre la realidad histórica del Estado constitucional —dice DE VEGA—, comienza a resultar impensable una teoría de la Constitución que eluda una teoría de la reforma» (10).

Pero la obra nace con una pretensión más ambiciosa y que es en sí enteramente correcta: «Del mismo modo que no se concibe una teoría de la Constitución que no tome como centro de referencia las cuestiones básicas que la reforma suscita, tampoco se concebiría una teoría adecuada de la reforma en la que no se plantease el significado jurídico y político del propio concepto de la Constitución. Hasta cierto punto, y sin hipérbole alguna, se podría sostener que la teoría de la Constitución y la teoría de la reforma son expresiones equivalentes, en tanto en cuanto los contenidos esenciales de una y otra son también inexorablemente coincidentes» (11). La obra se plantea, de ese modo, como teoría de la reforma-teoría de la Constitución.

Si a esto se añade que no es «una teoría de la Constitución sin Estado, válida para cualquier clase de organización política» (12) lo que pretende DE VEGA, sino —y de nuevo correctamente— una teoría capaz de dar sentido a la afirmación «el poder proviene del pueblo», es decir, una teoría del Estado constitucional (13), se entenderá que el libro en realidad se plantea como teoría del Estado constitucional democrático-teoría de la Constitución de ese Estado-teoría de la reforma de esa Constitución.

Ese planteamiento del libro merece ya de por sí una primera reflexión. DE VEGA se enfrenta con un panorama doctrinal, el de nuestro país, en el que no existe una teoría de la reforma, pero en el que tampoco existe una teoría de la Constitución. En la medida en que la teoría de la Constitución para ser útil al Derecho Constitucional tiene que ser una teoría de la Cons-

(10) PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, p. 24.

(11) P. DE VEGA, *op. cit.*, loc. cit.

(12) P. DE VEGA, *op. cit.*, pp. 23-24.

(13) P. DE VEGA, *op. cit.*, loc. cit.

titución actual, individual y concreta (14), no resulta exagerado afirmar que nosotros carecemos de una teoría de la Constitución de 1978. Sin negar las aportaciones esenciales que en estos años se han llevado a cabo, lo cierto es que no tenemos ni siquiera un concepto de Constitución que goce de aceptación mayoritaria (15).

Así las cosas, la primera pregunta que suscita esta obra es: ¿Por qué el autor, en el desarrollo de esa su contribución, progresiva y sin duda espléndida, al análisis de nuestro ordenamiento constitucional (16), ha optado por publicar antes el libro sobre la reforma que el anunciado libro sobre «la

(14) KONRAD HESSE, «Concepto y cualidad de la Constitución», en *Escritos de Derecho Constitucional* (traducción de PEDRO CRUZ VILLALÓN), Madrid, 1983, p. 4.

(15) Las aproximaciones a esa teoría con razón más frecuentemente citadas, la de FRANCISCO RUBIO LLORENTE («La Constitución como fuente del Derecho», en DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, pp. 53 y ss.) y la de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA («La Constitución como norma jurídica», ahora en el libro del mismo autor *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982), no pretenden ser más que eso: una aproximación. La de GARCÍA DE ENTERRÍA no ha estado exenta de crítica (véase ALEJANDRO NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, 1983, pp. 371 y ss.), porque el problema no estriba en que la Constitución sea una «norma», sino en la «peculiaridad» de la norma constitucional. Por su parte, la de RUBIO LLORENTE se limita al análisis de las «normas materiales» de la Constitución, y no entra, por consiguiente, en el tema de aquellas otras normas que tienen por objeto la organización del poder y la disciplina de las fuentes del Derecho, «el simple (*sic*) condicionamiento formal de todo el ordenamiento» (p. 64). La aproximación de IGNACIO DE OTTO (*Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit.), debido a sus planteamientos metodológicos, no goza hoy en la doctrina española más que de una aceptación minoritaria, a pesar de su evidente rigor. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional va sirviendo evidentemente para aclarar y unificar criterios, pero no es su función elaborar una teoría (véase JOSÉ JUAN GONZÁLEZ ENCINAR, «El Tribunal Constitucional y la teoría», en el libro del mismo autor *El Estado unitario-federal*, Madrid, 1985, pp. 37 y ss.) y, por ese motivo —como afirma un autor tan autorizado como ERNST BENDA, hasta hace poco presidente del Tribunal Constitucional alemán («Föderalismus in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht», en AUTORES VARIOS, *Probleme des Föderalismus*, Tubinga, 1985, p. 71)—, «es siempre peligroso intentar deducir una teoría de un análisis jurisprudencial».

(16) Además de los numerosos trabajos del autor anteriores a 1978 y de este libro sobre la reforma, hay que destacar: *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución* (1979) y *Supuestos políticos y criterios jurídicos de la defensa de la Constitución* (1984). El autor ha anunciado ya, además, dos nuevos libros: *La Constitución y sus fundamentos* y *El Tribunal Constitucional*.

Constitución y sus fundamentos»? La ciencia —como decía Kelsen— no nos enseña sólo la respuesta a algunas preguntas, sino también qué preguntas podemos razonablemente formularle, y en buena lógica científica parece, en principio, que pudiera carecer de sentido preguntarse por la reforma de la Constitución sin haber contestado antes a la pregunta ¿qué puede hacer y qué tiene que hacer una Constitución? (17).

La apariencia no siempre coincide, sin embargo, con la realidad, y, en este caso, en nuestro contexto, la opción de PEDRO DE VEGA es probablemente meritoria y acertada. Pocas cosas necesitábamos con mayor urgencia que el que alguien se encargase de explicar cuanto de verdad hay en aquella conocida afirmación de BURGESS de que una Constitución se compone de tres partes, la primera y más importante de las cuales es la organización del Estado de forma que pueda llevar a cabo los futuros cambios en la Constitución (18). La «paz jurídica» es el primer objetivo de la Constitución, sin el cual ninguno de los objetivos restantes sería posible, y la garantía fundamental de la paz jurídica, de que el Estado pueda desarrollar pacíficamente su existencia, reside en la posibilidad de la reforma de la Constitución. Posiblemente, sólo presentado el tema tal y como PEDRO DE VEGA lo hace en este libro podía conseguirse compensar de manera adecuada «la ilusión de los juristas» y «el miedo a la reforma» que hasta ahora nos dominan. Sólo de este modo podía quedar claro que la teoría de la Constitución no es un *prius* de la teoría de la reforma, sino que es ésta la que, en cierto modo, viene a ser un *prius* de los restantes aspectos de la teoría de la Constitución.

El planteamiento de la obra es, pues, una opción meritoria, y que puede ser correcta, pero es también una opción arriesgada. En la medida en que son hasta ahora muy pocas las cuestiones que pueden darse por supuestas, y en la medida en que son hasta ahora mínimos los puntos del consenso doctrinal, el autor se obliga a un difícil equilibrio para que el hilo del discurso no se pierda entre el buen número de las cuestiones a las que la obra se considera en la obligación de dar una respuesta. En este sentido, en su forma de desarrollo, este libro guarda una cierta semejanza con libros como, por ejemplo, el *Liberalismo doctrinario*, de DÍEZ DEL CORRAL: «Con-

(17) DIETER GRIMM, «Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 97, 1972 p. 489.

(18) J. W. BURGESS, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, volumen I, p. 137. Citado por HORST EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung* (1952), ahora en el libro del mismo autor, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein/Ts, 1981, p. 132.

síguese que se concrete un perfil, pero inmediatamente del ángulo recién asentado del edificio surge el arranque de un arco, cuya línea es preciso proseguir y completar, para lo cual resulta obligado con frecuencia desplazarse y recomenzar la labor en otro terreno» (19).

Por lo demás, y antes de hacer algunos comentarios sobre el contenido concreto, parece necesario alertar al lector sobre el estilo en que está escrita la obra. DE VEGA nos había hecho pensar ya, con sus publicaciones anteriores, y con este libro lo confirma, que él es, junto con ORTEGA, uno de los mayores responsables de que en este país las ciencias sociales se sigan confundiendo con la literatura. Aunque desde la tranquilidad que otorga el compromiso radical de nuestro autor con los principios del constitucionalismo democrático, aquella precaución que a JAVIER CONDE le parecía necesaria ante los escritos de CARL SCHMITT es igualmente necesaria ante la obra de PEDRO DE VEGA. Uno y otro autor seducen por la brillantez del razonamiento y la fuerza de la exposición. Uno y otro pertenecen a ese reducido grupo de autores que con aparente despreocupación por el estilo —la verdadera elegancia, como diría BYRON— apresan, sin embargo, al lector en la primera página y ya no le permiten que huya. Al lector sólo le dejan decidir si lo que le seduce, al mismo tiempo, le conviene o le convence: nada fácil.

La obra se compone de cuatro capítulos que el autor titula respectivamente: «Significado, fundamentos y funciones de la reforma constitucional», «El procedimiento de la reforma constitucional», «Las modificaciones no formales de la Constitución» y «Límites y controles de la reforma constitucional». Los cuatro grandes temas, que sólo parcialmente coinciden con los mencionados capítulos, son: poder constituyente u origen de la Constitución, reforma, «mutación constitucional» y límites de la reforma. Entre estos cuatro temas, necesariamente separados en el libro a efectos analíticos, existe, no obstante, una relación temática que permite y aconseja, a efectos de comentario, agruparlos por pares: de una parte, el poder constituyente y los límites del poder de reforma y, de otra, la mutación y la reforma (19 bis).

(19) LUIS DÍEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, 3.ª ed., Madrid, 1973, p. IX.

(19 bis) Tratándose, como se trata aquí, de contribuir al diálogo en torno a algunos de los problemas y las tesis expuestos en un libro que para el hipotético lector de estas líneas resulta inexcusable, en las páginas que siguen me permito dar por supuesto que se ha leído o se va a leer el libro de DE VEGA.

III

1. Analizaremos primero *la relación entre el poder constituyente y el poder de reforma*.

El libro comienza planteando la problemática del poder constituyente: la idea de un poder constituyente, como poder distinto y superior al poder legislativo, surge «como resultado de la confluencia histórica de los esquemas representativos y el principio democrático de la soberanía popular» (20). «Desde el momento en que, por un lado, se admite como único supuesto legitimador del Estado el principio democrático de la soberanía popular y, por otro, se considera que la única forma viable de organizar la comunidad política es a través de la democracia representativa, se establecen históricamente las bases —como indicara BRYCE— sobre las que inexorablemente ha de surgir la noción de poder constituyente» (21). «Frente a la democracia de la identidad, como exigencia del racionalismo contractualista, se coloca la democracia representativa, como imperativo impuesto por la realidad y por la historia» (22). «En estas circunstancias, la necesidad de hacer valer, conforme al principio democrático, la suprema autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, no ofrece otra posibilidad ni otra alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, una ley superior (la Constitución) que obligue por igual a gobernantes y gobernados. En contraposición a los poderes constituidos, ordenados y limitados en la Constitución, aparece, de este modo, como poder previo, ilimitado y total, el poder constituyente» (23).

Comenzar la teoría o explicación —como hace DE VEGA— por «la problemática del poder constituyente» es no sólo correcto, sino también oportuno. «Une constitution suppose, avant tout —como escribiera SIEYÈS en 1789— un pouvoir constituant.» Pero, además, comenzando así la teoría, queda claro, desde un principio, que ni el Estado ni su Constitución son un *príus*, algo dado, sino una construcción consciente del mencionado poder (24), es decir, entes instrumentales o, lo que es lo mismo, entes que se

(20) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 25.

(21) P. DE VEGA, op. cit., loc. cit.

(22) P. DE VEGA, op. cit., p. 17.

(23) P. DE VEGA, op. cit., p. 25.

(24) JOSÉ JOAQUÍN GÓMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., Coimbra, 1983, pp. 89 y ss.

justifican por su función. Pero, si ciertamente es correcto comenzar la teoría por el problema del poder constituyente, lo que no resulta posible es trasladar la idea de poder constituyente, tal y como aparece en los orígenes del constitucionalismo, para integrarla en una teoría de nuestro Estado constitucional democrático, en una teoría de la Constitución de 1978, y de eso es consciente DE VEGA.

Al introducirse hace dos siglos en la teoría constitucional la idea de un poder constituyente como «poder absoluto, total y soberano», «lo que se estaba haciendo en realidad era trasladar e incorporar a la organización democrática moderna la doctrina de la soberanía tal y como había sido teorizada por BODINO y conservada en la tradición de la Monarquía absoluta» (25). Esa idea de poder constituyente —como afirma DE VEGA— «era una pura categoría formal producto de las abstracciones de la lógica» (26). La noción de poder constituyente referida al pueblo es —y sigue siendo DE VEGA el que lo afirma— «una noción de la que a todas luces se desprende una ambigüedad y una contradicción manifiesta» (27). Ambigüedad y contradicción que no radica sólo en el hecho de que ese poder constituyente (pueblo) «una vez que realiza su obra desaparece como tal» (28), sino también en el hecho de que la Constitución no es la obra de ese supuesto poder constituyente.

Un poder constituyente, como «poder previo e ilimitado» (29), como «poder absoluto y total» (30) del pueblo soberano, ni existe ni puede existir en la realidad, porque ni el pueblo hace la Constitución ni el poder de hacer la Constitución es un poder ilimitado.

No es el pueblo quien hace la Constitución ni podría serlo. Sólo bajo el influjo del dogma rousseauiano, del dogma que ve al pueblo como capaz de actuar en política de forma directa, «sólo si se admite la ficción demoliberal de una voluntad del pueblo que se forma a sí misma sin intervención de elemento autoritario» (31), puede admitirse la correspondiente ficción: la del poder constituyente del pueblo. El pueblo y su voluntad están

(25) P. DE VEGA, *op. cit.*, p. 28.

(26) P. DE VEGA, *op. cit.*, p. 75.

(27) P. DE VEGA, *op. cit.*, p. 19.

(28) P. DE VEGA, *op. cit.*, p. 20.

(29) P. DE VEGA, *op. cit.*, p. 25.

(30) P. DE VEGA, *op. cit.*, p. 28.

(31) HERMAN HELLER, *Teoría del Estado*, *op. cit.*, p. 197.

diseminados en el pluralismo y necesitados de forma para actuar (32). El pueblo se compone de una pluralidad de grupos con intereses propios y distintos, o antagónicos, y el pueblo es, por sí mismo, por esa razón, incapaz de una voluntad unitaria, incapaz de hacer una Constitución. El pueblo no es «el que informe, forma». El poder que el pueblo expresa a través de un sí a la Constitución no es la fuente de la Constitución, no es el poder constituyente (33).

El poder constituyente lo ejercen las fuerzas políticas representativas de las distintas aspiraciones e intereses y es un poder limitado. Para reconocer este hecho innegable, algunos autores llaman al poder de los partidos para hacer la Constitución «poder constituyente material», reservándole al pueblo soberano un vacío «poder constituyente formal» (34). El hecho es que el poder «real» para hacer la Constitución corresponde a los partidos.

La resistencia de la teoría de la Constitución a admitir este hecho se apoya básicamente en dos motivos distintos: si no atribuye al pueblo el poder constituyente, ignora de dónde deriva la legitimidad de la Constitución, y si atribuye el poder constituyente a los partidos, teme que éstos se conviertan en el poder soberano. Veamos ahora de dónde deriva realmente la legitimidad y por qué el poder constituyente es siempre limitado, para comprender, situándola en sus propias coordenadas, la obra de DE VEGA.

2. *La legitimidad* no es algo estático, sino dinámico: «No basta con que un orden sea legítimo, sino que además está siempre necesitado de continua legitimación» (35). «La legitimidad es el fin de la historia ya hecha y el principio de la historia por hacer» (36). Los ciudadanos, si «*acuerdan legitimación y reconocen legitimidad*» (37), lo hacen a lo largo de un pro-

(32) KONRAD HESSE, «Die Verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien in modernen Staat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 17, 1959, p. 17.

(33) Véase la interpretación contraria en CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, pp. 86 y ss.

(34) J. J. GÓMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., pp. 92-93.

(35) KONRAD HESSE, *La fuerza normativa de la Constitución*, versión en castellano en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 71.

(36) NORBERTO BOBBIO, *Sobre el principio de legitimidad*, versión en castellano en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980, p. 316.

(37) KLAUS OFFE, *Reflexiones e hipótesis sobre el problema de la legitimación política*, 1976, p. 102. Citado por ELÍAS DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, 1984, p. 221.

ceso (38) que se compone de momentos distintos; no hay un «momento exclusivo» para acordar la legitimación ni para reconocer la legitimidad. Ni siquiera la llamada «legitimidad de origen» se sustrae a esa regla. También en el proceso constituyente la legitimidad es un proceso: la legitimidad del orden a establecer por una Constitución «se presupone», en democracia, desde el momento en que los encargados de elaborarla han sido democráticamente elegidos por el cuerpo electoral; la legitimidad del orden establecido por una Constitución «se supone», en democracia, desde el momento en que se ha conseguido el «consenso constitucional» de las fuerzas políticas que intervienen en su elaboración (39); la legitimidad del orden establecido por la Constitución «se controla», en fin, al someterse el texto de la Constitución a referéndum. No termina así, lógicamente, el proceso de la legitimidad-legitimación, que incluye, luego, a las leyes que desarrollan el texto constitucional, y que se manifiestan con la legitimación periódica del legislador a través de las elecciones, pero basta lo dicho a los efectos del tema que ahora nos ocupa.

(38) Por «proceso» se quiere significar aquí «transcurso del tiempo», y no «procedimiento judicial», como en la obra de NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Berlín, 1969. El «transcurso del tiempo» es, sin embargo, también relevante para la «legitimación a través del procedimiento».

(39) HASSO HOFMANN, *Legitimität und Rechtsgeltung*, Berlín, 1977, p. 73. En el debate que abrió la discusión sobre la Constitución de 1978 en el Congreso de los Diputados, «las fuerzas parlamentarias se verían obligadas a pronunciarse de manera expresa sobre qué es el consenso, qué se debe considerar lo específico del mismo y hasta si se lo puede o debe considerar 'legítimo'» (PÉREZ ROYO, *Algunas reflexiones...*, op. cit., p. 427, aludiendo, en el último supuesto, a la intervención del diputado PECES-BARBA, BOC de 4 de julio de 1978, p. 1887). Si decimos que la legitimidad deriva del consenso, ¿cabe preguntarse si el consenso es legítimo? KONRAD HESSE resume la cuestión en pocas palabras: «A fin de poder condicionar la conducta humana, este Derecho (u orden jurídico 'que tiene que ser creado, mantenido en vigor, conservado y desarrollado en cuanto orden histórico por medio de la actuación humana') necesita por principio de su 'aceptación', la cual a su vez descansa sobre el acuerdo básico acerca del cumplimiento de los contenidos —incluso allí donde tal aceptación sólo contiene el reconocimiento del carácter vinculante de las normas jurídicas, no así el libre asentimiento respecto de las normas. Este consenso básico no garantiza necesariamente la 'rectitud', pero sí el mantenimiento duradero del orden jurídico» («Concepto y cualidad de la Constitución», en *Escritos...*, op. cit., p. 36; la cita entre paréntesis es de la p. 15). Lo decisivo es aquí, en todo caso, no el sentimiento de legitimidad sobre una disposición concreta, sino el sentimiento de legitimidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, «in grossen und ganzen» que diría MARTIN KRIEGLER (*Einführung in die Staatslehre*, Opladen, 1980, p. 26).

Para la teoría que ve al pueblo como a un poder soberano, titular del poder constituyente *tout court*, el pueblo es la fuente de la Constitución y la legitimidad de ésta deriva del hecho de haber sido aprobada por el pueblo. Este error tiene, no obstante, como casi todos los errores, sus buenas razones. La primera es la obsesión de la teoría democrática por oponer un «vértice» de la legitimidad del sistema al modelo de «vértice» monárquico del sistema al que sustituye. La revolución necesitaba sobre todo ideas claras (la teoría necesita hoy, sin embargo, ideas correctas). La segunda razón del error deriva del amalgamamiento entre las teorías contractualistas y la idea y realidad de la representación. El iusnaturalismo pactista no claudica ante la lógica de la historia, ante la inevitabilidad de la representación, sino que «cohabita» con ésta, refugiándose precisamente en la idea del poder constituyente. Si la democracia directa no es posible, si la representación es inevitable, al pueblo se le reserva, cuando menos, el derecho soberano de aprobar la Constitución. Ese *sí* o *no*, como «decisión fundamental» con supuesto carácter constituyente, presupone, sin embargo, «un gobierno o una autoridad que haga la pregunta correcta, que no abuse del gran poder que deriva de la posibilidad de formular la pregunta» (40), es decir, es un poder que depende de otro poder. En la realidad de nuestros días el concepto de soberanía popular, como el de poder constituyente del pueblo, no son ya «viejos odres para el vino nuevo, sino sólo etiquetas anticuadas y falsas» (41).

Es lógico que en los orígenes del constitucionalismo, eminentemente

(40) CARL SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Munich, 1932, p. 93.

(41) El pueblo o, mejor, el conjunto de los gobernados con derecho a voto re-frendando una «decisión política de especial trascendencia» (art. 92 CE), o una reforma de la Constitución (art. 168 y, en su caso, 167 CE), o la Constitución entera, tiene siempre el mismo poder: el de dar un único *sí* o un único *no* válido para todo el bloque de preguntas que implícita o explícitamente se le formulan, expresando así, con carácter vinculante, la opinión pública, la opinión de los gobernados. Ocurre, sin embargo, que, a la altura de nuestro tiempo y en nuestra circunstancia, los gobernantes no necesitan más de quince días para hacer girar en 180 grados la opinión pública, la opinión de los gobernados, cuando el eje de giro es un *no* o un *sí* global a un conjunto heterogéneo de cuestiones. En España, el referéndum sobre la OTAN, de 12 de marzo de 1986, ha sido «el prostrero Menetekel» del iusnaturalismo pactista en la teoría jurídica del Estado constitucional democrático. Ciertamente nuestra Constitución habla de una «soberanía nacional» que reside en el pueblo (art. 1.2), y el jurista tendrá que dar a eso algún sentido. Pero no necesitamos ahora salirnos de nuestro tema para explicar el significado de una soberanía que, para la Constitución, no es del pueblo, sino de la nación, y en el pueblo simplemente «reside». Más adelante volveremos sobre el artículo 1.2.

aristocráticos, el tema del poder soberano y constituyente del pueblo fuese un tema mixtificado. Es lógico también que, cuando para eludir la polémica soberanía del pueblo-soberanía del monarca se atribuía la soberanía al Estado ya constituido, la discusión sobre el poder constituyente se expulsase del campo del Derecho. Y no es tampoco difícil de entender que en los momentos en que la democracia pugnaba por afirmar su legitimidad frente a un sistema distinto, la propia dinámica del enfrentamiento con una concepción contraria convirtiese el tema del poder soberano y constituyente del pueblo en un tema «indiscutible». Pero, «el pueblo como unidad», titular del poder constituyente, es sólo una ficción «válida» mientras las Constituciones no hacen sino traducir los intereses relativamente homogéneos de la clase burguesa. La nueva composición sociológica del poder constituyente convierte, sin embargo, al «consenso» en la auténtica y necesaria fuente de la Constitución (42).

Durante mucho tiempo, la teoría jurídica ha mantenido que el tema del origen de la Constitución y el tema del poder constituyente caen fuera del ámbito del Derecho, que no pertenecen al reino de las normas, sino al de los hechos. Una hipotética *Grundnorm* o una «decisión fundamental», que en la práctica viene a ser lo mismo, explicarían la «validez» o la «existencia» de la Constitución, sin que el Derecho por su parte pueda ni, por consiguiente, tenga que explicar otra cosa que la Constitución ya dada. La realidad se presenta ahora de otro modo.

La fuente de la Constitución no es el supuesto poder constituyente del pueblo soberano. La fuente de la Constitución no es, ni puede ser, una imaginaria «voluntad general» rousseauiana, porque el pueblo como unidad de decisión política no existe más que en y a través del Estado organizado por la Constitución. El pueblo o la sociedad se compone de un conjunto de grupos con intereses propios y distintos, o contradictorios, y la fuente de la Constitución, de la norma básica, de la norma que establece el mínimo común denominador para regular la convivencia pacífica de dichos grupos, no puede ser sino el «consenso», el «consenso constitucional» (43) entre las

(42) PEDRO DE VEGA, Prólogo a la edición en castellano de la obra de CARL SCHMITT *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 23.

(43) La ficción ideológica de la voluntad constituyente del pueblo oculta, o vela, el pluralismo real que está en la base del proceso constituyente (KLAUS VON BEYME, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 1968, pp. 63 y ss.) y, sobre todo, a los grupos e intereses que prevalecen y se imponen como los auténticos factores determinantes del consenso constitucional (MAURICE HAURIOU, *Precis de Droit Constitu-*

fuerzas políticas representativas de las distintas aspiraciones e intereses. Cuando el pueblo consiente se pone de manifiesto el «hecho» de la legitimidad, pero no el «motivo». Aquél podrá ser suficiente para una teoría sociológica del Estado, pero no para una teoría normativa del Estado constitucional democrático. La norma constitucional no tiene una justificación trascendente, sino inmanente a la propia Constitución. No es el consentimiento de un poder externo lo que legitima a la Constitución con independencia del contenido de ésta; es la propia Constitución, como expresión del consenso constitucional, la que abre el proceso indefinido de una «permanente renovación de la legitimidad estatal» (44). El «consenso constitucional» viene así a desempeñar la función del desplazado consentimiento del pueblo del iusnaturalismo pactista (45). Ni una hipotética *Grundnorm* kelseniana ni una no menos hipotética «decisión del pueblo soberano» legitiman a la Constitución. La legitimidad no deriva ni de la «positividad» ni de la «efectividad», sino del *telos* del Estado. La legitimidad del orden político de una sociedad desarrollada sólo puede derivarse de la capacidad de ese orden para «contribuir a la paz, a la seguridad, a la libertad y al bienestar de sus ciudadanos» (46).

Pero admitir que la legitimidad es un proceso y que el requisito *sine qua non* de la legitimidad es el consenso, que el consenso es el inicio y la base del necesario proceso de «permanente renovación de la legitimidad estatal», tiene para la teoría una importante consecuencia que no podemos

tionnel, 1923, pp. 8 y 253). Por esa razón, hay que insistir, como propone BADURA, de quien hemos tomado las citas de VON BEYME y HAURIOU, en el carácter «histórico contingente» de la teoría del poder constituyente, y hay que someter a una revisión crítica la teoría de la soberanía (PETER BADURA, «Verfassung und Verfassungsgesetz», en *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1973, pp. 36-37).

(44) HASSO HOFMANN, *Legitimität und Rechtsgeltung*, op. cit., p. 77. Es la propia Constitución la que tiene que incorporar las condiciones que hacen posible su aplicación y su mantenimiento. Lo que diferencia al Derecho Constitucional de otras ramas del Derecho es —como afirma SCHEUNER (ULRICH SCHEUNER, voz «Verfassung», en *Staatslexikon*, Bd 8, Tubinga, 1963, columna 118)— que el Derecho constitucional no puede contar para su aplicación con el respaldo del poder de un Estado supraordenado, o preexistente, sino que es el propio Derecho Constitucional el que tiene que establecer, moderar y mantener ese poder y con él a sí mismo.

(45) DOLF STERNBERGER, «Herrschaft und Vereinbarung. Über bürgerliche Legitimität» (1966), en la obra del mismo autor *Ich wünschte ein Bürger zu sein*, Frankfurt/M., 1967. Citado por H. HOFMANN, op. cit., p. 61.

(46) ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlín, 1978, pp. 12 y ss.

pasar ahora por alto: no cabe una teoría de la legitimidad común a distintos ordenamientos. El consenso, fruto de la discusión y el compromiso, es un hecho histórico y concreto y, por consiguiente, la teoría normativa de la legitimidad tiene que elaborarse a partir de una Constitución histórica y concreta. A partir de ahí, queda además claro que la legitimidad de la Constitución se presume y que será, en su caso, a la ley de reforma a la que corresponderá, frente a dicha presunción, la carga de la prueba (47). Esta es una exigencia que se reitera a lo largo de toda la obra de DE VEGA.

3. *El poder constituyente es un poder que puede hacerlo todo menos dejar de hacer una Constitución; si además ha sido democráticamente elegido su poder es todavía más limitado.* El poder de hacer, el de construir o el de constituir está siempre sometido a reglas. La fuerza o el poder absoluto podrá destruir sin más regla que la de su fuerza o su poder, pero ni aun el poder absoluto podría construir sin someterse a las reglas inmanentes al propio objeto y a la función del objeto que quiere construir. El objeto y el fin imponen sus propias reglas al sujeto. Una Constitución tiene un carácter instrumental, no es un fin en sí misma, sino un medio o instrumento y, por tanto, o se construye de acuerdo con unas reglas, o no sirve, no funciona, no cumple su función. La esencia de la Constitución es su carácter normativo; si no lo tiene no es una Constitución. Las leyes o reglas a observar para que la Constitución tenga un carácter normativo son leyes o reglas que se imponen al poder constituyente, que hacen de éste un poder limitado.

Que no sirve hoy a la teoría la idea de un poder constituyente calcada —contra las advertencias del propio SIEYÈS— de la teoría de la soberanía monárquica, que no sirve, porque no se corresponde con la realidad, la idea de un poder constituyente «absoluto y total» o todopoderoso, lo explica claramente DE VEGA al término de su brillante exposición sobre las raíces históricas de dicha teoría: «Cuando el pueblo americano aprobó, en el ejercicio de su soberanía, la primera y probablemente más significativa Constitución moderna, lo hizo ciertamente actuando como poder omnímodo y total, pero, al mismo tiempo, desde el sistema de limitaciones que le imponía su propia estructura y organización social...» (48). El poder que hace la Constitución, si opera desde un «sistema de limitaciones», difícilmente

(47) HASSO HOFMANN, *Legitimität und Rechtsgeltung*, op. cit., p. 73.

(48) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 75.

puede ser concebido como «poder omnímodo y total». Pero lo que sí es cierto es que el poder que hace la Constitución opera desde un sistema de limitaciones, y ello porque —como afirma el autor en un párrafo cuya claridad sólo viene enturbiada por el uso, en teoría jurídica, de la discutible terminología de MORTATI: «La Constitución real, la Constitución material, como forma efectiva de la vida política..., constituye el presupuesto sobre el que se forja luego la Constitución formal. El poder constituyente, entendido en estos términos, no sería más que el instrumento a través del cual la Constitución real obtiene su traducción jurídica legal» (49).

Pero esos límites del poder constituyente que derivan de «la forma efectiva de la vida política» —en este caso, anterior a la Constitución— son sólo una parte de los límites de dicho poder. La norma es un «producto» de la realidad, pero la norma jurídica, la Constitución, no es sólo una «resultante», sino también una «determinante» de la realidad (50), y de ese su carácter normativo derivan también límites para el poder constituyente.

Un primer grupo de límites del poder constituyente se relaciona efectivamente con el problema de la validez material del derecho. «El poder constituyente no puede desvincularse de ciertas objetivaciones históricas que el proceso de permanente desalienación del hombre va introduciendo en la conciencia jurídica general» (51). El poder constituyente no hubiera podido, en 1978, ni consagrar la desigualdad de los ciudadanos en base al sexo, ni establecer el principio de la poligamia como base de familia, ni consagrar la tortura como un medio para combatir la criminalidad (52). El poder constituyente tiene, en este orden, una cierta libertad, «es relativamente libre, para conferir dignidad constitucional —fuerza de Constitución formal— a ciertas normas y para 'desformalizar' constitucionalmente otras» —o dejarlas fuera de la Constitución—, pero el poder constituyente no es libre para fijar el contenido de las normas constitucionales, que ha de ser, en todo caso, «sustancialmente conforme a las aspiraciones e intereses del pueblo» (53).

Pero otro tipo de límites del poder constituyente —sólo a efectos analí-

(49) P. DE VEGA, *op. cit.*, loc. cit.

(50) Al lado de lo que G. JELLINEK llamaba «la fuerza normativa de lo normal (fáctico)», H. HELLER destaca, como es sabido, «la fuerza normalizadora de lo normativo» (HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit., pp. 270 y ss.).

(51) J. J. GÓMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 95.

(52) Los ejemplos están tomados de GÓMES CANOTILHO, *op. cit.*, loc. cit.

(53) J. J. GÓMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 92.

ticos diferenciable ahora del primero— derivan del cometido y de la función de la Constitución y de su carácter normativo. Objetivos inexcusables de la Constitución son la unidad política y el orden jurídico (54). De acuerdo con ello, su función consiste en constituir, estabilizar, racionalizar y limitar el poder, y de ese modo, asegurar la libertad individual (55). Los límites de la Constitución, o límites del poder constituyente que derivan de la «función» de la Constitución, aparecen a menudo como menos evidentes que los límites materiales antes mencionados, pero no son, sin embargo, menos importantes.

En primer lugar, hay que adoptar una postura crítica respecto a ese amplio sector doctrinal que tiende a creer que los valores constitucionales derivan sólo de los derechos fundamentales y tiende, por consiguiente, a considerar a las normas de organización del Estado como normas puramente técnicas, como derecho neutral (56). Si consideramos los fines del Estado, que evidentemente contienen las decisiones fundamentales de la Constitución en torno a los valores, como es el caso de la democracia o el Estado de Derecho, se pone de manifiesto que las normas de organización del Estado —la llamada parte orgánica de la Constitución— encierran valores propios y fundamentales. Dicho de otro modo, los principales valores que la Constitución quiere defender están apoyados, en primer lugar, en principios de organización del Estado. Eso se ve, quizá más claro que en ninguna otra parte, en el caso de la democracia (57). El haber llamado la atención sobre este hecho es un mérito más del libro de PEDRO DE VEGA (58).

Cabría preguntarse si los principios del ordenamiento estatal que caracterizan al Estado de Derecho o a la democracia no reciben en último término su legitimación en base a los derechos fundamentales. Pero lo decisivo es, en todo caso, que tanto los principios de organización como los derechos fundamentales encierran valores que el poder constituyente viene obligado a respetar. Quienes ven límites al poder constituyente exclusivamente en los derechos fundamentales corren el riesgo de olvidar que éstos sólo pueden asegurarse, en último término, asegurando, al mismo tiempo, determinados principios de organización. «Implica, por ejemplo —como

(54) KONRAD HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, op. cit., p. 8.

(55) KONRAD HESSE, op. cit. en nota anterior, p. 22.

(56) ALBERT BLECKMANN: «Zum materiellrechtlichen Gehalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes», en *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 4, 1983, p. 808.

(57) ALBERT BLECKMANN, op. cit., loc. cit.

(58) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., pp. 289-290.

decía HELLER—, una incomprensión radical y peligrosa del Estado de Derecho constitucional el considerar a la división de poderes y a los derechos fundamentales como dos instituciones independientes la una de la otra. En realidad, la tendencia a la organización planificada, y según el Estado de Derecho, del poder del Estado y la encaminada a la salvaguardia de la libertad se condicionan recíprocamente. Sólo se encuentran en oposición 'plan' y 'libertad' si se conciben como abstracciones sin entidad. En la realidad social, la libertad humana tiene que ser siempre organizada» (59).

El poder constituyente, el poder que quiere hacer una Constitución, está, pues, limitado desde el punto de vista de la validez material del Derecho y está, además, limitado por la necesidad inexcusable de incorporar a su obra determinados principios de organización. Pero no se agota con ello la problemática de los límites del poder constituyente.

La Constitución —y si no es otra cosa— nace con una pretensión de vigencia, es decir, de realizar en la realidad del Estado por ella normado (60) y esa pretensión de vigencia, ese carácter normativo de la Constitución, impone también límites al poder constituyente. La realidad política se deja normar hasta cierto punto y sólo hasta cierto punto. La fuerza normativa de la Constitución tiene límites; si el poder constituyente los ignora creará una Constitución nominal o semántica, pero no una Constitución normativa. La Constitución «crea reglas de actuación y decisión política, proporciona a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que puedan sustituirla (61). El poder constituyente sólo puede regular la vida política en aquel «mínimo común denominador» que viene expresado por el consenso entre las fuerzas políticas que lo integran. A partir de ahí, el poder constituyente, la Constitución, podrá fijar reglas de actuación y decisión, pero tiene que dejar el campo abierto a la libre discusión de las restantes cuestiones. El consenso es también, en ese sentido, un límite del poder constituyente (62).

(59) HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit., p. 292.

(60) KONRAD HESSE, «La fuerza normativa de la Constitución», en *Escritos...*, op. cit., p. 66. «Las normas constitucionales, precisamente por ser normas jurídicas, tienen la pretensión objetiva de ser cumplidas» (IGNACIO DE OTTO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, op. cit., p. 12). «El orden constitucional se defiende existiendo» (*ibidem*, p. 58).

(61) KONRAD HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, op. cit., p. 21.

(62) El consenso limita a la Constitución o al poder constituyente en diferentes sentidos. Obliga a tener en cuenta a las fuerzas políticas y sus expectativas, porque

4. Con lo dicho hasta aquí, y sin que podamos extendernos ahora en más detalle, creo que queda suficientemente claro que *el problema de los límites de la reforma es inseparable del problema de los límites de la Constitución*, o límites, si se quiere, del propio poder constituyente. El poder de reforma podrá tener luego otros límites, por añadidura, pero tiene de antemano los límites de la Constitución. De ahí la necesidad de leer el cuarto capítulo de la obra de DE VEGA (sobre los límites del poder de reforma) a la luz de la exposición hecha en el capítulo primero (del poder constituyente), pero también la necesidad de completar las explicaciones sobre el poder constituyente del capítulo primero con la teoría de los límites que se expone en el cuarto.

En la teoría del Estado democrático constitucional, desde HORST EHMKE a PEDRO DE VEGA, se acostumbra a situar los límites de la Constitución en el contexto de los límites del poder de reforma (63). La razón estriba, sin duda, en el deseo de no acercar la discusión al terreno de la legitimidad. El temor a que el debate sobre la fuente de la legitimidad del sistema pueda ser mal interpretado, el temor a que la crítica inmanente pueda ser confundida con la crítica trascendente, inclina a mantener intocados los dogmas del poder constituyente y de la soberanía popular: los límites del poder

los grupos políticos se dejan «moderar» o «contener» por el Derecho, pero no se dejan desposeer de su fuerza; la «democracia militante» tiene que ser consciente de que con carácter absoluto sólo puede defenderse de los débiles. En segundo lugar, el consenso, si no quiere poner en peligro la Constitución, tiene que dejar «abiertas» las cuestiones que son «esenciales» para las distintas fuerzas constituyentes. Por otra parte, la Constitución no puede ser omnicompreensiva: determinadas lagunas se imponen como condiciones de supervivencia (HELLER); además, las normas constitucionales sólo pueden tener un alcance limitado, y algunas de ellas una limitada «densidad» jurídica, de modo que «la política» pueda moverse en su ámbito con la necesaria libertad (véase DIETER GRIMM, *Verfassungsfunktion...*, op. cit., p. 503). Sólo obedeciendo esas limitaciones que impone el consenso podrá la Constitución crear y organizar un Estado que, a su vez, sea capaz de asegurar la vigencia de la propia Constitución (U. SCHEUNER, *Verfassung*, op. cit., p. 118).

(63) La monografía clásica es el trabajo de HORST EHMKE ya citado, *Grenzen der Verfassungsänderung*. Además del libro de DE VEGA, véase el también citado trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO *Algunos problemas de interpretación en torno al título X*. J. PÉREZ ROYO (*Algunas reflexiones sobre el título X de la Constitución*, op. cit.), aunque denuncia como un «desenfoque importante» (p. 448) el hecho de centrar la crítica al título X en la inexistencia de límites a la reforma y propone desplazar el análisis hacia «la dificultad de que se introduzca las reformas razonables», no cuestiona tampoco la naturaleza de aquellos límites.

constituyente se predicán, sin ese riesgo, como límites del poder de reforma. La obra de PEDRO DE VEGA es en ese sentido muestra de un admirable equilibrio entre dicha exigencia y las exigencias de un análisis realista, porque el autor es igualmente consciente de que «cuando las condiciones fácticas y los supuestos empíricos no se adaptan al modelo teórico previamente elaborado, los fundamentos ideales en que dicho modelo se apoya no pasan de ser meros encubrimientos ideológicos» (64).

Por eso, dejando bien claro que la discusión se mueve en los límites del sistema de democracia representativa establecido por la Constitución, dejando bien claro que partidos y representación son instrumentos imprescindibles para el desarrollo de la libertad (65), DE VEGA quiere mostrar, a la vez, que, a la altura de nuestro tiempo, la defensa de la Constitución obliga a compatibilizar la defensa contra el enemigo que viene de fuera (66) con el «control del aspirante a salvador» (67) y de que ello obliga a revisar los modelos teóricos construidos a la medida de los intereses de la burguesía para adaptarlos a la realidad del «Estado pluriclase» (68).

«La impresionante quiebra histórica de los principios organizativos en que descansaba el viejo orden liberal —escribe el autor en otro lugar (69)—

(64) P. DE VEGA, Prólogo a la edición castellana de CARL SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, op. cit., p. 12.

(65) «La actitud hostil hacia los partidos en nombre de unos supuestos y unos elevados intereses nacionales y de una mítica unidad —dice PEDRO DE VEGA siguiendo a Kelsen— no es más que una manifestación de la hostilidad hacia la democracia» (P. DE VEGA [ed.], *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, 1977, páginas 14-15).

(66) Para CARL SCHMITT («La revolución legal mundial», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 10, 1979, p. 16), «el problema jurídico-constitucional implica la pregunta por el enemigo al que se quiere impedir el paso a la legalidad constitucional» (citado por JIMÉNEZ CAMPO, *Algunos problemas...*, op. cit., p. 83).

(67) «La principal amenaza del orden constitucional no proviene, en la medida en que exista, de las organizaciones políticas enemigas del orden constitucional y del propio Estado, sino de la reacción de instituciones de éste para las que la actividad de los enemigos pueda ser espoleta o simple pretexto. Por eso, el problema principal no podría ser, en ningún caso, el de la ilegalización del enemigo, sino el del control del aspirante a salvador. Sin duda sería ahí donde la historiografía futura buscaría o tendría que buscar las causas de una hipotética catástrofe, a no ser que se entregase a la 'ilusión de los juristas'» (IGNACIO DE OTTO, *La defensa de la Constitución...*, op. cit., p. 57).

(68) Véase P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., pp. 33-34, 118-119 y 233-234.

(69) P. DE VEGA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 108.

no implica en modo alguno la quiebra de los valores que ese orden pretendía realizar. Las ideas de libertad y democracia siguen estando presentes en el espíritu humano... y las Constituciones... continúan representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas pueden realizarse en la historia... De lo que se trata no es de negar los supuestos en que reposa todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta de la ley.» Y, en ese sentido, «habiendo representado los partidos, probablemente, el fenómeno político más importante de los últimos cien años, es lo cierto, sin embargo, que su existencia ha sido ignorada por los ordenamientos constitucionales —y, por ende, por la teoría de la Constitución, cabría añadir—. Lo que no tendría mayor relevancia si no fuera porque este sistemático desconocimiento para lo único que ha servido ha sido para dar pábulo a un constitucionalismo nominal y para que nos acostumbremos a considerar a la Constitución como un relicario de principios que hoy no tienen ninguna virtualidad» (70).

Uno de esos principios sin más virtualidad que la de encubrir la realidad de las cosas es, desde luego, el del poder constituyente del pueblo soberano. No existe ahora ninguna razón para ocultar el auténtico papel de los partidos políticos en el origen de la Constitución. Al libro de PEDRO DE VEGA hay que agradecer el haber dado en ese terreno un paso importante para la teoría de la Constitución de 1978, aunque un mayor distanciamiento de las teorías clásicas y —si cabe expresarlo así— un afán pedagógico más moderado ayudarían sin duda a incrementar el valor analítico del libro en los capítulos primero y cuarto.

Pero el mérito indudable del libro es que contribuye de manera importante a hacer entender que con una Constitución democrática el pueblo no legitima en abstracto a los partidos políticos para el ejercicio de los poderes que aquélla confiere, sino que son sobre todo los partidos políticos quienes se obligan a un constante proceso de legitimación ante la voluntad del pueblo que los elige. Las páginas que el autor dedica al referéndum constitucional, además de situar en su justo término la falsa polémica entre democracia directa y democracia representativa, son altamente esclarecedoras para entender algunas cuestiones que en otros lugares del libro, por razones a menudo terminológicas, aparecen, a veces, menos claras: «En su origen, el referéndum no es un acto producto de una decisión espontánea del pueblo, sino de un poder constituido que actúa siempre de instancia incita-

(70) P. DE VEGA, *op. cit.* en nota anterior, p. 106.

dora. A su vez, en su contenido, la consulta sometida a referéndum es formulada por un agente extraño al pueblo que ha de decidir sobre ella. Esto quiere decir que el *sí* o el *no* a que en definitiva queda reducida toda la operación referendaria, aunque constituya una decisión soberana del pueblo, lo que en realidad implica es una ratificación o una prohibición de actos llevados a cabo por los poderes constituidos, en la órbita de la democracia representativa y no por supuesto en el ámbito de la democracia de la identidad» (71).

Cierto que DE VEGA se refiere ahí al referéndum constitucional por el que se ratifica una reforma de la Constitución, y por eso habla de «poderes constituidos», pero ¿cuál es la diferencia entre este referéndum y el referéndum que ratifica la Constitución? La decisión del pueblo no es más «espontánea» en un referéndum que en otro; en ambos casos existe un poder que actúa de «instancia incitadora»; la pregunta la formula, en uno y otro caso, el mismo «agente», que no es «extraño al pueblo» (72), sino que ha sido democráticamente elegido por el pueblo; uno y otro referéndum significan «una ratificación o prohibición de actos» llevados a cabo por los representantes libremente elegidos. ¿Se puede decir que el mismo pueblo decide en un caso como soberano y en el otro no? El pueblo no actúa «realmente» como un poder soberano cuando ratifica en referéndum la reforma de la Constitución, y cuando aprueba la Constitución, tampoco.

En democracia no existe un poder soberano, ni antes ni después de aprobarse la Constitución (73). Que la soberanía «reside en el pueblo» (74) quiere decir tan sólo que los poderes del Estado emanan del pueblo (75), como el agua sale y se va de la fuente. Pero no dice el artículo 1.º de nuestra

(71) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 117.

(72) Porque si bien «en su origen» el referéndum se llevaba a cabo en el marco de la «separación entre Estado y sociedad, entre pueblo y Estado, esa es hoy una contraposición que ya no responde a la realidad». Véase nota 78.

(73) Que «en el Estado constitucional no existe soberano» (MARTIN KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, op. cit., pp. 11 y ss.) es opinión relativamente pacífica. No así la de que no existe un poder soberano, tampoco, antes de aprobarse la Constitución. La mayoría de los autores (véase, por ejemplo, KRIELE, *op. cit.*, p. 113) sostienen que el pueblo actúa como soberano cuando actúa como poder constituyente. Eso es, sin embargo, como venimos explicando, insostenible, a menos que se redefina el concepto de soberanía, o se distinga claramente entre su uso en la expresión «soberanía (hacia el exterior) del Estado» y en la expresión «soberanía popular».

(74) Artículo 1.2 de la Constitución de 1978.

(75) *Idem*.

Constitución que los poderes del Estado hayan salido del pueblo de una vez y para siempre, sino que «emanan», están emanando, continuamente. El pueblo no ejerce ningún poder absoluto porque el pueblo no ejerce el poder, pero el pueblo tampoco legitima ningún poder absoluto, porque el pueblo no cede el poder. El pueblo es y continúa siendo la fuente del poder porque aprueba o no aprueba, es decir, controla, los actos de sus representantes, pero, sobre todo, porque elige o no reelige —y éste es el control más importante, como advertía POPPER (76)— a sus representantes, en elecciones libres y periódicas. Este es el auténtico y el mayor poder del pueblo en una democracia y no el que el pueblo pone de manifiesto cuando ratifica la Constitución.

El mayor poder del pueblo no es el que se pone de manifiesto al ratificar la Constitución, porque una Constitución, incluso ratificada, no es, en último término, más que «una hipótesis de Constitución» (77), «un proyecto de forma política de futuro» (78). Aprobar una Constitución no es un fin, sino un medio; no es el fin, sino el principio de un proceso. El pueblo, al ratificar la Constitución, no culmina ninguna obra; como ante una hipótesis, como ante un proyecto, el pueblo, al ratificar la Constitución, abre una expectativa.

Hay que desplazar por eso el énfasis, hasta ahora puesto en momentos que son en buena medida preconstitucionales, hacia lo que es la auténtica vida o realización de la Constitución. Y ello no sólo a la hora de centrar el tema o problema de la legitimidad, sino también al contraponer el poder constituyente al llamado poder constituyente-constituido, o de reforma. Distinguir rígidamente entre el momento de aprobar la Constitución y el momento de aprobar la ley o, lo que es lo mismo, entre la actividad del poder constituyente y la del poder constituido, pudo tener su razón de ser mientras la sociedad burguesa se contemplaba a sí misma como algo diferente del Estado (79), al que creaba «minimizando» su poder (MAX WEBER) y,

(76) KARL POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, tomo I, Buenos Aires, 1967, pp. 195-196.

(77) «La aprobación de un texto constitucional no es todavía más que una hipótesis de Constitución. La Constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz...» (FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La Constitución como fuente de Derecho*, op. cit., p. 73).

(78) «Toda Constitución no es en esencia más que un proyecto de forma política con el que el presente intenta comprometer al futuro» (ULRICH SCHEUNER, *Verfassung*, op. cit., p. 118).

(79) PETER BADURA, *Verfassung und Verfassungsgesetz*, op. cit., p. 25.

además, para que funcionase exclusivamente en un plano que no debía interferir con el plano de desarrollo de la sociedad. Pero la «separación entre Estado y sociedad», afirmación típica del positivismo jurídico, no puede ya seguir manteniéndose a la luz de nuestra Constitución, porque es ahora la propia sociedad la que se autoorganiza en Estado (80), porque el Estado es hoy «una parte de la autoorganización de la propia sociedad» (81), y ello nos obliga a contemplar los viejos problemas de otro modo.

Es probablemente el haber partido de una separación conceptual excesivamente rígida entre poder constituyente y poder constituido lo que más dificulta a DE VEGA el desarrollo de sus conclusiones. Porque, en la medida en que nuestra Constitución no establece límites materiales «específicos» del poder de reforma (82), en la medida en que los límites materiales del poder de reforma son los mismos que los del poder constituyente, lo único que diferencia en realidad a uno de otro es que mientras el poder constituyente puede hacerlo todo menos dejar de hacer una Constitución, el poder de reforma puede hacerlo todo menos lo que ya está hecho: constituir un Estado. Poder constituyente y poder de reforma no son en realidad dos poderes diferentes, sino el mismo poder en momentos distintos (83).

(80) El dualismo teórico entre Estado y sociedad sólo puede mantenerse hoy como «diferenciación funcional». No existe entre Estado y sociedad «separación» (*Trennung*), sino «diferenciación» (*Unterscheidung*) (véase ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart» [1972], en BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft und Freiheit*, Francfort del Meno, 1976, pp. 185 y ss. Véase también BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976).

(81) KONRAD HESSE, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1982, p. 7.

(82) Véase el apartado siguiente.

(83) La teoría de los límites de la reforma, tal y como normalmente se expone, tiene sólo sentido a partir de la contraposición entre un poder constituyente todopoderoso y un poder constituido (en este caso, el poder de reforma), que ha de moverse dentro de los límites establecidos por las decisiones del primero (HORST EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, op. cit., p. 89). Quizá en ningún lugar aparece más clara esta identificación entre teoría del poder constituyente y teoría de los límites de la reforma que en la obra de CARL SCHMITT. PEDRO DE VEGA coincide en que ese es el plano en el que hay que situar la discusión: «Negar o afirmar la existencia de límites presupone una definición y una opción clara sobre el entendimiento y la naturaleza del poder constituyente y del poder de revisión» (*La reforma...*, op. cit., p. 220). De acuerdo con ese presupuesto, DE VEGA afirma que «el establecimiento de cláusulas de intangibilidad implica el reconocimiento por el Derecho positivo de la distinción entre poder constituyente y poder de reforma» (p. 225), mientras que el

Claro que cuando decimos que el poder de reforma no puede hacer lo que ya está hecho nos referimos al «núcleo de la Constitución material», al «núcleo constitucional indisponible» (84), y puesto que la Constitución no ha identificado ese núcleo, el poder de reforma puede, teóricamente, entrar en ese terreno, y es evidente que, desde el punto de vista jurídico, «el control sobre las leyes de reforma se enfrenta a dificultades insuperables» (85). Pero ¿cuál era la posibilidad de control jurídico del poder constituyente? Pues la misma es ahora la posibilidad de control frente al poder de reforma. «El Estado constitucional, que cimenta su estructura en la voluntad del pueblo, es en esa misma voluntad política donde, como no podía suceder de otra manera, fija también su último sistema de garantías» (86), y si el pueblo entendió en su día que la Constitución respetaba el «núcleo material» de la Constitución de un Estado democrático, con más experiencia y razón podrá saber ahora si lo respeta una reforma.

Es desde esa perspectiva como adquieren toda su relevancia los problemas de la aplicación y de la «realización» de la «ley fundamental», y es en ese contexto en el que se sitúan los otros dos grandes temas del libro de DE VEGA: la mutación y la reforma.

IV

1. Los temas de *la mutación y la reforma* tienen, por necesidad, que analizarse juntos.

Si para comprender la problemática de la reforma de la Constitución resulta inexcusable una idea previa de lo que la Constitución puede y tiene que hacer, o, lo que es lo mismo, de los límites y de la función de la Constitución, no basta, sin embargo, con eso; y no basta porque la alternativa

no reconocimiento de límites a la reforma lleva «forzosamente a la peregrina conclusión a la que nuestro ordenamiento constitucional conduce: a la de que en él termina disolviéndose la idea de poder constituyente, sin que se sepa, a la postre, dónde situarlo ni dónde encontrarlo» (p. 142). Y «una cosa es —afirma el autor— que el poder constituyente quede marginado en el funcionamiento normal del sistema constitucional y otra muy distinta que se le haga desaparecer y no se sepa dónde está» (p. 142). A la vista de la Constitución, ¿no será más sencillo admitir que poder constituyente y poder de reforma no son en realidad dos poderes diferentes, sino el mismo poder operando en momentos distintos?

(84) I. DE OTTO, *La defensa de la Constitución*, op. cit., pp. 13 y 14.

(85) I. DE OTTO, *op. cit.*, p. 34.

(86) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 303.

no se reduce al binomio: inmutabilidad de la Constitución o reforma. La Constitución puede cambiar de muy distintas maneras (87). CARL SCHMITT, por ejemplo, llega a distinguir cinco tipos distintos de cambios constitucionales: la reforma en sentido estricto (*Verfassungsänderung*); la destrucción de la Constitución (*Verfassungsvernichtung*), o reforma total y cambio del poder constituyente; la marginación de la Constitución (*Verfassungsbeseitigung*), manteniendo el poder constituyente; el quebrantamiento de la Constitución (*Verfassungsdurchbrechung*), o violación a título excepcional y para supuestos concretos; y la suspensión constitucional (*Verfassungssuspension*), que afecta a la eficacia de las normas, pero no a su validez (88).

Aquellos casos en que la realidad se impone abiertamente «contra» la Constitución (destrucción, marginación, quebrantamiento y suspensión, salvo que esté constitucionalmente prevista) plantean, como es lógico, una problemática que sólo indirectamente guarda relación con el tema de la reforma. No ocurre, sin embargo, lo mismo con los cambios constitucionales que pueden designarse con el nombre genérico de «mutaciones constitucionales».

Desde LABAND (89) y JELLINEK (90) la doctrina viene distinguiendo de ordinario entre la «mutación constitucional» (*Verfassungswandlung* o *Verfassungswandel*), que tiene lugar cuando, sin modificarse la letra de la Constitución, de una u otra forma se cambia su sentido, y la reforma constitucional (*Verfassungsänderung-Verfassungsergänzung*), que añade, suprime o modifica uno o varios preceptos constitucionales a través de una ley o norma de reforma (91).

El concepto de «mutación constitucional» (92) se utiliza hoy en un sentido amplio y en un sentido estricto. En el primer caso, se entiende que exis-

(87) Sobre las «modificaciones no formales de la Constitución», véase P. DE VEGA, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

(88) CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, *passim*.

(89) PAUL LABAND, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895.

(90) GEORG JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906.

(91) Sobre si en nuestro ordenamiento la reforma es o no una ley, véase los argumentos de MANUEL ARAGÓN en favor de una respuesta negativa, «La Monarquía parlamentaria», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, p. 446.

(92) Coincidimos con PEDRO CRUZ VILLALÓN (prólogo a KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. xxvi, nota 60) en la «necesidad de afianzar una sola versión castellana» para traducir la *Verfassungswandlung* o el *Verfassungswandel*, y mantenemos por eso aquí la expresión «mutación constitucional», que es la utilizada por GARCÍA PELAYO, GALLEGO ANABITARTE, PEDRO CRUZ y PEDRO DE VEGA,

te mutación siempre que se produce una «contradicción entre la situación constitucional y la ley constitucional o, con terminología actual, entre Constitución y realidad constitucional» (93). Ese, que es el sentido que había dado a la expresión la doctrina clásica, parece a HESSE inadmisibile, o inútil para el constitucionalista, «por el hecho de que se está argumentando a diferentes niveles; lo que cambia no es el contenido de la norma constitucional (...), sino otra cosa» (94). HESSE propone, por tanto, excluir del concepto los cambios de la realidad constitucional que no cambian el «contenido» de la norma, e incluir en el concepto, tan sólo, las «modificaciones del contenido de normas constitucionales que no ven modificado su texto» (95). Este sería el concepto estricto de «mutación constitucional».

Parece razonable excluir del concepto jurídico de «mutación constitucional» todo lo que no suponga una modificación de la norma constitucional, sino «sólo» de la realidad, pero lo que ya parece más discutible es entender que «mutación» de la norma existe «sólo» cuando sin cambiar su texto (si el texto cambia estamos indudablemente en el supuesto de la reforma) cambia su contenido (96), es decir, cuando «las normas constitucionales (...), conservando el mismo texto, reciben una significación diferente» (97). La «significación» o el «significado» de la norma lo da la interpretación, y la interpretación modificada es, sin duda, el supuesto más importante de mutación constitucional (98), pero no el único. Si, para el jurista, «la garantía de la Constitución exige el control y, en su caso, el bloqueo de las diversas vías de irrupción —sobre las que el jurista tenga algo que decir desde su ciencia—, quedando incompleta cuando alguna de ellas queda desatendida» (99), no parece que el dilema pueda reducirse a los términos mutación o reforma —«dos caras de una misma tarea» (100)— si la mutación se entiende en el sentido restringido en que la entiende HESSE.

entre otros, aunque personalmente hubiésemos preferido utilizar el término «variación», que en castellano resulta más preciso para aludir a la «diferencia dentro de la unidad», que, como veremos, es el único sentido que cabe dar a aquella expresión.

(93) KONRAD HESSE, «Límites de la mutación constitucional» (1973), ahora en *Escritos...*, op. cit., p. 93.

(94) K. HESSE, op. cit., pp. 93-94.

(95) K. HESSE, op. cit., p. 94.

(96) *Ibidem*.

(97) K. HESSE, op. cit., p. 91.

(98) K. HESSE, op. cit., p. 93.

(99) K. HESSE, op. cit., p. 89.

(100) *Ibidem*.

La norma constitucional no muda, o cambia, sólo cuando cambia su letra (reforma) o cambia su significación, el significado de su contenido (interpretación y «mutación» en el sentido restringido que HESSE da al concepto). La norma constitucional cambia, también, cuando, sin cambiar ni su letra ni su significado, cambia, o pierde, su fuerza normativa.

La fuerza normativa de la Constitución, o de la norma constitucional, no depende sólo de ésta, pero no es un problema ajeno a la norma. «El desarrollo de la fuerza normativa de la Constitución no es solamente una cuestión de contenido, sino también, y en no menor medida, una cuestión de praxis constitucional» (101), pero la fuerza normativa es una característica esencial de la norma. Porque la Constitución es «un proyecto de forma política con el que el presente intenta vincular al futuro» (102), «un orden a alcanzar, es decir, un orden normativo» (103), cuando la norma pierde su fuerza normativa, continuará siendo nominal, semántica o esterilmente constitucional, pero habrá perdido su esencia. «Normativo» quiere decir «que debe ser», pero también «vinculante». «Las normas no son más que letra muerta (...) cuando el contenido de sus requerimientos no se incorpora a la conducta humana» (104), cuando las normas no tienen eficacia.

La fuerza normativa deriva de la eficacia y no sólo de la efectividad. Una norma puede ser efectiva, efectivamente cumplida, y ser, sin embargo, ineficaz para lograr el propósito en el que fue puesta. La norma constitucional puede ser justa, ser válida, ser cumplida o efectiva y ser, sin embargo, ineficaz. Si el jurista se limita o se concentra en el problema de la validez de las normas, esperando a que más temprano, o demasiado tarde, vengan, o no vengan, los sociólogos del derecho a ocuparse del problema de la eficacia, flaca ha de ser la contribución de la ciencia jurídica a la fuerza normativa de la Constitución. En todo caso, si el jurista no se ocupa de la eficacia de las normas no podrá enfrentarse más que parcialmente con el problema de la «necesidad» de la reforma.

Ciertamente no tiene sentido incluir en el concepto de «mutación constitucional» lo que es pura y simple inconstitucionalidad, pero la inconsti-

(101) K. HESSE, «La fuerza normativa de la Constitución» (1959), ahora en *Escritos...*, op. cit., p. 73.

(102) U. SCHEUNER, *Verfassung*, op. cit., p. 118.

(103) K. HESSE, op. cit. en nota 101, p. 71.

(104) K. HESSE, «Concepto y cualidad de la Constitución», en *Escritos...*, op. cit., p. 26.

tucionalidad, o la abierta inconstitucionalidad, no es la única vía por la que la Constitución puede perder su fuerza normativa, su eficacia. Y si una norma constitucional deja de ser eficaz porque no se cumple, no se observa o porque aun cumpliéndose no logra su objetivo, aunque esa norma no haya cambiado ni en su texto ni en su significado, no cabe duda de que nos hallamos ante una auténtica «mutación constitucional».

Hablar de «mutación constitucional» cuando la realidad se impone *de facto* a la norma, como hacen LABAND, JELLINEK y HSU DAU-LIN, entre otros, es, desde luego, conceptualmente erróneo, pero no por la razón que esgrime HESSE, no porque en esos casos lo que muda sea la realidad y no la norma. Cuando la nueva realidad se impone a la norma, la norma muda también, porque muda en su eficacia. La razón por la que hay que excluir del concepto de «mutación constitucional» los casos aludidos no es porque no entrañen mutación de la norma, sino porque son inconstitucionales, porque —como el mismo HESSE reconoce en sus *Grundzüge*— no existe una realidad constitucional *contra constitutionem* (105). En dichos supuestos se produce una mutación y una mutación no sólo de la realidad, sino también de la norma, pero una «mutación inconstitucional». Para el jurista, la constitucionalidad o inconstitucionalidad sólo puede definirse con relación a la norma, nunca a la realidad. Por eso, el llamado concepto amplio de «mutación constitucional» empleado por la doctrina clásica es erróneo, no porque no haya mutación, sino porque ésta, en algunos de los supuestos incluidos en dicho concepto, no es constitucional. Pero el concepto restringido de HESSE es erróneo también, por parcial, porque la «mutación constitucional» no se produce sólo cuando la norma, «conservando el mismo texto, recibe una significación diferente» (106), sino además cuando, conservando el mismo texto y la misma significación, pierde, o cambia, su eficacia o su fuerza normativa.

Sólo entendiendo que existe una «mutación constitucional» en todos los casos en que, sin que pueda hablarse de inconstitucionalidad, la norma, conservando su texto, cambia su significado, o, conservando texto y significado, pierde su fuerza normativa, podrá sernos útil el concepto de mutación para contraponerlo al de reforma.

La teoría de FRIEDRICH MÜLLER que recogen, por ejemplo, K. HESSE y P. DE VEGA, y que distingue en la norma entre «ámbito normativo»

(105) K. HESSE, *op. cit.*, p. 30.

(106) K. HESSE, *Límites de la mutación constitucional*, *op. cit.*, p. 91.

(*Normbereich*), el sector de la realidad regulado por la norma, y «programa normativo» (*Normprogram*) (107), ha conducido a pensar que «si el programa normativo conforma la realidad, el ámbito normativo no puede dejar de conformar, a su vez, el programa normativo» (108). De acuerdo con esa idea, la mutación se presenta como mutación de la Constitución, a través de la mutación en el ámbito normativo; es decir, se afirma que la norma constitucional muda porque muda el «ámbito normativo», «una de las dos partes integrantes y constitutivas de la norma misma» (109).

Esa explicación es equívoca. La mutación en la realidad no produce una mutación en el «ámbito normativo» (parte integrante de la norma) cuando dicho «ámbito normativo» está delimitado con la suficiente amplitud como para poder subsumir en él tanto a la vieja realidad como a la nueva, único supuesto en que puede existir mutación. Si la elasticidad es una característica de la norma constitucional, moverse en los límites de esa elasticidad no es cambiar la norma. No cambia el «ámbito normativo» porque la realidad se mueva «dentro» de ese ámbito, como no cambia una mesa de billar cuando se mueven las bolas.

Tiene razón, pero es aquí confuso, DE VEGA cuando afirma que «es la llamada «realidad constitucional» el campo de actuación de las mutaciones (110). La mutación trae efectivamente su causa de cambios en la realidad sociopolítica, pero no es a estos cambios, sino a su consecuencia en la realización de la norma a lo que llamamos mutación. Los cambios en la realidad son la causa; la mutación, el efecto. Esta a su vez producirá un efecto sobre la realidad sociopolítica, pero tampoco se confunde con éste.

La mutación, entendida en los términos que hemos expuestos, es, sin lugar a dudas, un medio jurídico más «sencillo» (111) que la reforma constitucional para llevar a cabo la adaptación entre la realidad sociopolítica y la norma constitucional. «No se necesita demasiada sagacidad para percatarse de que, por la complicación en sus trámites y por las implicaciones

(107) FREDRICH MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, 1966, pp. 114 y ss., y del mismo autor, *Rechtstaatliche Form, Demokratische politik*, Berlín, 1977, pp. 164 y siguientes.

(108) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 213.

(109) K. HESSE, *Los límites de la mutación constitucional*, op. cit., p. 107.

(110) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 195.

(111) Véase más adelante la identidad entre el medio jurídicamente «más sencillo» y el medio jurídicamente «necesario».

políticas que toda operación de reforma conlleva, sea lo normal recurrir a ella solamente en circunstancias extremas (...); mientras tanto, ocupando su lugar, aparecen como constantes de la organización constitucional contemporánea las mutaciones constitucionales» (112). Por ser éste el medio jurídicamente más sencillo, la reforma sólo puede aparecer como «necesaria» cuando la mutación llega al límite que separa la constitucionalidad de la inconstitucionalidad. «La problemática de la reforma constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional» (113). El primer problema es, pues, el de los límites de la mutación.

2. Dejando ahora aparte el tema de la costumbre constitucional, por su discutible valor (114) y porque, en todo caso, en un ordenamiento como el nuestro plantea problemas más académicos que reales, existe acuerdo en admitir que *las formas o «medios» a través de los cuales pueden producirse mutaciones* (115) se reducen básicamente a tres: la legislación, la convención y la interpretación.

La escasa «densidad normativa» de muchos preceptos constitucionales y el carácter abierto e incompleto de la Constitución (116), su «elasticidad», sin la cual no podría ser el marco de una vida política por definición cambiante, ofrecen un ámbito o un margen de libertad muy amplio, tanto al legislador, como a las fuerzas políticas, como al intérprete de la Constitución. La realidad subyacente concretiza la norma constitucional, pero puede hacerlo de muy distintas maneras. Cuando la concretización cambia hablamos de mutación. Pero la concretización sólo puede operar válidamente en los límites —amplios, pero límites al fin y al cabo— que señala la Constitución. Los mismos límites tiene la mutación.

Afirmar que la inconstitucionalidad es el límite de la mutación (117), sin dejar de ser cierto, no nos lleva, sin embargo, demasiado lejos para situar nuestro problema. «La problemática de la reforma constitucional co-

(112) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 181.

(113) K. HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, op. cit., p. 25.

(114) Véase P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., pp. 195 y ss.

(115) Se sobreentiende, cuando hablamos simplemente de «mutaciones», que nos referimos a la mutación constitucional; la mal llamada «mutación inconstitucional» no es —repetimos— mutación, sino inconstitucionalidad.

(116) K. HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, op. cit., pp. 17 y ss.

(117) Como hacen K. HESSE y P. DE VEGA.

mienza —efectivamente— allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional» (118), pero la dificultad estriba no tanto en «definir» cuanto en «constatar» cuándo han terminado dichas posibilidades. Con otras palabras: el problema de los límites de la mutación es *el problema de su control*. Una breve referencia a las tres formas de mutación mencionadas servirá para aclararlo.

El legislador interpreta la Constitución y el legislador concretiza la Constitución. La ley es, pues, una de las formas o «medios» a través de los cuales puede producirse una mutación. Los problemas para fijar los límites de esta forma de mutación, o más exactamente —puesto que el límite es, sin lugar a dudas, la inconstitucionalidad— los problemas para determinar cuándo, a través de la ley, lo que se está llevando a cabo es una aplicación, un desarrollo o una legítima concretización de la norma constitucional, o cuándo una concretización modificada es simplemente una mutación y no implica inconstitucionalidad, derivan de causas distintas.

La primera es, en nuestro ordenamiento, la existencia de esas leyes de «espuria naturaleza jurídica» (119) que son las leyes orgánicas. Al no haberse arbitrado, como en otros sistemas, la categoría más razonable de las leyes constitucionales, que tienen el mismo rango formal que la Constitución, y dado «el carácter materialmente constitucional de la mayoría de los contenidos reservados a las leyes orgánicas, (se) hace de éstas un espléndido caldo de cultivo para que a su través se operen modificaciones constitucionales —y no simples mutaciones— sin seguir el procedimiento especial de la reforma» (120). Es decir, la combinación del rango formal y el contenido material de la ley orgánica pueden hacer especialmente problemático el distinguir una mutación de una auténtica modificación constitucional.

Pero el problema no deriva sólo de la existencia de las leyes orgánicas, sino que puede plantearse también en el nivel de la ley ordinaria. Esta, en la medida en que puede modificar el contenido del Derecho infraconstitucional, «basamento de la Constitución», puede producir también un cambio en el contenido o significación de la norma constitucional. La llamada por

(118) K. HESSE, *op. cit.* en nota 116, p. 25.

(119) Que son, en el contexto de la Constitución, «cuña de otra madera», como bien ha explicado ANGEL GARRORENA, «Acercas de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980.

(120) P. DE VEGA, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 193.

LERCHE «mutación constitucional tácita» (*Stiller Verfassungswandel*) (121), la producida por una modificación de normas infraconstitucionales, no presenta un especial problema de control —de control de los límites de la mutación, de control, en suma, de constitucionalidad— cuando la mutación o, en su caso, modificación de la norma constitucional se produce de manera «radical e inmediata» (122). El problema de control de los límites de la mutación se presenta, sobre todo, en otro supuesto distinto.

Ha sido ERMACORA, al analizar la legislación del segundo gobierno KREISKY (1971-1975) (123), el que de manera más clara ha llamado la atención no sólo sobre la posibilidad de una «mutación constitucional a través del desarrollo sociopolítico» (*Verfassungswandel durch gesellschaftspolitische Entwicklung*), a través de la ley ordinaria, sino también, en lo que ahora nos interesa, sobre el problema del control de los límites de esa mutación. La cuestión puede resumirse así: en la medida en que un sistema de control de constitucionalidad esté organizado como un control sobre los comportamientos y sobre los actos, pero no como un control del sistema resultante de una visión de conjunto, ¿cómo se podría evitar que la sucesión de leyes, todas ellas constitucionales, lleven, sin embargo, «sumadas», a un resultado inconstitucional? ¿Cómo se podría evitar, por ejemplo, que una serie de leyes de sentido centralizador, todas ellas en los límites de la mutación constitucional, llevaran, sin embargo, sumadas, a la práctica negación del principio de autonomía? ¿Es suficiente nuestro sistema de control de constitucionalidad para garantizarnos contra las posibles consecuencias inconstitucionales de un proceso legislativo de signo centralizador desarrollado a lo largo de diez años? El control se ejerce sobre el detalle (la ley), pero ¿qué ocurre cuando «es la suma de detalles lo que hace un sistema nuevo»? ¿Fracasa aquí la teoría clásica de la Constitución, como opina ERMACORA, y se hacen necesarios nuevos métodos de control que obligarán a tener en cuenta los avances de la moderna politología? (124).

(121) PETER LERCHE, «Stiller Verfassungswandel als aktuelles Problem», en *Festgabe für Theodor Maunz* (1971), pp. 287 y ss., citado por K. HESSE, *Límites de la mutación constitucional*, op. cit., p. 88.

(122) PETER LERCHE, op. cit., p. 292.

(123) FÉLIX ERMACORA, «Die Entwicklung österreichischen Staatsrechts seit 1966 (1966-1975)», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 24, 1975.

(124) FÉLIX ERMACORA, op. cit., p. 142. Razones de espacio nos obligan aquí a dejar de lado los problemas que derivan del «incumplimiento de la Constitución» (¿mutación?) por «omisión del legislador» (véase J. J. GÓMES CANOTILHO, *Constitui-*

La convención, como forma de mutación, no presenta menos problemas de control que la ley, pero sí algunos problemas distintos.

DICEY afirmaba que «cuando un inglés califica la conducta de un hombre público como constitucional o inconstitucional quiere decir algo muy distinto de lo que se significa con los términos legal o ilegal» (125). Distinguí así dicho autor el elemento «legal» del elemento «convencional» de la Constitución inglesa (126): «las leyes propiamente dichas, escritas o no escritas, y las prácticas o convenciones, que aunque son observadas no son leyes en el verdadero sentido de la palabra» (127); mientras las leyes son aplicadas o reconocidas por los tribunales, las convenciones no (128). Por convención constitucional se entiende hoy, siguiendo a DICEY, «una regla de conducta reconocida como obligatoria por aquellos a quienes atañe la vigencia de la Constitución» (129).

Si, como ya hemos visto, el concepto de «mutación constitucional» ha venido utilizándose erróneamente para designar tanto la mutación constitucional como la mutación inconstitucional, ello se debe, en buena medida, a que dicho concepto de mutación se inspira originalmente en el concepto de «convención constitucional», el cual, a su vez, ha venido utilizándose para designar tanto las convenciones constitucionales como las contrarias a la Constitución.

No será necesario repetir aquí los argumentos ya expuestos al hablar de la mutación en general. En la teoría jurídica de la Constitución sólo tiene utilidad el concepto de «convención constitucional» entendida ésta como conforme con la Constitución. La convención contraria a la Constitución no es una convención constitucional, sino una «convención inconstitucional». Son, pues, las «convenciones constitucionales» en sentido estricto las únicas que nos interesan aquí. Pero, en concreto, lo que queremos ahora resaltar, como hemos hecho con las mutaciones a través de la ley, es la dificultad para precisar o constatar cuándo la mutación por convención llega a su límite.

ção dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra, 1982.

(125) A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10.^a ed., Londres, 1961, p. 419.

(126) A. V. DICEY, *op. cit.*, p. 418.

(127) A. V. DICEY, *op. cit.*, p. 420.

(128) A. V. DICEY, *op. cit.*, p. 417.

(129) K. C. WHEARE, *Las Constituciones modernas*, Barcelona, 1971, p. 128.

La convención supone el acuerdo, implícito o explícito; la convención es una regla de conducta implícita o explícitamente consensuada; la convención es el resultado del consenso. Las formas de convención podrán ser todo lo variadas que se quiera, y de hecho lo son, pero tienen un elemento común: son, de una u otra forma, reglas de actuación consensuadas.

De ahí deriva la problemática de fondo que plantea la convención en un sistema de control de constitucionalidad como el nuestro. El Tribunal Constitucional actúa a instancias de parte, pero si las partes están de acuerdo en no promover la actuación del Tribunal, si el acuerdo sobre una determinada regla de conducta o convención incluye, como es lógico, el acuerdo de no acudir al Tribunal sobre ese tema, ¿qué posibilidades existen de control de constitucionalidad? Un ejemplo lo dejará más claro: las competencias de los órganos del Estado son desde luego indisponibles; la Constitución impide a los órganos del Estado renunciar a sus competencias, salvo en los casos excepcionales previstos; pero la Constitución no prohíbe en ninguna parte que una cesión de competencias vaya acompañada del acuerdo para evitar la disputa competencial ante el Tribunal Constitucional. Dicho en otras palabras: mientras el Tribunal Constitucional sólo pueda opinar cuando se le requiera para que se pronuncie, nada podrá evitar que los partidos políticos se pongan de acuerdo para evitar un proceso competencial (130).

Los riesgos de una convención sin posibilidad de control son evidentemente menores cuanto mayor es el número de partidos políticos. En ese sentido el problema es para nosotros menor, por ejemplo, que en la República Federal de Alemania (131). Los «Acuerdos Autonómicos de julio de 1981», calificados de «convención constitucional» por algún prestigioso autor (132),

(130) Véase ROMAN HERZOG, «Comentario al artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn», en MAUNZ, DURIG, HERZOG, *Grundgesetz-Kommentar*, entrega de septiembre de 1980.

(131) En Alemania, determinados acuerdos o convenciones entre el Bund y los Länder, como por ejemplo el *Lindauer Abkommen*, son reputados abiertamente inconstitucionales por un sector mayoritario de la doctrina; véase, por todos, GUNTER KISKER, *Kooperation im Bundesstaat*, Tubinga, 1971, y ROLF GRAWERT, *Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Länder in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1967, pp. 131 y ss.

(132) LUCIANO VANDELLI, *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, pp. 406 y ss. La opinión la comparte EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «La primacía normativa del título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», en AUTORES VARIOS, *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1982, p. 491.

hubieran podido realmente llegar a serlo si el nuestro hubiese sido un sistema bipartidista; no lo es, y por eso los «Acuerdos Autonómicos» no llegaron muy lejos. Pero en otros temas en los que no se produzca tan claramente la contradicción de intereses entre los partidos de ámbito estatal y los partidos nacionalistas, el problema, sin embargo, puede llegar a plantearse.

Lo que importa ahora, en todo caso, retener es que mientras la convención se apoya en el consenso, nuestro sistema de control de constitucionalidad presupone la competencia, la «oposición» entre los partidos. Sin oposición el control de constitucionalidad no funciona (133), y la convención es una regla de conducta en un punto sobre el que no hay oposición.

Constar que la mutación por «interpretación modificada» ha llegado a su límite es algo todavía más difícil que en los supuestos anteriores. «A través de la interpretación de la norma —dice DE VEGA— se puede ir operando su adaptación a las necesidades y urgencias de la realidad y de la historia, sin necesidad de operar su reforma. No obstante, la interpretación tiene su límite. Y si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan, es entonces cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria» (134). Ciertamente, pero el problema estriba en saber en qué momento se comienza a «interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan», habida cuenta de que lo que significan las normas lo dice precisamente la interpretación, o de que la norma no está completa antes de haber sido interpretada (135). No podemos, como es lógico, entrar aquí en los problemas de los límites de la interpretación o, lo que es lo mismo, de la mutación por «interpretación modificada», ni merece la pena insistir en algo obvio: la dificultad para «constatar» cuándo este tipo de mutación ha llegado a su límite. Al «dilema» se ha referido, por lo demás, PEDRO DE VEGA, confrontando los planteamientos de KELSEN y de SCHMITT, en otro lugar de su obra (136).

Lo que resulta evidente es que las tres vías por las que puede produ-

(133) Hoy por hoy resulta impensable que el Defensor del Pueblo se oponga frontalmente a un pacto entre los partidos, y él es el único, además de éstos, con capacidad para promover el recurso de inconstitucionalidad (art. 32 LOTC).

(134) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 93.

(135) K. HESSE, «La interpretación constitucional», en *Escritos...*, op. cit., p. 43. De todas formas hay que advertir que la naturaleza circular del conocimiento aparece frecuentemente reivindicada (véase PEDRO CRUZ VILLALÓN, Prólogo a los citados *Escritos...* de HESSE, p. xx, nota 37).

(136) P. DE VEGA, Prólogo a CARL SCHMITT, *Defensa de la Constitución*, op. cit.

cirse una mutación constitucional plantean importantes problemas en orden a su control, es decir, al control efectivo de los límites de la mutación. Esto es algo, creo, que conviene no perder de vista cuando se afirma, sin duda con razón, que la reforma constitucional es necesaria cuando se han agotado las posibilidades de la mutación constitucional (137), es decir, que la reforma es la alternativa a la realización legítima de la Constitución (138).

3. La reforma es, pues, en los términos expuestos, no la alternativa a la inmutabilidad, sino la alternativa a la realización legítima de la Constitución: cuando ésta no es posible, es preciso enmendar la Constitución. La reforma aparece así como necesaria cuando la mutación constitucional ha agotado sus posibilidades, ha llegado a su límite: el límite de la constitucionalidad. Pero la reforma puede resultar necesaria también en otros supuestos que no guardan una relación directa con una previa mutación constitucional.

Para comprender la posible *función de la reforma*, de la norma «de» reforma, es preciso, en primer lugar, diferenciarla claramente de la función de la norma «sobre» la reforma (139). Comenzaremos, pues, por esto.

A) Se ha dicho que *el objetivo de la norma «sobre» la reforma* no podría ser otro que aquel que hace ya dos siglos le señalara MADISON en *El Federalista*: «Proteger por igual contra la facilidad extrema para cambiar el contenido de la Constitución, que convertiría a ésta en algo demasiado variable, y contra la exagerada dificultad, que perpetuaría los defectos manifiestos» (140). De ser ésta la función de dicha norma, cabría entonces preguntarse: ¿responde el título X de nuestra Constitución a ese doble objetivo?, o, lo que es lo mismo, ¿convierte quizá el título X a la Constitu-

(137) K. HESSE, *Concepto y cualidad de la Constitución*, op. cit., p. 25. P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 93.

(138) K. HESSE, op. cit. en nota anterior, p. 31.

(139) Esta es, quizá la parte del libro de PEDRO DE VEGA que, desde el punto de vista expositivo, aparece más necesitada de una «reforma». DE VEGA señala como «funciones de la reforma» constitucional: la adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, la articulación de la continuidad jurídica y de su institución básica de garantía (pp. 67 y ss.), pero sin distinguir entre lo que es propiamente función de la norma «sobre» la reforma (título X de la Constitución) y lo que es función específica de la norma «de» reforma.

(140) OSCAR ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, 1978, p. 956, citando a PEDRO DE VEGA, «La reforma constitucional», en el libro colectivo *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, p. 221.

ción en excesivamente rígida, cubriendo el primer objetivo, pero no el segundo?, o ¿convierte el título X a la Constitución en excesivamente flexible, cubriendo entonces el segundo objetivo pero no el primero? En realidad, esas preguntas no tienen respuesta.

La rigidez o la flexibilidad de una Constitución no viene dada sólo por la rigidez o la flexibilidad de su procedimiento de reforma. En ese sentido, la clasificación de BRYCE (141) no sólo es hoy superflua, sino que, además, induce a error. Que una Constitución resulte ser demasiado rígida o demasiado flexible, o equilibradamente rígida y flexible, es algo que sólo puede demostrarse *a posteriori*. «La facilidad o la frecuencia con que una Constitución se modifica depende no sólo de las previsiones legales acerca de la forma de enmienda, sino también de los grupos políticos y sociales que predominan en la comunidad y de la medida en que éstos apoyen o aprueben la organización y la distribución del poder político que la Constitución prescribe» (142).

Para comprender la auténtica función del título X hay que empezar por tener en cuenta que en este título, a pesar de su encabezamiento, no se regula la reforma, sino sólo el procedimiento para la reforma. No podría ser evidentemente de otro modo, ya que al elaborar la Constitución resulta imposible conocer «cuándo» será necesaria una reforma o «qué» reforma puede llegar a ser necesaria. Pero es que, además, el «procedimiento para la reforma» viene regulado en dicho título negativamente, por pasiva, o con carácter excepcional. Al establecerse un procedimiento más rígido para la revisión constitucional que para derogar la ley ordinaria lo que se pretende no es facilitar la reforma, sino por el contrario, dificultarla (143). El título X no tiene como objetivo o finalidad la reforma, sino la estabilidad de la Constitución.

El título X, «De la reforma constitucional», se traduce simplemente en un procedimiento agravado para dificultar la hipotética reforma de la Constitución. La norma «sobre» la reforma es, en realidad, una norma «contra» la reforma y «a favor» de la estabilidad. «Al establecerse un procedimiento más rígido para reformar la Constitución que para modificar las leyes ordinarias se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es, pues, a través del procedimiento

(141) JAMES BRYCE, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1963.

(142) K. C. WHEARE, *Las Constituciones modernas*, op. cit., p. 22.

(143) CARLOS DE CABO MARTÍN, *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, op. cit., p. 20.

de reforma como la Constitución se consagra y se transforma en *lex superior*» (144). El procedimiento de reforma, la norma sobre la reforma se convierte así en «una institución básica de garantía» (145), pero de garantía de la dificultad de la reforma, o, lo que es lo mismo, de garantía de la estabilidad de la Constitución (146).

Lo que no puede pedírsele a una norma es que garantice al mismo tiempo una cosa y su contrario. La petición de principio que formulaba MADISON es irrealizable. Todo lo que puede razonablemente pedírsele a la norma sobre la reforma es que obligue a que ésta se efectúe «tras una previa reflexión» (147), «que la preserve de un arrebato pasajero» (148), y nada más. Toda Constitución nace con una lógica pretensión de permanencia; con la pretensión, por tanto, «de que sea el cambio sociohistórico el que se acomode a la Constitución» (149) y no a la inversa. Garantizar lo contrario, es decir, que sea la Constitución la que se acomode al cambio sociohistórico, no es función de la norma «sobre» la reforma, sino de otra distinta: la norma «de» reforma.

En el plano jurídico es evidente que la norma sobre la reforma antecede lógicamente y concede validez a la norma de reforma, pero la consecuencia de la excepcionalidad, de que la reforma se regule como excepción, es precisamente que la norma de reforma viene en cierto sentido a contradecir la pretensión de la norma que le concede validez. La norma de reforma obedece la norma (sobre la reforma), pero contradice la regla. Puede

(144) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 69.

(145) *Idem*.

(146) Me parece que la función de la norma sobre la reforma puede desdibujarse si se hace excesivo hincapié en la función de protección de las minorías o se coloca a ésta en lugar central (P. DE VEGA, *op. cit.*, pp. 70 y 88). Aunque la protección de las minorías fuese la esencia de la democracia moderna (SARTORI) —que no lo es, puesto que la esencia de la democracia es la protección del pluralismo, algo que implica la protección de las minorías, pero que no se limita a eso—, lo cierto es que la función de la reforma es proteger la Constitución, lo que también implica proteger a las minorías, pero que tampoco se reduce a eso. Lo que de específica protección de las minorías pudiese tener nuestra norma «sobre» la reforma beneficiaría tan sólo, en último término, a aquella minoría que tuviese, cuando menos, más de un tercio de los votos del Congreso y otros tantos del Senado (arts. 167 y 168 CE).

(147) GEORGES BURDEAU, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Madrid, 1981, p. 115.

(148) GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, p. 107.

(149) CARLOS DE CABO MARTÍN, *Sobre la función del constitucionalismo...*, op. cit., p. 12.

decirse, por consiguiente, si el intérprete de la Constitución se pregunta por los supuestos que la rigidez está llamada a satisfacer, que la rigidez tiende a convertir en regla la estabilidad de la Constitución y en excepcional su reforma (150).

B) Aclarado lo anterior, estamos ya en condiciones de analizar la *función de la norma «de» reforma*.

La reforma «renueva» la Constitución. La reforma añade, suprime o altera uno o varios preceptos constitucionales (151). La norma de reforma viene a cumplir, por consiguiente, una función «idéntica» a la de una norma constitucional. Pero la reforma no «constituye» nada (152); el Estado está ya constituido. La reforma renueva la Constitución para «mejorarla» (153). Una propuesta de reforma tendrá que demostrar, por tanto, al menos lo siguiente (154):

a) La legitimidad de su objetivo. Como ya hemos dicho, la legitimidad de la Constitución «se supone» en la medida en que ésta es expresión del «consenso constitucional» y la carga de la prueba de la legitimidad corresponde, por consiguiente, a los defensores del proyecto de reforma (155).

b) Que el objetivo puede conseguirse a través de la Constitución. Esta exigencia se desdobra, a su vez, del siguiente modo:

— Que no se le pide a la Constitución algo que está más allá de sus posibilidades, de sus límites, de lo que con la norma o el Derecho Constitucional puede razonablemente conseguirse. Con otras palabras: el proyecto de reforma ha de moverse, por necesidad, dentro de los límites de la Cons-

(150) En cuanto a que la rigidez garantiza que la reforma se produzca sin ruptura de la continuidad jurídica (P. DE VEGA, *op. cit.*, pp. 87-88), hay que decir que según lo que se entienda por continuidad jurídica: en un cierto sentido, la rigidez no garantiza la continuidad jurídica en mayor medida (aunque, quizá, en menor) de lo que dicha continuidad quedaría garantizada permitiendo la reforma por ley ordinaria.

(151) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1970, p. 175.

(152) La comunidad está ya constituida en Estado. Véase *Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform*, Bundestag Drucksache 7/5924, p. 2. En ello insiste también repetidamente DE VEGA.

(153) DIETER GRIMM, *Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform*, *op. cit.*, p. 508.

(154) DIETER GRIMM (*op. cit.*, p. 508) reduce a tres las exigencias de la propuesta de reforma: legitimación del objetivo, demostración de que dicho objetivo colisiona con una norma constitucional y demostración de que el objetivo puede conseguirse a través del Derecho Constitucional.

(155) Véase apartado III.

titución o límites de poder constituyente (156), de los llamados «límites implícitos materiales» de la reforma (157).

— Que la reforma no supone una ruptura de la continuidad jurídica (158), es decir, que se respetan los límites «específicos» del poder de reforma (159). Estos límites pueden ser de tres clases:

1.^a Límites formales absolutos: las normas constitucionales que establecen el procedimiento de revisión no pueden ser objeto de reforma (160), porque una proposición o una norma no puede aplicarse a sí misma, y si se aplica (para llevar a cabo la llamada «reforma en doble grado»), las nuevas normas no podrán derivar ya su validez de las anteriores, porque es imposible la conexión lógica entre ellas (161).

2.^a Límites formales relativos o reglas de procedimiento: exigencia de mayorías cualificadas, etc. (162).

3.^a Límites materiales específicos del poder de reforma. El poder constituyente no sólo puede constituir, sino también limitar al poder de reforma (163), estableciendo para éste límites materiales «específicos», es decir, límites *ad extram* sobre los límites materiales del propio poder constituyente o límites de la Constitución. Este tipo de límite, que se expresa en forma de «cláusula de intangibilidad» (164), no existe en nuestra Constitución.

c) Que la reforma es necesaria. Para demostrar esta necesidad hace falta probar:

(156) Véase apartado III.

(157) Véase PEDRO DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., pp. 283 y ss. Ciertamente que «la existencia lógica de un núcleo resistente a la reforma, de un límite material absoluto para ésta, no puede traducirse en una ilicitud jurídico-positiva de la reforma aprobada infringiendo la Constitución» (IGNACIO DE OTTO, *La defensa de la Constitución...*, op. cit., p. 32), pero, como ya hemos dicho antes, si el pueblo entendió en su día que la Constitución de 1978 respetaba el «núcleo material» de la Constitución de un Estado democrático, no hay razón para temer que el pueblo pierda aquella capacidad de juicio ante una propuesta de reforma.

(158) Véase P. DE VEGA, op. cit., pp. 87-88, y cfr. nota 150 de este trabajo.

(159) En realidad, los verdaderos «límites del poder de reforma». Véase, en contra, HORST EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, op. cit., p. 102.

(160) P. DE VEGA, op. cit., p. 283.

(161) Véase la nota 157.

(162) Véase el título X CE.

(163) HORST EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, op. cit., p. 101.

(164) La «cláusula de intangibilidad» puede referirse a un límite del poder constituyente, explicitándole así como límite del poder de reforma, o puede referirse a un límite que no lo es de aquél, pero sí de éste.

— Que la reforma no es superflua, es decir, que el desarrollo de las medidas tendentes a conseguir el obojtivo en cuestión entraría, si no, en conflicto con algún precepto constitucional.

— Que la reforma es jurídicamente necesaria. Puesto que en la dogmática jurídica la necesidad designa una relación medio-fin («un medio es necesario cuando no existe ningún medio más sencillo para conseguir un determinado fin» [165]), la reforma será, desde luego, necesaria cuando el medio jurídico más sencillo, la mutación constitucional (166), haya llegado a su límite.

Pero si ciertamente la propuesta de reforma ha de responder a las mencionadas exigencias, para entender las posibles funciones de la reforma hay que enfocar el problema, además, desde otro ángulo distinto: la relación entre normalidad y normatividad.

La «coordinación correlativa» (167) existente entre la realidad política y la norma constitucional puede dar origen a distintos supuestos de reforma:

a) Puede ocurrir que la realidad política se haya impuesto a la norma, en cuyo caso la presencia de ésta estará sólo sirviendo para patentizar su incumplimiento (168).

b) Puede ser que la norma esté frenando un deseable desarrollo de la realidad (169).

c) Puede parecer conveniente constitucionalizar (para limitarla y controlarla) una práctica política determinada (170).

d) Puede ser necesaria una norma constitucional para prohibir una práctica política determinada (171).

(165) PETER HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts., 1980, p. 14.

(166) En el sentido que aquí hemos venido dando a «mutación constitucional».

(167) K. HESSE, *La fuerza normativa de la Constitución*, op. cit., p. 67.

(168) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., pp. 92-93.

(169) DIETER GRIMM, *Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform*, op. cit., páginas 507-508.

(170) De lo que existen numerosos ejemplos en el Derecho Comparado. Uno de los bien conocidos es el de la reforma, en 1969, de la Ley Fundamental de Bonn para introducir los nuevos artículos 91a, 91b y 104a y constitucionalizar (y limitar) así ciertas prácticas del llamado «federalismo cooperativo», como las ayudas financieras de la Federación a los Länder.

(171) La reforma puede introducir, por ejemplo, un artículo de contenido semejante al actual artículo 26 CE.

e) Puede estimarse necesaria una norma constitucional suscitadora de nuevas realidades (172).

Sólo en los tres primeros supuestos, la norma de reforma aparece, en principio, como un reflejo de la realidad política preexistente (en el supuesto tercero, la norma refleja la realidad, pero al mismo tiempo la constitucionaliza). En los dos restantes, la norma no refleja, sin embargo, la «realidad política», sino la «voluntad política», contraria, o innovadora, con respecto a dicha realidad.

La variedad de los supuestos de reforma pone, en todo caso, de relieve que ésta puede ser necesaria o conveniente no sólo cuando se ha constatado un «defecto» expreso de la norma constitucional, sino también cuando se quieren incrementar sus «virtudes». Dicho con otras palabras: la reforma no abre sólo la posibilidad de una «terapia», sino también la posibilidad de una «profilaxis» constitucional.

La problemática jurídica de la reforma no se plantea sólo en el terreno de la validez de las normas, sino además, como ya hemos dicho, en el de su eficacia. Pero no sólo en el de la eficacia de la norma singular, el precepto, sino también en el de la eficacia de la norma en su conjunto: la Constitución. Es en ese sentido en el que hay que entender la afirmación de DE VEGA de que «la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria» (173). Jurídicamente necesaria puede ser la reforma, como hemos visto, cuando la mutación constitucional ha llegado a su límite. Pero la mutación supone una norma cuya «realización» muda o cambia, y la reforma puede ser también necesaria o conveniente allí donde no existe una norma.

Quiere ello decir que la función de la reforma es un problema de *lege ferenda* y sólo en cierta medida un problema de *lege lata*. Pero quiere ello

(172) La reforma puede también añadir preceptos que intenten influir directamente sobre la realidad para transformarla, como lo hacen ahora, por ejemplo, el precepto de la Constitución que impide las discriminaciones ante la ley por razón de sexo (art. 14 CE) o el que establece la igualdad de los hijos con independencia de su filiación (art. 39.2 CE). La «mutación social» a través de la reforma de la Constitución tiene efectivamente unos límites claros, pero abre también unas posibilidades no menos evidentes (véase RICHARD BÄUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie? Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision*, Basel, 1978, pp. 83-87). Este es, sin duda, el aspecto más «positivo» de la reforma y hasta ahora el más descuidado por nuestros teóricos.

(173) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 92.

decir, además, puesto que la norma de reforma es «idéntica» a la norma constitucional, que la función de la reforma sólo puede analizarse en el contexto de la función de la Constitución. De ahí el doble mérito de la obra de PEDRO DE VEGA, al haber puesto de relieve las limitaciones de cierto positivismo jurídico para abarcar la entera problemática de la reforma (por estar encerrado en el problema de la validez) y al haber demostrado la semejanza entre teoría de la reforma y teoría de la Constitución, porque si bien «reformular» no es «constituir», la reforma no es tampoco simple «ejecución» (de las normas «positivas» del título X), sino auténtica «creación» de normas constitucionales.

El problema de la reforma, o el de sus límites —escribe DE VEGA—, «no es, estrictamente, una cuestión de derecho positivo. Más allá del concreto contenido normativo de determinados preceptos está la lógica del sistema constitucional considerado en su conjunto, a la que forzosamente hay que reconducir y desde la que se hace necesario, en todo caso, explicar la problemática... (174), una problemática que hay que situar más allá de las normas de derecho positivo, por representar realmente el centro de referencia en el que la racionalidad del ordenamiento se pone a prueba consigo misma» (175).

V

Hay que seguir profundizando ahora en esta línea abierta magistralmente por DE VEGA, y él será con seguridad uno de los primeros en hacerlo. En primer lugar, hay que integrar en la teoría de la Constitución—teoría de la reforma la problemática del «derecho europeo» o comunitario, quizá por exigencias sistemáticas no incluido en el libro, pero que plantea una problemática indisociable de la de éste: el «derecho europeo» no puede cambiar la letra de la Constitución, pero sí puede contradecirla e imponerse a ésta. En segundo lugar, la teoría de la Constitución de 1978 tiene que ahondar en el análisis de la «función de la Constitución» y de la función, o mejor sería decir de la «plurifuncionalidad», de las normas constitucionales, hasta ahora insuficientemente desarrollado: sólo si las distintas funciones de la norma están debidamente equilibradas lo estarán a su vez los

(174) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 290.

(175) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 294.

distintos «poderes» que desarrollan, ejecutan o interpretan la norma (176); sólo si la función jurídica está equilibrada con la función «simbólica» de la Constitución podrá mantenerse su fuerza normativa (177). En tercer lugar, hay que trabajar, en la línea señalada por DE VEGA, en la «democratización» de la Constitución democrática, abandonando la falsa polémica entre democracia directa y democracia representativa, y profundizando en los mecanismos de control que legitiman la representación.

En las páginas anteriores hemos comentado algunos de los aspectos que nos han parecido «claves» de la obra de PEDRO DE VEGA. Se refieren, ciertamente, a temas básicos del libro, pero son sólo eso. Hemos dejado, por ejemplo, sin comentar, para no alargarnos excesivamente, entre otras cosas, la brillante crítica a las normas sobre el procedimiento de reforma: los artículos 166 a 169 de la Constitución. El lector hará bien, si no lo ha hecho ya, en leer el resto de la obra: se trata, sin duda alguna, en su conjunto, de uno de los trabajos fundamentales para apoyar el desarrollo de la Constitución de 1978.

Faltan más de dos años para que nuestra Constitución cumpla una década. Será entonces una buena oportunidad para decidir si es o no necesario hacer alguna reforma. El tiempo que resta es el prudente para debatir con sosiego los pros y los contras de las distintas propuestas o posibilidades. Quizá no fuese, por eso, mala idea ir pensando ya en el nombramiento de una Comisión para el estudio de la reforma o, para que el nombre no parezca a algunos que prejuzga el resultado, de una Comisión para el estudio de la (realización de la) Constitución. Temas de los que podría ocuparse no faltan, desde luego. Sus trabajos, que habrían de ser públicos, y dar por resultado informes periódicos provisionales y un informe final, ofrecerían una excelente oportunidad para centrar el debate sobre la función de la reforma y sobre la función de la Constitución. Las más o menos recientes experiencias de Alemania, Suiza e Italia demuestran la utilidad de este tipo de Comisiones. En 1988 se podrá haber reformado o no la Constitución, pero no estaría de más que una u otra decisión se tomase con suficiente conocimiento de causa. El debate, en todo caso, se ha iniciado ya, y en el mismo el libro de PEDRO DE VEGA es pieza fundamental. Para saber

(176) PETER BADURA, «Verfassungsänderung und Verfassungsbildung», apartado de «Kriterien und Wege der Verfassungspolitik», en *Bericht der Sachverständigenkommission: Staatszielbestimmungen-Gesetzgebungsaufträge*, Bonn, 1983, p. 37.

(177) ULRICH SCHEUNER, *Verfassung*, op. cit., p. 118. KONRAD HESSE, *La fuerza normativa de la Constitución*, op. cit.

si es o no necesario «reformar», lo que hay que hacer periódicamente es «repensar» la Constitución, analizar la relación entre normalidad y normatividad, «poner —como dice PEDRO DE VEGA— la racionalidad del ordenamiento a prueba consigo misma» (178). Por eso, todo el que pretenda opinar sobre la Constitución de 1978, de hoy o de mañana, tiene que leer inexcusablemente este libro.

(178) P. DE VEGA, *La reforma...*, op. cit., p. 294.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA *

* Han participado en la elaboración de esta Sección:

José Gerardo Abella García.

Ricardo Banzo Alcubierre.

José Ignacio Sánchez Amor.

Julián Sánchez García.

Habiendo sido coordinada por *Germán Gómez Orfanel* (director del Departamento de Documentación del Centro de Estudios Constitucionales).

