

EL ACTO DEL ORIGEN Y LA SOBERANÍA NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Una Constitución es en relación con una sociedad determinada, lo que la estructura de pilares y vigas para un edificio, esto es, la parte esencial de una sociedad que posibilita hacer dentro de la misma una variedad de cosas, como en un edificio lo permite su estructura, aunque no debamos de perder de vista que aquello que podemos hacer tiene también sus límites, los propios de esa estructura, por lo que si quisiéramos ir más allá de lo que la misma tolera, habríamos de modificarla. Esto es lo que sucede cuando, por ejemplo, se derriba una parte de un edificio o se acometen reformas estructurales importantes. No obstante, cuando se lleva a cabo una reforma de estas características, deberíamos tener en cuenta las advertencias de Hume al respecto: “En materia de formas de gobierno no cabe, como en otros mecanismos artificiales, desechar una vieja máquina si podemos dar con otra más precisa y cómoda, o hacer sin riesgo pruebas de éxito dudoso (...). En consecuencia, el decir o experimentar en esta materia dando crédito a supuestos argumentos y filosofías nunca será propio de magistrados prudentes, que sentirán profundo respeto por lo que presenta las huellas del tiempo, y aunque puedan intentar mejoras en pro del bien público, acomodarán en lo posible sus innovaciones al antiguo edificio, y conservarán las principales columnas y apoyos de la constitución” (Hume, 1987: 128).

José J. Jiménez Sánchez es profesor Titular de Filosofía del Derecho de Universidad de Granada.

Tampoco podemos olvidar que existe una clara diferencia en la manera en que se llevan a cabo los cambios en un edificio o en una sociedad, pues en el primero esas transformaciones no vienen normalmente predeterminadas por el mismo inmueble. De ahí que lo habitual sea la demolición del edificio y el levantamiento de uno de nueva planta que a veces ni siquiera tiene el solar en común con el anterior. Por el contrario, los cambios que se realizan en una sociedad bien ordenada (Rawls, 1996) exigen que esas reformas se hagan de acuerdo con las reglas constitutivas de la sociedad que se quiere reformar, pues toda sociedad política está construida de acuerdo con los planos definidos en su Constitución, en los que se prevé también la manera en que se han de abordar los cambios de la misma. Todo aquello que se hiciera al margen de esos planes previamente establecidos, habría que considerarlo revolucionario, producto de la insubordinación, algo más propio de sociedades fallidas que de sociedades razonablemente constituidas, en las que ha de primar el respeto a las reglas. Ésta es la razón por la que convendría recordar la definición que Malaparte da del golpe de Estado, que consiste en la modificación de la situación política interior de una determinada sociedad al margen de las normas establecidas (Malaparte, 1960: 113).

Así pues, la Constitución define la estructura jurídico-política esencial de una sociedad, por lo que puede considerarse como la norma más importante del sistema jurídico; además, todas las normas que se crean dentro del mismo tienen que encontrar la razón de su existencia –su validez, dirá Kelsen (1995: 129 y ss.)–, en la norma primera, es decir, en la Constitución. Para entenderlo hemos de modificar el símil que usamos anteriormente. Pensemos ahora en una pirámide invertida. En principio, esa pirámide se asentaría sobre su vértice, que no es sino la misma Constitución. A su vez, la Constitución se articula en torno a la idea de soberanía, que hemos de entender como *poder constituido*, en la medida en que viene definido por la propia Constitución. En el Preámbulo, y lo mismo sucede en la norteamericana –“We the people...”– se afirma que “La Nación española (...) en uso de su soberanía, proclama su voluntad de...”. Después, en el texto articulado se insistirá en la misma idea al afirmar en el art.1.2 que “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Por tanto, el soberano no es, de acuerdo con lo que

se afirma en la Constitución, sino el mismo pueblo, la nación española, y los poderes, todos los poderes, emanan de ese pueblo, esto es, ese pueblo es el origen de los mismos. Por eso se dirá que las “Cortes Generales representan al pueblo español (...y) ejercen la potestad legislativa” (art. 66.1 y 2), así como que la “justicia emana del pueblo” (art. 117.1).

La Constitución no dice aparentemente nada nuevo, pues estas ideas que el texto recoge proceden, en principio, de Sieyès (1973)¹, quien puso la soberanía de la nación en el lugar del monarca absoluto, por lo que concibió ese poder como un poder que estaba por encima de las leyes, en tanto que la voluntad de la nación no se encontraba supeditada a las mismas, puesto que éstas procedían de aquélla. Es decir, la nación se concibió como poder constituyente en el que se originaban tanto el poder constituido como el derecho. H. Arendt (2004: 263) dice que la nación era como “el príncipe absoluto (...) no podía errar, porque era el vicario de Dios en la tierra”. El inconveniente de esta posición consiste en que desplazamos la soberanía nacional desde un terreno normativo, en el que nuestra Constitución la sitúa, a otro fáctico, en el que Sieyès ha colocado la voluntad de la nación, lo que obliga necesariamente a someter a la nación a las condiciones propias de desenvolvimiento del estado de naturaleza, en tanto que la voluntad nacional es un poder constituyente en plena efervescencia y sin ningún tipo de límite.

Sin embargo, H. Arendt encuentra una diferencia sustancial entre este modelo, el de la revolución francesa, y el de la revolución americana, en la que el acto del origen no es, siéndolo, simplemente una cuestión de hecho, de la que trae causa la fundación de una nueva sociedad, sino que simultáneamente lo es también de fundamentación, esto es, una cuestión de principio², en la que lo fundado encuentra su legitimación. Así pues, en la medida en que una voluntad política, como poder constituyente que es origen de todo poder, funda un orden jurídico-político sobre la soberanía popular, origen a su vez de todos los poderes constituidos, esto no lo hace de manera arbitraria, puesto que esa voluntad política no puede ir más allá de lo que la

¹ La diferencia que establece **Sieyès** entre poder constituyente y poder constituido no hace sino reflejar la que había establecido **Spinoza** entre *natura naturans* y *natura naturata*. Vid., al respecto, **F. Ayala**, “Introducción” a Sieyès (1973: XIX-XX).

² Sobre la diferencia entre cuestión de hecho y de principio vid., **R. Dworkin** (1985).

fundamenta, es decir, de los principios –“la promesa mutua y la deliberación común” (Arendt, 2004: 295)–, en los que se asienta el propio acto de fundación o constituyente. Este planteamiento novedoso respecto de lo acaecido en Francia, es el que permite establecer un gobierno constitucional, cuyo origen se encuentra en una soberanía nacional asentada sobre el principio de democracia y el reconocimiento de los derechos y libertades individuales.

La soberanía nacional tiene, en consecuencia, dos características: en primer lugar es un poder constituido y no constituyente, en la medida en que el mismo viene establecido por la Constitución y, en segundo lugar, es un poder imposibilitado para hablar por sí mismo, por lo que deberíamos poder articular efectivamente esa voluntad general a través de la construcción de una voluntad política racional, es decir, tendríamos que saber cómo una voluntad que se concibe como voluntad general puede decidir y hacerlo racionalmente. Sólo hemos encontrado un medio, la voluntad de todos, a saber, la voluntad de la mayoría. Kelsen (2006) reflexiona sobre esta voluntad y percibe con claridad que la misma genera ciertos problemas³ que trata de solucionar mediante dos mecanismos. Uno de ellos consiste en el reconocimiento por parte de la mayoría de los derechos público-subjetivos, que actuarían como límites de las propias decisiones mayoritarias. Sin embargo, este límite de la voluntad de todos es en realidad una autolimitación, por lo que no es un auténtico límite, ya que depende de la misma voluntad que debería limitarse. El otro mecanismo posee un cariz distinto, pues consiste en la introducción de la jurisdicción constitucional, cuyo fin es el de impedir los excesos de la mayoría –“todo acto de una autoridad delegada contrario al tenor del mandato por el que dicha autoridad se ejerce es inválido. Por consiguiente, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido” (Lledó, 2002: 198)–, tal y como Hamilton estableció en el número 78 de los artículos federalistas (Lledó, 2002: 195 y ss.). Esta limitación, el control de constitucionalidad de

³ La dificultad más importante consiste en que el principio de la mayoría no puede evitar por sí mismo que se instale un sistema político contrario al propio juego del principio de la mayoría. Así pues, las decisiones mayoritarias se encuentran frente al argumento de la ‘reductio ad hitlerum’, un argumento que, nos guste o no, es muy consistente, pues plantea que la corrección o incorrección de una decisión no puede depender del número de personas que la apoyen, sino de la rectitud del argumento que se defiende. Vid., al respecto, **José J. Jiménez Sánchez**, “Democracia y derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), págs. 85 y ss.

las decisiones mayoritarias por medio de la jurisdicción constitucional se fundamenta en presupuestos que difieren de la primera limitación. No corresponden a una democracia de carácter mayoritario, sino más bien a una democracia de carácter diferente, a una democracia constitucional, en la que los límites ya no dependen de ninguna voluntad mayoritaria, absoluta o cualificada, porque los mismos se piensan como inherentes o constitutivos de la misma democracia (Dworkin, 2008) (Habermas, 1998).

Si esto es así, quiere decirse que la soberanía nacional establecida por una voluntad política en el acto del origen y plasmada como poder constituido en la Constitución, se expresa por dos vías; primero, por medio de la voluntad mayoritaria cuya plasmación es el resultado de las urnas y cuyo cometido fundamental es la elaboración de leyes y, segundo, a través del control de constitucionalidad, desde el que cabe establecer “una Constitución limitada”, que es aquella que “contiene determinadas excepciones expresas respecto a la autoridad legislativa”, lo que sólo puede lograrse “mediante tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser declarar inválidos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución” (Lledó, 2002: 198). De ahí que pueda afirmarse que el “control de constitucionalidad no es un medio para frustrar la voluntad pública, sino un medio para asegurar que ‘la soberanía nacional’ continúe siendo superior a nuestros gobernantes” (Sunstein, 2009: 48).

En nuestro caso, el acto del origen cabe situarlo en los años de la llamada Transición⁴. Si caracterizamos el consenso de aquella época como

⁴ Creo que quien mejor ha reflejado las dificultades que esta cuestión ha suscitado en estos últimos años, ha sido un novelista, **J. Cercas**, quien en su última obra afirma que “la transición no sólo es objeto de debate, sino también (...) objeto de lucha política. Se me ocurre que este cambio es por lo menos consecuencia de dos hechos: el primero es la llegada al poder político, económico e intelectual de una generación de izquierdistas, la mía, que no tomó parte activa en el cambio de la dictadura a la democracia y que considera que ese cambio se hizo mal, o que hubiera podido hacerse mucho mejor de lo que se hizo; el segundo es la renovación en los centros de poder intelectual de un viejo discurso de extrema izquierda que argumenta que la transición fue consecuencia de un fraude pactado entre franquistas deseosos de mantenerse en el poder a toda costa, capitaneados por Adolfo Suárez, e izquierdistas claudicantes capitaneados por Santiago Carrillo, un fraude cuyo resultado no fue una auténtica ruptura con el franquismo y dejó el poder real del país en las mismas manos que lo usurpaban durante la dictadura, configurando una democracia roma e insuficiente, defectuosa. (...) Yo creo que es un error. Aunque no tuviera la alegría del derrumbe instantáneo de un régimen de espantos, la ruptura con el franquismo fue una ruptura genuina” (Cercas, 2009: 431-2).

‘las promesas mutuas y la deliberación en común’, lo que en mi opinión es absolutamente pertinente, podremos entonces considerar tal momento como aquel en el que se produce un acto de fundación, que instauro un nuevo sistema jurídico-político recogido en la Constitución de 1978, que nada tiene que ver con el anterior, al mismo tiempo que lo fundamenta en los principios que posibilitan las promesas mutuas y aseguran la deliberación en común, es decir, el principio de democracia y el reconocimiento de derechos y libertades individuales, que como es evidente mucho menos tienen que ver con los presupuestos teóricos en que se asentó la dictadura, ya que aquéllos implican una ruptura plena y “genuina” respecto de lo que éstos implicaban. Inspirándose en tales fundamentos se elabora, en definitiva, una Constitución que instituye el principio de la soberanía popular, que queda articulada por medio de la práctica de la voluntad mayoritaria y el control de constitucionalidad del ejercicio de la misma.

Sin embargo, este período ha sido, incomprensiblemente⁵, desprestigiado por sectores muy amplios de nuestra sociedad, al considerar que la “transición a un sistema democrático se llevó a cabo a partir de un proceso de reforma iniciado desde la legalidad institucional de la dictadura del general Franco [...Así como que la] transición se produjo en un contexto presidido por instituciones y otros actores políticos claramente vinculados a la dictadura”⁶, con lo que podemos deducir sin mucho problema que si la transición fue un proceso de reforma política tutelada desde la dictadura, su obra, la Constitución de 1978, posee su misma mancha, está contaminada. De ahí que propongan, frente a la Transición, un nuevo pacto político de carácter confederal, sustitutivo de la configuración autonómica recogida en la Constitución de 1978. El trasfondo filosófico-político de tal aventura se asienta sobre la calificación de nuestra democracia como una

⁵ O quizá no tan incomprensiblemente. Sólo hace falta recordar la siguiente advertencia de **H. Arendt**: “la autoridad de la república estará a salvo y se conservará intacta mientras que el acto, el origen en cuanto tal, se siga conmemorando, cualquiera que puedan ser los problemas constitucionales prácticos que se planteen” (Arendt, 2004: 210), lo que leído *sensu contrario* nos llevaría a sostener que con la deslegitimación del período de la transición, del acto del origen o fundación, se pretende quebrar la autoridad de nuestro sistema jurídico-político, esto es, la Constitución de 1978.

⁶ Preámbulo, Ley 13/2007, del 31 de octubre del Memorial Democrático (Cataluña), que refleja muy bien el espíritu de esos sectores críticos de la transición.

“democracia roma e insuficiente, defectuosa”. Sin embargo, esta interpretación de la Transición es absolutamente errónea, pues como acabo de decir más arriba la Transición y su obra, la Constitución, responden a principios radicalmente distintos de los del régimen precedente, y además la idea es insensata, pues “insensatos son todos los que derriban algo que les hace bien antes de levantar en su lugar algo mejor” (Hobbes, 1992: 202).

Aunque esta propuesta pueda calificarse como errónea e insensata, es indiscutible que la práctica política de los actores políticos que han defendido el Plan Ibarretxe (Jiménez Sánchez, 2006: 532 y ss.) o el Estatuto de Autonomía de Cataluña es democrática, pues permanentemente se refieren a la necesidad de respetar la voluntad del pueblo expresada democráticamente. Sin embargo tal remisión a la voluntad popular plantea dos tipos de dificultades. La primera es de carácter doméstico, en tanto esta defensa de la democracia por parte de quienes han apoyado el Plan o el nuevo Estatuto, se hace a costa de la quiebra de un sujeto político, el pueblo español, reconocido en la Constitución de 1978 como soberano, al mismo tiempo que se defiende su sujeción por otro nuevo sujeto político, el pueblo vasco o catalán, poseedores del derecho a decidir autónomamente su destino político, es decir, poseedores del derecho de autodeterminación⁷. De ahí que quepa concluir que si bien su práctica pudiera calificarse como democrática, desde luego que no sería la de la democracia que se encuentra en nuestra Constitución. La segunda dificultad es más de fondo, pues se centra en el debate sobre el mismo concepto de democracia, especialmente sobre cuál sea en realidad el concepto de democracia que sustentamos, bien sea uno de carácter mayoritario, bien constitucional (Jiménez Sánchez, 2007: 191 y ss.).

En este texto no entraré en la cuestión de fondo. Sólo me ocuparé del problema del soberano y los poderes que emanan del mismo, tal y como ha sido planteado en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, por lo que dejaré de lado muchas otras preguntas acerca de asuntos tales como los derechos históricos, la lengua, el poder judicial, la bilateralidad y la consecuencia final de todos ellos, la confederación, que nos llevaría de-

⁷ Sobre los problemas de fondo planteados por esta cuestión vid., Jiménez Sánchez (2003: 233 y ss.) , y Jiménez Sánchez (2006: 13 y ss.)

masiado lejos. Para ello me apoyaré en el Preámbulo y en el texto articulado, especialmente en el Título Preliminar, pues se quiera reconocer o no, el Preámbulo tiene una gran importancia en todo texto legislativo, aún más en textos fundamentales como puedan ser una Constitución o un Estatuto de Autonomía, –la Constitución es el desarrollo de su Preámbulo, dirá Justice Breyer (2005: 25)–. Pues bien, en ese Preámbulo se hacen afirmaciones que cuando no son contradictorias, son confusas: “El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución”, lo que está bien, al mismo tiempo que “en los derechos históricos del pueblo catalán”, lo que parece contradecir la afirmación anterior, contradicción que se reafirma –¿o acaso se desvanece?– al hablar en su último párrafo del “derecho inalienable de Cataluña al autogobierno”.

Si, parafraseando a Breyer, un Estatuto es el desarrollo de su Preámbulo, parece evidente que el texto articulado habría de mantener al menos el mismo nivel de contradicción y confusión. Afortunadamente para Breyer, aunque no creo que para nosotros, así ocurre en el *Estatut*, pues su texto reproduce esta manera tan original, por contradictoria y confusa, de argumentar, perdón, de legislar. Así en el art. 2.4 se dice que “Los poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña y se ejercen de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y la Constitución”, esto es, una cosa y aparentemente su contraria, pues da la impresión de que se defienden, al mismo tiempo, dos cosas contradictorias. El origen de los poderes constituidos se encuentra en el pueblo catalán, pues es el lugar de donde emanan, al mismo tiempo que se defiende la Constitución, pues el poder ha de ejercerse de acuerdo con ella. Sin embargo, si analizamos el texto con detenimiento, podremos percibir que en realidad se sostiene que los poderes de la Generalitat tienen su origen en un pueblo, que no coincide con aquel del que se habla en la Constitución y del que emanan los poderes –todos– del Estado, al mismo tiempo que se dice que aquellos poderes se ejercen de acuerdo con el Estatuto y la Constitución, aunque su origen no tenga lugar en ella. Es decir, la Constitución tiene una presencia absolutamente irrelevante –¿evanescente?– en el texto, pues no interviene en la cuestión decisiva del poder, que es la de su origen, y cuando lo hace en la del ejercicio del poder, ocupa un lugar irrelevante, pues frente al Estatuto queda relegada, en un orden de prioridades, a un segundo lugar.

Parece evidente que el conflicto quedó servido. Es tal la confusión que genera el texto, que no quedó más remedio que acudir al Tribunal Constitucional, lo que por otra parte se hizo en siete ocasiones, entre las que merecen destacarse los recursos presentados por el Defensor del Pueblo y el Partido Popular. Esto podría haberse evitado en varios momentos de la tramitación parlamentaria. Primero si la Mesa del Congreso hubiera considerado que el proyecto que vino de Cataluña consistía en una reforma constitucional, pues eso es lo que era en realidad, y segundo, si se hubiera reintroducido el recurso previo de inconstitucionalidad, con lo que se habría evitado que el pueblo catalán se pronunciara sobre un texto del que se tenían más que dudas razonables sobre su constitucionalidad. En ninguno de los dos casos se hizo y ahora nos encontramos con un problema de gran envergadura, al que también han contribuido algunas decisiones del propio Tribunal Constitucional como la de considerar acertada la decisión de la Mesa del Congreso⁸; no acumular los diferentes recursos, especialmente los dos más importantes, así como un excesivo retraso, más de tres años, hasta ahora, para adoptar una decisión que es fundamental respecto del orden constitucional.

Podría pensarse a primera vista que de acuerdo con lo establecido en la Constitución de 1978, la función central del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete máximo de la Constitución, lo que implica una función de control y limitación de los excesos que puedan cometer los otros dos poderes, el legislativo y el todopoderoso ejecutivo, por lo que el ejercicio de tal control no habría de causar ninguna irritación. Sin embargo, este poder que posee el Tribunal Constitucional de revisar la constitucionalidad de las leyes ha suscitado un enorme debate, no siempre razonable, en nuestra sociedad, lo que ha provocado que, en estos años de espera, se hayan extendido entre la opinión pública diferentes tipos de argumentos que tratan de desprestigiar, al tiempo que presionar, al Tribunal Constitucional. Me ceñiré sólo a dos, pues basta para que pueda comprenderse la gravedad de tales intentos de deslegitimación, sin entrar en aquellos que rozan la infamia, que por su debilidad teórica no merecen una mínima atención. Entre ellos, unos lo son de carácter político y otros de cariz moral. Jurídico-

⁸ ATC 85/2006, de 15 de marzo.

cos no existen, pues siendo los que deberían haberse utilizado, si es que los hubiera, parece que no se han encontrado.

Los argumentos de carácter político se basan en la contraposición entre lo decidido por el pueblo catalán y el control de constitucionalidad que ha de ejercer el Tribunal Constitucional sobre el *Estatut* y que puede poner en cuestión lo ratificado en referéndum por el primero. Así se subraya que el Tribunal Constitucional se encuentra en un dilema al tener que dirimir entre la constitucionalidad del *Estatut* y respetar al mismo tiempo la voluntad del pueblo catalán. Éste es un falso dilema, pues el Tribunal no se debe sino a uno de los cuernos del mismo, que no es sino aquel en que se encuentra la Constitución. Quienes se deben al segundo, al pueblo catalán, son sus políticos, catalanes y estatales, el *Parlament* y el Congreso de los Diputados, que nunca debieron haberlo llevado por ese camino sin que antes se hubiera dejado claro que aquello sobre lo que se les invitaba a votar y decidir, estaba limpio de cualquier tacha de inconstitucionalidad. En la Grecia clásica⁹, esos políticos habrían sido expulsados de la ciudad por haber confundido a su pueblo. En conclusión, el pueblo, ni siquiera una parte de él, nunca se equivoca, pero puede ser confundido por sus políticos.

Los argumentos de carácter moral inciden en el grado de legitimidad que tienen las decisiones del Tribunal Constitucional frente a las del Parlamento. Mientras que las primeras no tienen fundamento democrático, sí que lo tienen las que toma el segundo. Es decir, el Tribunal Constitucional es un organismo que ha de estar supeditado al legislador, en tanto que éste recibe el poder directamente del pueblo por medio de las votaciones expresadas a través de las urnas, por lo que su legitimación es plenamente democrática, mientras que la del Tribunal Constitucional es derivada, ya que la obtiene a través de los representantes elegidos por el pueblo, que son los que, a su vez, nombran a los miembros del Tribunal Constitucional. Esta argumentación se basa en distinguir las instituciones democráticas –el Parlamento– de las judiciales –el Tribunal–. No obstante, esa distinción es errónea, pues es la misma Constitución la que otorga al Tri-

⁹ Recuérdese la institución ateniense de la acción pública contra propuestas inconstitucionales, *graphe paranomon*. Vid., al respecto Hansen (1974: 53-4) y Blackwell (1987: 68 y 98 y ss.).

bunal un mandato concreto y completamente democrático. Por tanto, el Tribunal Constitucional tiene una obligación tan constitucional y democrática como la que tiene el Parlamento, aunque esa obligación se desempeñe de manera diferente. El Parlamento ha de crear las leyes y el Tribunal Constitucional controlar que las mismas se atengan al ‘tenor manifiesto’ de la Constitución y ambas funciones son por igual constitucionales –pues es la Constitución la que las establece–, y democráticas, pues la Constitución no es sino la expresión de la voluntad del pueblo que en un momento determinado, 1978, decidió por una mayoría abrumadora que las reglas contenidas en la misma habrían de ser las que regularan nuestra convivencia de manera duradera y pacífica¹⁰.

Así pues, sólo restan argumentos de carácter jurídico que son los que respaldan, precisamente, la independencia de un Tribunal Constitucional que tiene la obligación constitucional y democrática de interpretar la Constitución y así “asegurar que las otras instituciones se mantengan dentro de los límites legales establecidos por la soberanía nacional” (Sunstein, 2009: 47). Si esto es así, el Tribunal tiene la obligación, caso de que se presente un recurso ante el mismo en los términos establecidos por su ley orgánica, de dictaminar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida recurrida. Es cierto que no podemos saber cuál sea la decisión del Tribunal, aunque sí que podemos tener cierta idea, al menos en relación con el tema que nos ocupa –el problema de la soberanía nacional y los poderes que emanan de la misma–, si atendemos a su jurisprudencia, en la que el Tribunal ha de encontrar, tal y como diremos, su legitimidad y preservar su honor, el honor del jurista (Kelsen, 1995b: 65)¹¹ (Punset Blanco, 2008: 10).

¹⁰ Algo similar ha sucedido en la democracia británica, que ha pasado de un modelo mayoritario, conocido como el sistema de Westminster, al modelo constitucional. **Lord Bingham** lo plasmó en una de sus decisiones cuando afirmó que “I do not in particular accept the distinction which he (the Attorney General) draws between democratic institutions and the courts (...) But the function of independent judges charged to interpret and apply the law is universally recognized as a cardinal feature of the modern democratic state, a cornerstone of the rule of law itself (...) he (the Attorney General) is wrong to stigmatize judicial decision-making as in some way undemocratic (...) The 1998 Act gives the court a very specific, wholly democratic mandate”, cit. en (**Lord Steyn**, 2006: 250).

¹¹ En ella se defiende la ventaja de que el defensor de la Constitución sea un órgano jurisdiccional dada la “ética profesional” de los jueces.

En la STC 103/2008, de 11 de septiembre, se hacen algunas afirmaciones que deberían tener consecuencias cuando se dicte sentencia en el caso del *Estatut*. En su FJ 4 se dice que “El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquellos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines [el poder constituyente-constituido]. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente (*sic*), la voluntad del Pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político”. Parece evidente que estas afirmaciones habrán de tener consecuencias en relación con lo establecido por el *Estatut*, al menos en lo relativo a las cuestiones relacionadas con la fundación de la soberanía nacional y el origen de los poderes constituidos.

Pero aún más importante es que esta STC se apoya en lo afirmado en sentencias anteriores y remite al FJ 4 a) de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, en el que se citaba el FJ 3 de la STC 4/1981, de 2 de febrero. En este último fundamento jurídico de la sentencia de 1981 se afirmaba que “autonomía no es soberanía”, al mismo tiempo que se reconocía que “la Constitución parte de la unidad de la Nación española, que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional”. Esta remisión a sentencias anteriores permite construir una línea jurisprudencial coherente que es lo que dota, en opinión de R. Dworkin (1996), de legitimidad al Tribunal Constitucional. De ahí que su importancia no pueda quedar limitada a las sentencias dictadas, puesto que esa línea jurisprudencial asentada por medio de sentencias varias a lo largo de un período de tiempo ha de mirar necesariamente hacia el futuro, esto es, hacia decisiones venideras, entre las que necesariamente estará las que se refieren al *Estatut*.

Hasta ahora hemos reflexionado sobre el acto del origen, así como sobre la cuestión de la soberanía y el origen de los poderes en la Constitución de 1978 y su cuestionamiento desde el nuevo Estatuto de Cataluña. Este problema está entrelazado con otros dos, el de la reforma constitucional y el del

poder de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Importa ahora señalar que ambas cuestiones –la reforma constitucional y el del poder de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes–, se mueven en el terreno normativo. En esencia, ésta era la idea de Kelsen (1995), uno de los juristas más importantes del siglo XX. Sin embargo, su teoría planteaba un problema, pues no quedaba claro que todo un sistema jurídico pudiera asentarse sólo y exclusivamente sobre una norma, aunque fuese la Constitución. De alguna manera, el sistema kelseniano recordaba el cuento del Barón de Münchhausen, que quiso salir de entre unas aguas pantanosas tirando sólo y exclusivamente de sus propios cabellos.

Las insuficiencias de la teoría de Kelsen condujeron durante todo el siglo XX a que otros autores trataran de corregirlas. Primero Hart (1980), quien defendió que esa pirámide de Kelsen requería de un espacio real sobre el que asentarse, es decir, la Constitución exigía su aceptación por la propia sociedad –*el poder constituyente*–, donde encontraría el suelo sobre el que levantarse. Esta teoría planteaba, no obstante, una dificultad, aquella que deriva del ejercicio irrestricto de la voluntad política, pues si la misma no está sujeta a ningún tipo de límites, esa voluntad puede terminar aceptando cualquier cosa. De hecho así sucedió en la Alemania nazi y, en otro sentido, en la Sudáfrica del apartheid. Es decir, la Constitución ha de asentarse más allá de lo que pudiera fijar como adecuado en un momento determinado cierta opinión pública, lo que podría quedar simbolizado por el terreno sobre el que hunde sus raíces una Constitución, pues ese terreno sólo será realmente firme si se funda –dicen los arqueólogos– sobre roca madre.

De ahí la necesidad de que la voluntad política, pero también la mayoría, adopte decisiones racionales. Sobre esta cuestión han reflexionado de manera muy profunda dos autores actuales, uno de ellos alemán, Habermas (1998), y otro norteamericano, Dworkin (2008). Aunque hay diferencias entre ambos, en el fondo defienden la misma idea. Para que podamos considerar racional una Constitución aceptada en una sociedad, esa Constitución ha de respetar dos principios: el de la soberanía popular o autonomía pública –Dworkin lo llamará igual respeto y consideración–, y el de la autonomía privada o libertades subjetivas de acción –que es en lo que consiste, según Dworkin, el autogobierno o responsabilidad personal.

Pues bien, nuestra Constitución responde plenamente a esas exigencias de racionalidad, ya que está construida sobre los principios de democracia –la soberanía radica en el pueblo–, y el reconocimiento de una serie de derechos y libertades individuales. ¿Quiere esto decir que no pueda reformarse nuestra Constitución? No, la Constitución puede reformarse y de hecho vivimos en una situación en la que estamos abocados a su reforma, pero, y esto no debe olvidarse para no caer en los errores del pasado, esa reforma ha de hacerse de acuerdo con las exigencias planteadas en la misma Constitución, es decir, respetando los procedimientos de reforma que se establecen en ella, y además “siempre y cuando no se (...) vulnere(n) los principios democráticos [esto es, la soberanía popular o autonomía pública] o los derechos fundamentales [es decir, la autonomía privada o libertades subjetivas de acción]”¹².

En definitiva, la Constitución de 1978 fue aceptada por el pueblo español de manera abrumadora, una gran mayoría, por lo que puede considerarse, si aludimos a la terminología de Rousseau (1986), quizá por primera vez en nuestra historia como la Constitución de todos, pero también como una Constitución que instituye una voluntad general, asentada sobre principios, la democracia y los derechos y libertades individuales, que la hacen consistente desde un punto de vista racional. Indudablemente esto no quiere decir que no tenga insuficiencias, pues como toda obra humana las tiene, aunque en mi opinión la mayor parte de sus defectos se encuentran, antes que en ella, en los errores que se han cometido a la hora de desarrollarla, pues no hemos sabido estar a la altura de lo que nos exigían sus principios. Así pues hemos de enfrentarnos ahora a su reforma y al hacerlo tenemos que tener presente las advertencias no sólo de nuestra Constitución, en tanto que hay que atenerse a los procedimientos de reforma que establece, sino también a aquellas formuladas por su máximo intérprete, el Tribunal Constitucional, cuando afirmó que las reformas que emprendamos no pueden realizarse al margen de las exigencias de racionalidad –principios democráticos y derechos fundamentales– ya presentes en nuestra querida Constitución.

¹² STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.

PALABRAS CLAVE:

España • Constitución Española • Estatutos de Autonomía

RESUMEN

El sistema jurídico-político instaurado por la Constitución española de 1978 se origina en el período de la transición, que puede definirse, en términos habermasianos, como el de una práctica dadora de constitución, que no responde sólo y exclusivamente a una voluntad política arbitraria, sino también a unos principios racionales plasmados en la idea del consenso, la idea –diría Arendt refiriéndose a la revolución americana– del acuerdo mutuo y la deliberación en común. De ahí que pueda considerarse la Constitución de 1978 como la fundación de un régimen político –una democracia constitucional, diríamos ahora–, fundamentado racionalmente en una serie de principios. Esto hace que tengamos que considerar fuertemente legitimada la Constitución de 1978, así como las instituciones que recoge, entre ellas el Tribunal Constitucional. Esto supone defender que todo cambio de la misma requiere seguir los procedimientos establecidos, pero también exige que se respete el funcionamiento de sus instituciones. Cualquier posición política que exceda ambos extremos se situaría en el terreno de la insubordinación.

ABSTRACT

The legal-political system established by the 1978 Spanish Constitution emanates from the Transition. This period would be defined, in Habermasian terms, as a constitution drawing practice. It does not respond solely to an arbitrary political will, but to a series of rational principles expressed in the idea of consensus, the idea – as Arendt would say, regarding the American Revolution – of mutual agreement and joint deliberation. Thus, the 1978 Constitution can be considered as the foundation of a political regime – a Constitutional democracy, we would call it now –, rationally based on a series of principles. This strongly legitimates the 1978 Constitution as well as the institutions it comprehends, the Constitutional Court among them. This entails advocating that any change in this Court demands following the established procedures, but it also demands that the functioning of its institutions be respected. Any political decision going beyond any of these two extremes would position itself in the sphere of insubordination.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H., (2004):

Sobre la revolución. Trad. de P. Bravo, (1963, 1965), Alianza Editorial, Madrid.

Breyer, S., (2005):

Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution. A. A. Knopf, New York.

Cercas, J., (2009):

Anatomía de un instante, Mondadori, Barcelona.

Dworkin, R., (1985):

A Matter of Principle. Harvard University Press, Cambridge.

Dworkin, R., (1996):

Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. Oxford University Press, Oxford.

Dworkin, R., (2008):

La democracia posible. Principios para un nuevo debate político. Trad. de E. Weikert García, Paidós, Barcelona.

Habermas, J., (1998):

Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Int. y trad. M. Jiménez Redondo (1992, 1994), Trotta, Madrid.

Hart, H. L. A ., (1980):

El concepto de derecho. Trad. G. R. Carrió (1961), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Hobbes, Th., (1992):

Behemoth. Est. prel., trad. y notas de M. Á. Revilla (1668), Tecnos, Madrid.

Hume, D., (1987):

"Idea de una república perfecta", *Ensayos políticos.* Est. prel. J. M. Colomer, trad. de C. A. Gómez (1752). Tecnos, Madrid.

Jiménez Sánchez, J. J., (2001):

"Democracia y derechos humanos", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez.*

Jiménez Sánchez, J. J., (2006):

"Nationalism and the Spanish Dilemma: The Basque Case", *Politics and Policy*, vol. 34, nº 3.

Jiménez Sánchez, J. J., (2007):

"La voluntad de la mayoría. La filosofía política subyacente en la crisis constitucional española", *Cuadernos de pensamiento político*, octubre-diciembre, nº 16. Madrid.

Kelsen, H., (1995):

Teoría General del Derecho y del Estado. Trad. E. García Máynez (1944), UNAM, México.

Kelsen, H., (1995b):

¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Est. prel. G. Gasió, trad. y notas de R. J. Brie (1931), Tecnos, Madrid.

Kelsen, H., (2006):

De la esencia y valor de la democracia, Ed. y trad. J. L. Requejo Pagés (1929), KRK Ediciones, Oviedo.

Lledó, P. (2002):

Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana. Selec. e intr. I. Sánchez-Cuenca y P. Lledó, trad. de P. Lledó (1787-8), Alianza Editorial, Madrid.

Lord Steyn, (2006):

"Democracy, the Rule of Law and the Role of Judges", *European Human Rights Law Review*, 3.

Malaparte, C., (1960):

Técnica del golpe de estado, Obras. Trad. J. Gómez de la Serna (1931), Plaza & Janes, Barcelona.

Punset Blanco, R., (2008):

"El Tribunal Constitucional y el honor del jurista", *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Rawls, J. (1996):

El liberalismo político. Trad. A. Doménech (1993), Crítica, Barcelona.

Rousseau, J.J. (1986):

Del contrato social., Trad. M. Armiño (1762), Alianza Editorial, Madrid.

Sieyès, E.J., (1973):

¿Qué es el tercer estado? Int., trad. y notas F. Ayala (1788), Aguilar, Madrid.

Sunstein, C.R., (2009):

"The Enlarged Republic", *New York Review of Books*, 26 de marzo de 2009.