

Los límites implícitos a la reforma constitucional*

The implicit limits to constitutional reform

Daniel Berzosa López

Profesor Coordinador de Derecho Constitucional de CUNEF Universidad y Abogado

danielberzosa@icam.es; dberzosa@cunef.edu

RESUMEN

El hecho de que una constitución no contenga límites expresos o cláusulas de intangibilidad a su reforma no implica que no existan límites a su reforma. Son los llamados límites implícitos. Estos operan en el sentido de que una constitución no se puede desfigurar hasta el punto de borrar, sea literalmente, sea de facto, los principios dogmáticos en los que se asienta en general un estado democrático y, en particular, la constitución de que se trate en sus elementos esenciales, de acuerdo con la voluntad del poder constituyente manifestada en ella.

PALABRAS CLAVE: Constitución, reforma, límites implícitos, poder constituyente, poder constituido, estado democrático

ABSTRACT

The fact that a constitution does not contain express limits or intangibility clauses to its reform does not imply that there are no limits to its reform. These are the so-called implicit limits. These operate in the sense that a constitution cannot be disfigured to the point of erasing, either literally or de facto, the dogmatic principles on which a democratic state is based in general and, in particular, the constitution in question in its essential elements, in accordance with the will of the constituent power manifested in it.

KEYWORDS: Constitution, reform, implicit limits, constituent power, constituted power, democratic state.

* Sesión académica de la RADE. Conferencia pronunciada en la sesión telemática celebrada el 03-02-2021.

El tema del motivo de la conferencia de hoy, que va a ser inicialmente muy técnico, trataré de llevarlo a un ámbito también comprensible para la generalidad del público. Acaso el problema que se va a discutir sea evidente para algunos o todos mis colegas de Derecho; pero no es modo alguno una cuestión sencilla y, dentro de esta especialidad, no son pocos los que sostienen que se trata de una cuestión precisamente académica y, por tanto, no efectiva. Al margen de semejante superficial afirmación; de lo que no cabe duda es de que es una realidad patente en el momento actual del mundo occidental y, probablemente, o mejor dicho, con mayor razón, en España.

Para entender o para llegar a ese punto de hablar de límites implícitos, se ha de presuponer que existen unos límites explícitos a la reforma constitucional. Y, por tanto, se ha de partir de la comprensión correcta de la reforma constitucional. Merece la pena detenerse momentáneamente a tratar de recordar qué es y qué significa exactamente la reforma constitucional y dónde hay que enmarcarla para entender el proceso que se puede desarrollar o que no se puede desarrollar.

Por otro lado, para que encontremos una auténtica Constitución en sentido contemporáneo, debe reconocer sin posibilidad de excepción alguna la soberanía del pueblo, la división de poderes y la garantía de los derechos. Aunque, naturalmente, no es lo mismo la comprensión y configuración de tales elementos a finales del siglo XVIII, durante el siglo XIX y la que está en el presente.

En torno a esta idea, lo que es incuestionable es que hay dos axiomas en los que se funda el Estado Constitucional y, también, por tanto, nuestra Constitución. Son el principio democrático y el principio liberal por decirlo resumidamente.

El principio democrático se traduce en el principio de la soberanía popular y el principio liberal, que ha evolucionado, se compone de tres partes. La garantía de los derechos, la división de poderes y, finalmente, la Constitución como norma suprema, esto es, la idea de supremacía constitucional.

Esto es muy importante tenerlo presente; porque, en la confusión política actual, que causan los populismos de distinto signo, se trata de opacar o de eliminar estos elementos. Y hay que tener algo claro desde el primer instante. Si falta cualquiera de estos dos principios, con las cuatro expresiones que he indicado (aunque en el presente, realmente, las imprescindibles se resumen en el poder constituyente o poder político soberano del pueblo y la supremacía constitucional como norma jurídica), no estaremos ante un Estado Constitucional, no estaremos ante un Estado que se fundamenta en la libertad y la igualdad del ciudadano, y que protege la libertad y la igualdad del ciudadano.

Es impresionante advertir que la libertad y la igualdad son como el aceite y el agua, y, sin embargo, el concurso de ambas es imprescindible para que haya democracia. Auténtica democracia. Dicho de la forma más sencilla posible para que se entienda sin dificultad esa relación adyacente de la igualdad y la libertad, la pregunta básica a la que responde la democracia o interesa a los defensores de la sola democracia es quién tienen el poder. Mientras que la pregunta básica a la que responde la libertad o interesa a los defensores de sola la libertad es cómo se ejerce el poder.

Y no es menos preocupante advertir que, en el presente, se han querido revivir ciertas corrientes que priman sobre todo solo la idea democrática, como si de un «sola Scriptura» luterano se tratara. Con olvido de la otra pata política y jurídica, la liberal, que conjunta e inseparablemente con la democrática, hace posible el Estado Constitucional, esto es, el que incluye las imponentes construcciones contemporáneas del Estado Liberal o de Derecho, y el Estado Social.

Es verdad que la idea del principio político democrático viene de una línea de pensamiento completamente distinta a la de la idea del control del poder. La primera trata de justificar el poder. Podemos decir que parte de las teorías medievales de Nicolás de Cusa y Marsilio de Padua, y va a culminar en la grandiosa construcción del iusnaturalismo contractualista, con nombres tan imponentes como Altusio, Pufendorf, Wolff, Burlamaqui, Vattel, Locke o Rousseau.

Sin embargo, la otra corriente de pensamiento, que probablemente haya que situar de la manera más cercana —aunque podamos hundir las raíces en momentos anteriores de construcciones políticas, como en la constitución romana republicana—, desde un punto de vista medieval, van a surgir de las teorías de ese control del poder por un Bracton, un Fortescue, sin hacer de menos por supuesto a toda esa teoría política de los monarcómacos y que va a concluir de forma imponente en la obra archiconocida de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, prácticamente en los albores de las revoluciones burguesas.

Porque todo este sistema político que tenemos en Occidente y espero que no estemos en un fin de ciclo, que está terminando, o, quizás, en una mutación que vaya a ocurrir. Todo esto que tenemos surge de ese momento que son las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII. Y estos principios que se han transformado, sin embargo, cristalizan en aquel momento.

Hay que destacar algo importante. Y es que la realidad, ya, en aquel momento, supera al idealismo del racionalismo contractualista, cuyo mayor ejemplo es Rousseau. ¿Por qué lo cito? Porque, en cierto modo, en el presente —insisto—, y en particular, sobre todo, por corrientes que se calificarían de izquierdistas o separatistas en España, tratan de basarse en que la única justificación posible es la democracia conocida como democracia directa o de la identidad; donde la única regla de funcionamiento es la mayoría, sin atender a otro tipo

de consideraciones. Sucede que, si esto se implanta, una idea como la de Constitución, que es consustancial a la idea de límite, esto es, de lo jurídico o propio del Derecho, carece completamente de sentido; porque, si el poder soberano lo ejerce directamente del pueblo y en todo momento, instantáneamente, carece en absoluto de sentido que haya alguna norma que pretenda limitar el ejercicio de un poder como ese, que es el máximo poder conocido y declarado conceptualmente por la doctrina.

Es asombroso constatar la derrota de esta línea de pensamiento por la realidad y por la historia, que lideraría Sieyès principalmente (otro ideólogo no tan conocido, pero importantísimo de la época) y que, a la postre, se estableciera como normal funcionamiento de los Estados democráticos la que conocemos y se haya generalizado en todos los países occidentales o de la órbita occidental como democracia representativa.

En la democracia representativa ocurre una división, que no se da en la democracia directa, y es la división entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Y si aceptamos que existe esta división es ya relativamente fácil construir una teoría constitucional y una idea de Constitución como norma que tiene que obligar por igual a gobernantes y gobernados. Esto es importantísimo.

Porque, dicho de una manera como si estuviéramos recapitulando. Se parte, en las revoluciones, de que se ha terminado la soberanía del monarca de origen divino, de que ya no cabe el «non est enim potestas nisi a Deo» (el «todo poder viene de Dios») predicado por San Pablo. De que ha sido derrotada la teoría de la corriente descendente del poder frente a los partidarios de la corriente ascendente, que tan genialmente nos va a contar Ullman. Esas luchas que ocurren en el seno de la Iglesia, respectivamente, entre canonistas y conciliaristas quedan resueltos en ese momento de la historia; donde la legitimación del poder ha de partir del principio político de soberanía popular.

En esa época, es verdad que es conflictivo hablar de pueblo y de nación; porque se les da un significado distinto. No podemos detenernos por extenso en ello ahora, dado que no es el objeto de la conferencia, y, por lo demás, en el presente, los conceptos de pueblo y nación son sinónimos en la teoría constitucional.

Lo esencial de esta oposición de la época revolucionaria burguesa en Francia es que, al darse cuenta mediante la realidad. Por ejemplo, hablando idealmente. Rousseau está pensando en la democracia ateniense, que es directa. Pero, claro, ¿cuántos sujetos tenían realmente derechos políticos en la democracia ateniense? ¿Dos mil? A mí, no obstante, me parece admirable, señoras y señores académicos, señoras y señores, me parece asombroso juntar a dos mil personas y que se entiendan. Porque, además, si no iban, los multaban. En todo caso, iban dos mil frente a los cuarenta mil, sesenta mil habitantes que los historiadores más

acreditados indican, según los manuales o libros, que podía tener Atenas hasta el Pireo, lo que era el territorio de esa república ateniense.

Es evidente que, en el siglo XVIII, cuando se calcula, a su vez, que Francia podía tener entre dieciocho y veinte millones de habitantes, y una extensión de medio millón de kilómetros cuadrados, es imposible realizar —como decimos— este ideal de la democracia directa. Y Rousseau, que ciertamente podría ser exagerado o idealista, pero no era tonto, incluso acabó concediendo este hecho.

El caso es que, efectivamente, dentro de esta genial idea burguesa, esta genial idea liberal los vencedores qué concluyen: «Señores, aquí va a haber unos que van a ejercer el poder; pero, para que estos que ejercen el poder no sean los soberanos (porque no lo son), ¿cuál es la única manera de que podamos controlarlos?». Introducir una norma, que va a suponer el nuevo significado de una palabra antigua y que se emplea con múltiples sentidos hasta aquel momento; pero que, para nuestra disciplina va a cambiar sustancialmente para siempre, y es la de «constitución». Y esa Constitución, mismo significante, nuevo significado, tiene que recibir necesariamente el atributo de ser la «Lex superior», de ser la norma superior —insisto—, que obliga por igual a gobernantes gobernados, a representantes y a representados para que se alcance el ideal de que el gobierno de las leyes se imponga al siempre caprichoso gobierno de los hombres.

Naturalmente, además, la Constitución, ¿qué tiene que permitir? Organizar el poder y, por otro lado, garantizar los derechos, siguiendo —como hemos anticipado— esos principios típicamente liberales, esa concepción burguesa del concepto político de Constitución. Estos, ¿dónde se encuentran? En el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; que estatuye que todo Estado donde no están garantizados los derechos y asegurada la separación de poderes, carece de Constitución. Este es el motivo para que encontremos una auténtica Constitución en sentido contemporáneo, si, además de reconocer la soberanía del pueblo, incluye la división de poderes y la garantía de los derechos.

Realmente, no es lo mismo la regulación de finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, que la que está en el presente. Entre otras cosas, porque tendrán que acontecer muchos fenómenos importantes, como será efectivamente la aceptación de la supremacía constitucional. Hecho sobre el que, mientras, en Estados Unidos, lo tendrán clarísimo ya en 1803, apenas transcurridos veinticuatro años de su Constitución, que es de 1787; en el caso de las naciones de Europa, habrá que esperar hasta que Kelsen lo sugiera a finales de los años 20 del siglo pasado y aparezca, casi anecdóticamente, solo en las Constituciones que le encargan redactar (la de Checoslovaquia o la de Austria), singularmente en la Constitución española de 1931 y se generalice tras la Segunda Guerra Mundial. Se trata de este punto de

referencia crucial, que estamos diciendo, y que consiste en que la Constitución no solo es una norma suprema, sino que es una norma jurídica; esto es, que obliga a todos y que de la que se derivan consecuencias jurídicas.

Hay otra cuestión importantísima que hay que tener presente para entender el alcance de lo que significa la reforma constitucional y la posibilidad de la existencia de límites. Y es una distinción que se debe al genio de Sieyès, y que es absolutamente clave. Utilizando su notación, que es la más sencilla, se trata de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Esta distinción no tiene ningún sentido en el mundo de la democracia directa; porque —insisto— es el pueblo el que está actuando permanentemente y en todo momento.

Pero si hay unos gobernantes y unos gobernados es clave la diferencia. ¿Por qué? Porque el poder constituyente es el que hace la Constitución. De ahí que la Constitución debe ser incluso antropológicamente, al margen de los mecanismos jurídicos para asegurar su supremacía, la regla superior de la sociedad. Pero, atención, una vez que se pone en marcha, el poder constituyente del pueblo podemos decir que desaparece, se diluye o se plasma precisamente en la Constitución. De suerte que, como dirían un Kelsen o un Krabbe; cuando se aprueba la Constitución, el soberano es la Constitución y el Derecho.

Como les decía, está claro que los principios legitimadores, los supuestos legitimadores, uno de los grandes hallazgos de la burguesía y que los va a confirmar durante todo el siglo XIX va a ser la identificación entre legalidad y legitimidad. El cumplimiento de la legalidad va a ser ciertamente el primer mecanismo para garantizar la legitimidad y, al mismo tiempo, va a suponer una dificultad importante. ¿Por qué? Porque, como diría Mortati, lo importante de la Constitución formal o Constitución escrita es que responda, se adecue a la Constitución material, a lo que en la realidad y en la praxis está ocurriendo en la sociedad.

Por un lado, poder constituyente, que es un poder soberano y, por naturaleza, por tanto, por propia concepción, ilimitado. Es un poder político. Lo puede todo. Mientras que el poder de reforma, aun siendo singular respecto de los demás poderes constituidos, no deja de ser también poder limitado. Es un poder constituido, como lo es el Parlamento, como lo es el Gobierno, el Poder Ejecutivo, como lo es el Poder Judicial o, en la España actual, como lo son las comunidades autónomas y sus órganos.

El poder de reforma es un poder que está regulado. Que puede lo que dice la Constitución que puede hacer. Sin embargo, es verdad que es un poder altamente notable. ¿Por qué? Pues porque de él depende la posible transformación o cambio de los preceptos constitucionales vigentes. Y, con esto, nos vamos acercando, en este espacio que me ha sido concedido, y desde el que me siento tan honrado de dirigirme a todos ustedes, a la limitación interna o externa, a esos límites implícitos que pueden existir para ponerlo en marcha.

¿Por qué insisto tanto en esto? Porque, por ejemplo, en España, ahora —al margen de otra cuestión que comentaré—, es que, al darse cuenta ciertos actores de que no pueden alcanzar los mecanismos exigidos por el procedimiento de reforma, están proponiendo, están intentando actuaciones de deslegitimación social o paralelas, con el objeto de provocar mutaciones que efectúen un cambio en nuestra Constitución sin tocar aparentemente lo escrito. Lo que decíamos de la Constitución formal y Constitución material. Lo cierto y verdad es que —insisto— nuestra Constitución nos sorprende, porque nuestro constituyente tomó la decisión de no establecer ningún límite expreso o cláusulas de intangibilidad a su reforma.

Ya sé que he hablado de límite explícito, expreso, y que el tema son los límites implícitos. Pero permítanme un poco la reflexión para entender adecuadamente, por esta oposición, por qué hemos de hablar de límites implícitos frente a límites expresos. No voy a dedicarle mucho tiempo. Lo diré de la forma más sucinta posible. ¿Qué es un límite expreso, un límite explícito o una cláusula de intangibilidad? Es una manifestación que se contiene en la propia Constitución y que indica que esta se puede reformar, excepto en las materias que indique que no se puede reformar.

Con unos ejemplos se va a entender aún de forma más clara. Si es que no lo ha sido ya. Es el caso del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que es el nombre de la Constitución alemana; es el caso del artículo 89 de la Constitución de la República francesa; y es el caso del artículo 139 de la Constitución italiana. En el primer caso, se dice claramente que no se pueden tocar los principios y valores en los que se asienta el Estado federal alemán (artículos 1 y 20) y que tampoco se puede tocar la estructura en *länder* del Estado. Y en el caso del artículo 89 de la Constitución francesa se dice que no se puede proponer ninguna reforma que suponga una alteración de la integridad territorial del Estado; así como tampoco se puede proponer una revisión acerca de la forma republicana de gobierno. El caso del artículo 139 de la Constitución italiana coincide en esta última parte con el artículo citado de la Constitución francesa; no se puede, mediante reforma, tratar de cambiar la forma republicana de gobierno en Italia.

¿Por qué nuestro constituyente no introdujo ningún límite explícito, ninguna cláusula de intangibilidad? Pues, es un misterio o, quizá, responde al propio mecanismo como se pasó del régimen dictatorial a la democracia; donde se siguió un rupturista procedimiento «de la ley a ley» (Fernández-Miranda) y formó parte de las cesiones y acuerdos que la oposición democrática y los elementos del régimen que querían cambiar hacia la democratización. Como si se dijeran: «Vamos a aceptar este pacto general; y ¿qué es lo que vamos a hacer? No vamos a poner ningún límite explícito a la reforma tampoco en adelante, sino que, aparentemente, aquí se puede reformar todo. Basta con seguir los *procedimientos*». Seguramente ese es el motivo y, quizás, lo conozcan, de que nuestra Constitución —que

parece que somos más que nadie—, no contemple un procedimiento para su reforma, sino que regula dos posibles procedimientos de reforma.

Un procedimiento de reforma *sencillo*, contenido en el artículo 167 de la Constitución y un procedimiento de reforma *agravado*, contenido en el artículo 168. El procedimiento del artículo 167, por recordarlo someramente, exige tres quintos de los miembros del Congreso y del Senado para su aprobación; pueden proponer la reforma el Gobierno, cualquiera de las Cámaras o indirectamente las comunidades autónomas; no cabe iniciativa legislativa popular; si no hay acuerdo, hay que montar una comisión mixta Congreso-Senado; si no hay acuerdo, con mayoría reforzada de dos tercios del Congreso y mayoría absoluta del Senado, se aprobaría; y, luego, solo si, en los quince días siguientes, se solicita un referéndum por la décima parte de los diputados o senadores, se celebraría este referéndum nacional.

El caso es que nuestra Constitución se ha reformado dos veces, como es conocido, y nunca se nos ha convocado en referéndum. El precepto empleado, de acuerdo con la materia, ha sido el artículo 167 y nunca se ha convocado referéndum; porque, nunca, esa exigencia de diputados o senadores la han solicitado. Son los casos del artículo 13.2; cuando se introdujo el inciso «y pasivo», para que los otros europeos residentes en España no solamente pudieran votar a los alcaldes, a los concejales, sino que pudieran presentarse como alcaldes o concejales. Y el más reciente —quizás, los economistas, sobre todo; pero todos lo tienen presente— es el del artículo 135; cuando la anterior y para algunos no cerrada última crisis financiera económica mundial obligó a ampliar ese artículo 135 de la Constitución —que, por cierto, contiene una alusión, dando por hecho que existe la Unión Europea— a los efectos de nuestro equilibrio presupuestario. Esas dos reformas que ha tenido nuestra Constitución están en el ámbito del artículo 167 y no se nos convocó a los españoles en ninguno de los casos a referéndum.

Y, luego, está la reforma del artículo 168, que contiene un procedimiento de reforma que ha permitido a algunos decir que cualquier cosa sería posible en España, incluso respecto del tema de la secesión pretendida por algunas fuerzas políticas. Adelanto ya que esto es una aspiración de reforma insostenible, aunque no haya ningún límite formal a ello, precisamente por una cuestión elemental de coherencia básica del sistema constitucional. Sin perjuicio de que sirva como distracción o banderín de enganche políticos, para alimentar a los seguidores de semejante destrucción. Esto es así; porque sencilla y claramente constituiría lo que la doctrina francesa llama *faussement* de la Constitución. Un claro fraude constitucional por el que se sustituiría precisamente el poder constituyente del sujeto soberano que es el conjunto del pueblo español.

El artículo 168 de la Constitución, a la postre, parece que se ha convertido en el artículo imposible en sí mismo, casi una cláusula de intangibilidad. ¿Por qué? Porque es irrealizable

en la práctica. Ya saben que el procedimiento de aprobación exige —dicho de una forma telegráfica— aprobación del principio o necesidad de la reforma por dos tercios de los miembros del Congreso de los Diputados y otros dos tercios de los miembros del Senado. Luego de lo cual, sigue de forma automática la disolución de las Cámaras y, por tanto, la convocatoria de elecciones a Cortes Generales. Estas nuevas Cámaras tienen que apoyar la decisión tomada por las Cámaras anteriores (el principio o necesidad de la reforma). Nada dice la Constitución sobre la mayoría que se necesita para este paso; pero se da por hecho en la mayoría de la doctrina de que debe ser una mayoría reforzada idéntica a la que inicia el proceso y por la que, en su caso, se concluye, según la misma Constitución, es decir, mayoría de dos tercios del Congreso y del Senado. En el caso de que se apruebe, se pasa a aprobar la concreta reforma, de nuevo, con mayoría de dos tercios en ambas Cámaras. Y, finalmente, en este caso, obligatoriamente, sí o sí, de acuerdo con el tenor literal del precepto, debe celebrarse un referéndum nacional, que, por supuesto, es vinculante.

Pero, como les digo, la Constitución no contiene ningún límite expreso, ninguna cláusula de intangibilidad. Por lo que, en principio, todo se podría cambiar de ella. Y hay una parte no menor de la doctrina que asume esta postura. Eso, sin tener en cuenta lo que harían los representantes políticos en caso de verse en tal situación con el respaldo mayoritario del electorado. Es fácil imaginar el qué. Naturalmente, admitir esto sin más atenta contra cualquier lógica inmanente del propio sistema constitucional y a la lógica del desarrollo con la realidad.

Y, ¿cuáles son o pueden ser estos límites implícitos a la reforma de la Constitución? ¿Cuáles serían o son esos límites implícitos, que no están expresados en ninguna parte? Bien. Originariamente, y como les he dicho, de acuerdo con la doctrina burguesa, si el concepto político de Constitución consagrado en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dice que, para que haya una verdadera Constitución, tiene que haber división de poderes y derechos fundamentales, parece claro que su indemnidad es un límite implícito a la reforma de la Constitución, ¿verdad?

Si se pueden suprimir los derechos fundamentales, si se puede suprimir la división de poderes, lo que se produce no es ni siquiera una reforma de la Constitución, sino su destrucción. Por cierto, estamos en un momento de tensión con este punto. Está latente, es conocido para todos o, al menos, es conflictivo. Lo habrán oído; aunque no sea directamente respecto del poder judicial. Hay una gran vivacidad en el debate en relación con la reforma de la manera de elegir o designar a los vocales del Consejo General del Poder Judicial, no porque estos sean poder judicial, que no lo son, sino por la incidencia que puedan tener en el nombramiento de los jueces, magistrados o presidentes de las salas judiciales. Está habiendo ahí una tensión sobre esa cuestión clave. Ciertamente, se trata aquí de una reforma constitucional, sino una variación de una ley.

Paréntesis: naturalmente, por poder, si se está en la sola lógica del poder frente al derecho, se puede hacer todo lo que permita el poder que se haya alcanzado, es el caso de un conflicto revolucionario entre fuerza y derecho; pero estamos hablando en términos jurídicos, de aceptación racional de una propuesta y de un logro de ese carácter dentro de la mejor teoría sobre la reforma constitucional. Cierro paréntesis.

Lo cierto es que los presupuestos burgueses de finales del siglo XVIII y del siglo XIX no son exactamente válidos en el presente. El Estado original revolucionario burgués es un Estado que la doctrina apellida Liberal, en el sentido de que es un Estado simplemente de Derecho; donde la Constitución sobre todo tenía una misión negadora. La revolución burguesa pone el acento en el individuo, en la sociedad, y desea, al menos, ideológicamente, que el Estado dé un paso atrás, convirtiéndose en mero «vigilante nocturno», en la conocida expresión del socialista alemán Ferdinand Lasalle.

Así, mientras que, en el Estado absolutista, toda la sociedad y toda la política se organizaban en función del Estado, una de las aportaciones de las revoluciones burguesas es la división entre Sociedad y Estado, y la creencia de que lo positivo acontece en la Sociedad. El Estado es un mal menor, que, por eso, debe ser lo menor posible. ¿Cuál es entonces la misión de la Constitución? Sobre todo, arrinconar o reducir ese Estado al mínimo. De suerte que la autorregulación de la Sociedad haga posible la creación, el crecimiento, la riqueza, la libertad. Tampoco puedo extenderme en más consideraciones de esta cuestión, al no ser objeto de la conferencia. Lo que sí podemos afirmar es que parece que se constata el fracaso de esta concepción política y, en todo caso, se ha asumido ya a finales del siglo XIX y, a primeros del siglo XX, empiezan a aprobarse nuevas constituciones, que alumbrarán lo que se conoce como Estado Social.

Es más, Weber, el primero que va a hablar de esos sentimientos morales y patéticos que van a hacer cambiar las constituciones, como nos recordaba Pedro de Vega, obliga primero a los gobiernos. Como ejemplo, se puede citar a alguien tan poco democrático como el mariscal Bismarck, canciller del Imperio alemán, que, sin embargo, firma los primeros acuerdos sociales con los sindicatos alemanes a finales del siglo XIX; porque los grandes juristas del derecho público alemán les van a decir: «O hacemos la revolución social o nos hacen la revolución política». O el hecho que va a culminar, primero, en que los derechos fundamentales, los derechos naturales ya no son absolutos, sino que habrá que delimitarlos y concretarlos y, además, se va a hacer que el Estado participe, ya no sea neutral, para intentar —por decirlo de manera muy sencilla y muy simple— nivelar las desigualdades materiales que puedan acontecer en la sociedad.

La primera manifestación de este Estado Social, de estos nuevos derechos sociales incluidos en una norma, aparece la Constitución de Querétaro, de México, en 1917. Posteriormente,

por vía de la socialdemocracia y, en Europa, del llamado «Welfare State», se va a generalizar con la «sociedad del bienestar» o, incluso, se va a juridificar con la obra referencial del gran discípulo de Schmitt, Forsthoff, «La administración como proveedora de servicios», y su concepto de «Daseinsvorsorge» o «procura existencial»; donde se va a implicar al Estado. Es decir, la Constitución se va a cambiar profundamente y esa, sin más, manifestación de los derechos o de la división de poderes se pone en tela de juicio. La Constitución ha de dar un paso más en su significado.

¿Cuáles serían, por tanto, en el presente, con carácter general y, luego, podremos hacer alguna manifestación, en concreto, para España? ¿Cuáles serían esos límites implícitos incuestionables? Uno es el principio político de soberanía popular, del que se van a derivar unos límites implícitos, que llamaremos materiales, a efectos expositivos, y el otro, y si quieren anterior, el principio jurídico de supremacía constitucional y del que se van a derivar unos límites implícitos formales.

No obstante, ya verán cómo, aunque el desarrollo y la conceptualización de los límites implícitos materiales parezca negar lo que hemos dicho al inicio, como consecuencia de la evolución de ese Estado burgués, de ese Estado Liberal a un Estado Social (en la formulación de nuestra Constitución sería el «Estado social y democrático de Derecho»), ya veremos cómo, a la postre, nos va a llevar ahí y es posible que, en el caso de España, en el presente, haya algún elemento, algún límite implícito material más, que probablemente pueda ser asumido; aunque siempre puede ser fruto de discusión.

Refiriéndome al primero de los límites implícitos que he dicho y que son los límites implícitos formales, y que derivan de la idea de supremacía constitucional. Esto es importantísimo, porque, insisto, mientras que, en el siglo XIX, era posible hablar de constituciones que los constitucionalistas llamamos «constituciones flexibles» (Bryce), es decir, cuando la Constitución, al ser un mero conjunto de principios podía acabar siendo reformada por una ley del Parlamento, lo que convertía al Parlamento en un poder constituyente en lugar de un poder constituido; porque derogaba la Constitución llegado el caso. Esto no sería posible en la actualidad.

El primero que lo va a ver con toda claridad, que lo va a enunciar sagazmente es Sandulli. Este va a declarar que un límite implícito formal, un límite implícito jurídico indiscutible es la propia rigidez constitucional. La rigidez constitucional consiste en esto; en que hace falta un procedimiento más difícil para cambiar las normas contenidas en la Constitución, que para cambiar otras normas. Esto va a causar también, aunque no sea el tema de esta exposición, que la Constitución quede configurada como una norma efectivamente superior, no solo como norma suprema en sentido moral o político, sino en sentido jurídico. La propia rigidez constitucional, por tanto, debe entenderse como un límite implícito formal.

De hecho, la inmensa mayoría de las constituciones, después de la Segunda Guerra Mundial, son rígidas. Solamente conozco, salvo que se me corrija, tres supuestos. Y dos son claros y uno no me lo parece exactamente. Nueva Zelanda, Israel y el Reino Unido. El que no me lo parece es el Reino Unido; porque, por no tener, no tiene ni Constitución escrita; pero tampoco podemos detenernos ahora aquí, pues sería objeto de otra exposición sin duda ninguna. La Constitución inglesa, aunque no esté escrita, tiene una serie de mecanismos, con elementos que probablemente son plenamente conscientes de que no se pueden cambiar, so pena de acabar con su propio sistema, siendo aquel país la cuna de las libertades.

Pero hay otros autores que van más allá, que incluso el punto de vista y como derivada de esto, si la rigidez constitucional, si la supremacía constitucional es el primer y más evidente el límite implícito formal, se preguntan cuáles son las normas contenidas en una Constitución que claramente no se pueden reformar. Las propias normas que regulan el procedimiento de reforma. Las normas que permiten cambiar las demás normas que están en la Constitución.

Quienes mejor han contado esto son Merkl y Ross. Efectivamente, ambos parten del normativismo y del gradualismo jurídico. De la idea de que toda norma necesita de una norma que la habilite o que le da competencia para poder operar y, lógicamente, tanto en uno como en otro pensamiento qué es lo que se va diciendo. En el caso de Merkl, es la idea de la «Derogationsnorm». Toda norma para ser cambiada o para ser afectada necesita de una que le da cobertura. Desde este pensamiento, ese principio que viene del derecho romano de que la ley posterior deroga a la anterior, obviamente en el mismo rango y con la misma eficacia, no es automático en el caso de las normas de reforma constitucional. Y, ¿por qué? Pues porque, si bien la Constitución se convierte en última instancia en la norma que es la competencia de la competencia, sin embargo, dentro de la Constitución, son las normas de reforma, al permitir el cambio, las que gozan de una cualidad singular respecto de las demás. Son las auténticas normas de derogación y, por tanto, no pueden ser cambiadas por ellas mismas, sino que un cambio de dichas normas supondría realmente una acción revolucionaria y un cambio de un sistema por otro, hablando jurídicamente.

Ross llega a una conclusión parecida; porque pertenece a la misma escuela de pensamiento; pero con algún matiz. En su caso, ¿cuál es? Que mientras que todas las normas de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico hasta que llegan a la Constitución presuponen las normas jerárquicamente superiores para tener su legitimidad y su competencia, ¿qué es lo que ocurre dentro de la Constitución? Que, como son las normas de procedimiento de reforma y se ponen en marcha para cambiar las demás normas. Acabo de decir que el artículo 167 de la Constitución permitió cambiar el apartado segundo del artículo 13 para introducir el inciso «y pasivo». El artículo 167 ha permitido también de derogar, cambiar lo que dice el artículo 135. Pero la legitimidad de las normas de reforma

hay que presuponerlas. Y aquí solamente caben dos posturas. O entiendo que todas las normas de la Constitución, dentro, tienen exactamente el mismo rango y competencia y legitimación, en cuyo caso ningún cambio o alteración de la Constitución sería posible; o entender que, lógicamente, aunque haya que suponerlo, las normas de reforma tienen un rango superior y, por tanto, permiten cambiar, alterar, modificar, suprimir el resto; pero no a ellas mismas. Ni que decir tiene que Ross naturalmente se inclina por esta segunda acepción. Reconozco que esto es complejo, pero estamos en el ámbito de la inmanencia y de la normatividad jurídica, por decirlo así, en sus desarrollos un tanto extremos, cuasi filosóficos, de su esencialidad.

Y ¿cuáles serían de forma destacada los límites que hemos calificado de implícitos materiales, en todo caso, en nuestra Constitución; en cualquier Constitución? Y, ahora, pondré una serie de ejemplos. Pues, hablábamos del principio político de soberanía popular, que, no obstante, conectado solidariamente, veremos que nos remite a que es necesario que haya garantía de los derechos y división de poderes, para que la libertad, para que la democracia sea auténtica y efectivamente realizable.

Está claro que lo anterior no se puede sustituir en el presente, aunque se podría hacer, claro es, por la vía de los hechos; pero, para sorpresa nuestra, la llamada Constitución de la República Popular de China, la llamada Constitución de la República Islámica de Irán señalan como sujeto del poder soberano al pueblo chino y al pueblo iraní respectivamente. Sabemos que las constituciones en esos dos países son meros nombres. No son auténticas constituciones; porque, incluso, aunque hablen aparentemente de una división de poderes, carecen de libertad. En un caso, hay una verdad política dogmática en forma partido único y, en el otro, una verdad dogmática religiosa que desvanece la aparente pluralidad política. Ahí no se puede entender en modo alguno que estemos ante una construcción homologable a la que responde a todo el pensamiento occidental.

Lo que sí aparece de forma nítida en el presente, aunque sea solo como escaparate o trampantojo, es que, efectivamente, para legitimar la acción política tiene que ser asignado al pueblo, entendido como su fundamento primigenio e insustituible. En Occidente, es así... por el momento. Tengamos presente una cuestión muy importante. Ha de ser el pueblo, pero para que no se convierta en algo caprichoso y desde Hobbes, que es el más clarividente justificador del Estado totalitario, nos encontramos el hallazgo intelectual de Talmon, que va a decir que, en el propio Rousseau y en el 'solo democracia', hay un germen de totalitarismo. Que, por desgracia, vimos verificado claramente, ya no últimamente, pero claramente con el ascenso de Hitler al poder en Alemania. Su ascenso democrático, su aprobación democrática de las leyes racistas, leyes raciales. En fin, toda aquella atrocidad del Holocausto, de la *Shoah*. Y no han sido los únicos elementos; porque, cuando el soberano, tiene todo el poder —sea el pueblo, entendido voluntad general; sea un monarca; sea un

partido— no necesita justificarse ante nadie. Y no es posible introducir límites a un poder que no conoce más límites que otro poder soberano.

Por eso, aunque se quisiera reformar la Constitución y se tuviera la mayoría para conseguirlo, sería un verdadero despropósito suprimir el artículo 1.2 de la Constitución. ¿Qué dice ese precepto? «La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado». El pueblo español es el titular de la soberanía. Sabemos todos..., bueno, quizá, algunos políticos no. Sabemos todos que el soberano es el pueblo, no es el Parlamento. El Parlamento (artículo 66 de la Constitución) es el representante del soberano. Pero el soberano es el pueblo. Si eso se suprimiera, está claro que España no sería un régimen constitucional, un régimen democrático, un Estado Constitucional. Lo decía al principio de esta exposición. Hay dos axiomas en los que se asienta el Estado Constitucional y son dos axiomas imprescindibles, como aceite y agua, para garantizar la libertad y la igualdad.

No nos cansemos de reiterarlo. Son como aceite y agua. Porque, efectivamente, la democracia responde frente a la titularidad de la soberanía, a la pregunta de quién tiene el poder. Y la libertad o el liberalismo responde ante el ejercicio del poder, a la pregunta de cómo se ejerce el poder. Comprender esto es decisivo. Indeclinable. Pues bien, el concurso de ambos es necesario para que ese ejercicio de la voluntad popular sea auténticamente libre, con pluralidad de medios, con el poder no solo en unas solas manos... En definitiva, con unos derechos individuales garantizados y asegurados.

Porque, si no, además, y, quizás, esto sea un comentario trascendente; pero no quiero dejar de pronunciarlo y, menos en esta sede académica, donde lo diré, una vez más, me siento muy honrado de estar presente, y donde, además, naturalmente, cualquier cosa que diga, solo faltaría, está sometida a crítica o mejor informe. Pues, se trata aquí no tanto establecer una idea preconcebida, cuanto de suscitar un debate. Pero quiero decir, los nervios, los cimientos de esto que llamamos Occidente y que parece que vemos tambalearse en el mundo y en España son la Grecia clásica, la Roma clásica y el Cristianismo, que trae el germen de la individualidad, que trae el germen de decirle al Estado que tiene el poder para todo, excepto para llegar a un punto, que, en el caso del Cristianismo, será adorar a una persona como Dios. Y de ese germen, de esa astilla va a surgir toda una serie de pensamiento y cristaliza finalmente, aunque es verdad que la construcción contemporánea se convierte en exitosa por medio del iusnaturalismo protestante, pero también de raíz cristiana, en la teoría, la ideología de los derechos naturales, llamados entonces, que tiene toda persona por el mero hecho de ser persona.

No olvidemos que el gran definidor jurídico del Estado Liberal es Kant, y este lo va a definir con una precisión y una sencillez admirables. El Estado civil como Estado jurídico (el Estado civil, en la expresión de Kant, es la «societas política, sive civilis»). El Estado civil, es decir,

el Estado se fundamenta en tres principios *a priori*; la libertad de todo individuo como ser humano, la igualdad respecto de los demás en cuanto súbdito y la independencia en tanto que es ciudadano.

La libertad sigue siendo el objeto principal de las revoluciones burguesas. A lo que aspira el constitucionalismo. Por tanto, aunque sea indiscutible que el límite implícito material es la soberanía del pueblo, de forma solidaria nos vuelve a reconducir a lo que era el concepto político de Constitución, ya en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Naturalmente, una reforma de la Constitución que pretendiera suprimir los derechos fundamentales (están en el título primero, artículos 14 a 38), o suprimir la división de poderes sería también claramente un auténtico atropello y una acción revolucionaria.

En el caso concreto de España, me atrevo a ir más allá. Y aquí son variaciones en función de los autores (Haub, Vattel...). En Suiza, por ejemplo, sostienen que la estructura federal, cantonal forma parte esencial y, por tanto, no se puede reformar. Al hilo de esto y en mi opinión, un límite o dos, si me apuran, implícitos materiales, derivados claramente de nuestra Constitución son la Monarquía parlamentaria, clave de bóveda del sistema, y —les guste más a unos y menos a otros— es la organización autonómica del Estado.

Si realmente se pretendiera sustituir —por mucho que se diga— ..., o, por ejemplo, sin ir más lejos, el disparate aún más grave de aspirar a sustituir el sujeto de la soberanía. Por mucho que, en algunos periódicos, algunos autores hayan escrito: «Oiga, señores separatistas, ustedes consigan la mayoría del 168, y aquí paz y después gloria, y fragmentamos España, y este cachito por aquí y este cachito por allá». Que se puede hacer, se puede hacer por la fuerza; pero no se puede hacer jurídicamente. En el mejor de los casos —que es malo—, estaríamos, como decía la doctrina francesa, ante un fraude constitucional. Pero esto tendría que ser también objeto de otra exposición.

Pues bien, recapitulo. La Monarquía parlamentaria es clave. De hecho, está dentro del artículo 1, que es fundamentalísimo. Los artículos 1 y 2 de la Constitución son equivalentes a los artículos 1 y 20, a los que remite el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn. ¿Qué se contiene en el artículo 1, en concreto, en su apartado primero, de la Constitución? «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». El 1.2 ya lo he citado, la soberanía nacional. Y el 1.3, «la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria».

Y ¿qué es lo que dice el artículo 2? Hace referencia a que España es un Estado compuesto. Es un Estado, que la doctrina ha llamado, autonómico, fundado en la unidad, en la autonomía y en la solidaridad: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación

española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, y la solidaridad entre todas ellas».

Así, pues, en mi opinión, en el caso particular de España, no solamente estas cuestiones generales de la soberanía nacional, de los derechos fundamentales, de la división de poderes, que son comunes a cualquier Estado Constitucional del mundo, sino que intentar alterar las cuestiones específicas que se han señalado por vía de reforma, aun teniendo las mayorías para ello, sería un auténtico fraude constitucional.