

**El Esencialismo Constitucional: la Constitución Española al Servicio de la Unidad Nacional**  
**(Constitutional Essentialism: the Use of the Spanish Constitution to Defend National Unity)**

LUCÍA PAYERO\*

Payero, L., 2016. El Esencialismo Constitucional: la Constitución Española al Servicio de la Unidad Nacional. *Oñati Socio-legal Series* [online], 6 (3), 726-748. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2832432>



**Abstract**

A Constitution is not only the supreme norm of a state: as well as regulating the sources of law, the organisation of state powers, and the establishment of fundamental rights and liberties, Constitutions have an emotional element which transcends the abstract formality of law. The concepts of *belief* (Ortega y Gasset 1994), *social fact* (Durkheim 1974), and *institutional fact* (Searle 1977, 1980, 1997) are useful to understand properly how a Constitution actually works. Firstly, this paper will explore all those concepts; then, an attempt will be made to apply them to constitutional reality.

I will focus on the Spanish Constitution of 1978. In Spain the Constitution is used as a weapon in order to defend a specific political option successfully. In the absence of other arguments, some scholars resort to the holy Constitution: thus, what is declared unconstitutional becomes (even morally) rejected. It is particularly notable regarding the territorial organisation of the state. This paper will examine the way in which the Constitution is instrumentally used in Spain aiming to champion a particular national conception from –and even against– others. The result is a genuine constitutional essentialism –or fundamentalism–.

**Key words**

Spanish Constitution; constitutionalism; constitutional essentialism; nation

**Resumen**

Una Constitución es algo más que la norma suprema de un Estado: además de regular el sistema de fuentes, la organización básica del Estado y establecer el catálogo de derechos fundamentales, la Constitución presenta un componente emocional que trasciende la mera legalidad formal. El funcionamiento real de una Constitución se entiende mejor acudiendo a los conceptos de *creencia* (Ortega y Gasset 1994), *hecho social* (Durkheim 1974) y *hecho institucional* (Searle 1977,

\* Lucía Payero López es colaboradora de honor del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Oviedo y Research Associate en Durham Law School. Universidad de Oviedo. Área de Filosofía del Derecho. Campus del Cristo. C/ Catedrático Rodrigo Uría, s/n. 33006 – Oviedo. Spain. [payerolucia@uniovi.es](mailto:payerolucia@uniovi.es)



1980, 1997), que serán analizados en este artículo y aplicados a la realidad constitucional.

Para ilustrar esta posición, tomaré como referente la Constitución española de 1978. La Constitución en España se viene utilizando como un arma que busca defender una determinada orientación política con mayor solvencia. A fuerza de otros argumentos de mayor peso, se apela a la sagrada Constitución: así, lo calificado como inconstitucional se convierte, desde ese momento, en algo digno del más absoluto y rotundo rechazo, incluso moral. Ello resulta especialmente notable en el tema de la articulación territorial del Estado. Este artículo examinará la forma en que en España se instrumentaliza la Constitución de 1978 con el fin de defender una particular concepción nacional frente a –y también contra– otras. El resultado es un auténtico esencialismo –o fundamentalismo– constitucional.

**Palabras clave**

Constitución española; constitucionalismo; esencialismo constitucional; nación

**Índice**

1. Introducción.....	729
2. Marco teórico y conceptual.....	729
2.1. La Constitución como creencia .....	729
2.2 La Constitución como hecho social .....	731
2.3 La Constitución como hecho institucional .....	732
3. El constitucionalismo en España .....	733
3.1 La rigidez de la Constitución española.....	737
3.2 La Constitución española en sentido ideológico .....	739
4. Conclusiones .....	745
Referencias.....	746

Pese al tiempo que lleva funcionando (...), nadie se cree del todo lo de que España es Una (...). La unidad de España es más bien un fracaso histórico y todo lo más un reto político.  
Fernando Savater, *Contra las patrias*

## 1. Introducción

Una constitución es algo más que la norma suprema de un Estado: además de regular el sistema de fuentes, la organización básica del Estado y establecer el catálogo de derechos fundamentales, la Constitución presenta un componente emocional que trasciende la mera legalidad formal. El funcionamiento real de una Constitución se entiende mejor acudiendo a los conceptos de *creencia* (Ortega y Gasset 1994), *hecho social* (Durkheim 1974) y *hecho institucional* (Searle 1977, 1980, 1997), que serán analizados en este artículo y aplicados a la realidad constitucional.

Para ilustrar esta posición, tomaré como referente la Constitución española de 1978. La Constitución en España se viene utilizando como un arma que busca defender una determinada orientación política con mayor solvencia. A fuerza de otros argumentos de mayor peso, se apela a la sagrada Constitución: así, lo calificado como inconstitucional se convierte, desde ese momento, en algo digno del más absoluto y rotundo rechazo, incluso moral. Ello resulta especialmente notable en el tema de la articulación territorial del Estado. Este artículo examinará la forma en que en España se instrumentaliza la Constitución de 1978 con el fin de defender una particular concepción nacional frente a –y también contra– otras. El resultado es un auténtico esencialismo –o fundamentalismo– constitucional.

## 2. Marco teórico y conceptual

### 2.1. La Constitución como creencia

En su obra de 1940 titulada *Ideas y creencias*, Ortega (1994) distingue dos categorías dentro de los pensamientos o ideas que tiene la gente: las creencias (ideas-base) y las ideas, en sentido estricto (ocurrencias, ideas-genio). Para hablar de la Constitución, me interesan especialmente las creencias, que se caracterizan por los siguientes rasgos.

En primer lugar, las *creencias* son ideas que somos, en las que nos encontramos desde el nacimiento y, por lo tanto, no las producimos nosotros, sino la sociedad, la gente. Al no ser obra propia, se confunden en nosotros con la realidad misma: son nuestro mundo y nuestro ser, nuestra vida se asienta sobre ellas<sup>1</sup>. Normalmente las creencias no las formulamos, sino que nos contentamos con aludir a ellas; tampoco las discutimos, propagamos o sostenemos: estamos en ellas. De ahí la expresión empleada en el lenguaje común: “estar en la creencia”. No se muere por una creencia, sino que se vive en ella<sup>2</sup>.

En segundo lugar, el sistema de creencias que uno posee determina necesariamente su conducta, incluso la intelectual. Sobre las creencias no

---

<sup>1</sup> Las *ideas*, en cambio, son pensamientos que el hombre tiene, ocurrencias originales o surgidas por influencia del prójimo pero, en cualquier caso, producidas por el individuo y posteriores a él, puesto que son obra suya.

<sup>2</sup> Por el contrario, entre nosotros y nuestras ideas existe una distancia infranqueable: la que separa lo real de lo imaginado. Frente a nuestras ideas gozamos de un cierto margen de independencia. Por grande que resulte su influencia en nuestra vida, siempre podemos suspenderlas, desconectarnos de nuestras teorías. Comportarnos conforme a lo que pensamos exige de nosotros un esfuerzo especial, lo que pone de relieve que no creemos en ello: presentimos como un riesgo fiarnos de nuestras ideas hasta el punto de guiar nuestra conducta conforme a su dictado. La dificultad que hallamos en acomodar nuestro comportamiento a las directrices teóricas que nos marca el intelecto explica la razón por la que se valora positivamente el ser consecuente con las ideas de uno mismo: se entiende que constituye un ejemplo de heroísmo.

pensamos, sino que contamos con ellas. Se cuenta con algo cuando ese algo se encuentra en nosotros, no de forma consciente, sino como implicación latente de nuestro pensamiento. De esta manera, las creencias operan en nuestro fondo cuando nos ponemos a reflexionar sobre algo, esto es, cuando manejamos ideas. No solemos tener conciencia manifiesta de las creencias, no las pensamos, sino que actúan de manera velada, repercutiendo en lo que expresamente hacemos o pensamos. Por consiguiente, nuestra conducta –también la intelectual– depende de cuál sea el sistema de nuestras creencias auténticas. A nuestras creencias nos encontramos inseparablemente unidos: somos creencias<sup>3</sup>.

En tercer lugar, las creencias no se cuestionan, puesto que ello equivaldría a su destrucción<sup>4</sup>. Esto nos conduce a la *duda*, un modo especial de creencia. En la duda también se *está*, pero de una manera inestable. Aunque suene paradójico, creemos en la duda: si dudásemos de ella resultaría inocua. Dudar no es *no creer*, sino *creer que no*: la diferencia entre la duda y la creencia estriba en lo que se cree. La duda nos pone delante una realidad tan auténtica como la fundada en la creencia. No obstante, esa realidad es ambigua, inestable y, frente a ella, no sabemos a qué atenernos ni qué hacer. El hombre duda porque está en dos creencias antagónicas que entrechocan. Frente a la duda, a esa sensación de inestabilidad, el hombre reacciona enérgicamente para intentar salir de ella y regresar a la serenidad de la creencia. Como el hombre no sabe qué hacer, se pone a pensar, esto es, recurre a las ideas. Mientras cree, el individuo no usa el intelecto, no maneja ideas, porque ello supone un esfuerzo innecesario y penoso; sin embargo, cuando la duda le embarga, recurre a la inteligencia como si de un chaleco salvavidas se tratase. El hombre debe inventar el mundo, puesto que éste no le es dado de manera predeterminada. La mayor parte del mundo la recibe el individuo traditivamente de sus antecesores y actúa en su vida como sistema de creencias firmes. Sin embargo, cada uno debe habérselas por sí mismo con lo dudoso, lo cuestionable: ahí es donde entra en juego la razón, la inteligencia, la imaginación, creando ideas y contrastándolas con otras para verificar su exactitud o corrección.

Finalmente, las creencias presentan una naturaleza coactiva: se imponen a los individuos, aún cuando la coerción no resulte explícita. El individuo que se aparta de una creencia resulta sancionado, lo cual no sucede cuando se desvía de una idea.

El *ciclo* de creencias e ideas es como sigue: la idea surge originalmente en la mente de un hombre y, cuando alcanza la suficiente difusión y éxito, se convierte en creencia. No obstante, pueden surgir ataques de duda colectiva que, si logran la necesaria fuerza, hagan tambalearse a la creencia: se deja de tener fe en la creencia y, como se piensa en ella, termina convirtiéndose en idea. En definitiva, podría decirse que la creencia es una idea que triunfa, mientras que la idea es una creencia que fracasa.

Si me he detenido a analizar pormenorizadamente esta oposición conceptual es porque considero que, en nuestra tradición jurídica, la Constitución desempeña el papel de una creencia y no de una idea, "si entendemos por creencia todo

---

<sup>3</sup> Con las ideas nos encontramos, arribamos a ellas por un acto particular de pensamiento, como resultado de nuestra ocupación intelectual. Existen mientras son pensadas, por lo que requieren ser formuladas. Las ideas son sostenidas, discutidas, propagadas; se combate en su favor e, incluso, se llega a morir por ellas. Las ideas se tienen y se sostienen, se afirman apoyándose en otras ideas que, a su vez, cabalgan sobre otras, y todas forman un sistema. De este modo, se construye un mundo aparte del real integrado por las ideas que el hombre elabora de manera individual. Ese conjunto de ideas no presenta para el individuo valor de realidad. De hecho, la vida intelectual del hombre (es decir, sus ideas) es secundaria de la vida real o auténtica (formada por sus creencias) y supone sólo una dimensión virtual o imaginaria dentro de esta última.

<sup>4</sup> La verdad de una idea, en cambio, se alimenta de su cuestionabilidad. Una idea es verdadera cuando se corresponde con la idea que tenemos de la realidad. No obstante, la idea que manejamos acerca de la realidad no constituye nuestra realidad. Nuestra realidad consiste en todo aquello con que contamos al vivir (creencias) y de lo cual habitualmente carecemos de la más leve idea; es más, aunque la tuviésemos, tal idea no constituiría nuestra realidad.

fenómeno irracional e inconsciente que ejerce de referencia vital y que actúa de esquema de interpretación para el resto de los fenómenos. La Constitución no funciona, entonces, como idea contingente que, como tal, se puede o no tener. Muy al contrario, la Constitución se confunde con la realidad misma (Bastida 2003, p. 283).

## 2.2 La Constitución como hecho social

En su obra de 1895 titulada *Las reglas del método sociológico*, Durkheim (1974) se propone delimitar el objeto de la Sociología, es decir, el hecho social, con el fin de depurar el método empleado para el estudio de esta ciencia. El concepto de *hecho social* que sugiere Durkheim se corresponde a grandes rasgos con el concepto orteguiano de creencia.

En primer lugar, los hechos sociales no son ideas, sino cosas. Durkheim contrapone los conceptos de cosa e idea: la cosa se conoce externamente, mientras que la idea se aprehende a través de la introspección.

En segundo lugar, los hechos sociales son independientes y objetivos respecto de los individuos: existen antes que el individuo y, por consiguiente, fuera de él<sup>5</sup>.

A pesar de ser exteriores al individuo, los hechos sociales influyen y modelan su comportamiento de algún modo. Y es que, en tercer lugar, los hechos sociales "están dotados de un poder imperativo y coercitivo en virtud del cual se le imponen, quiera o no quiera" (Durkheim 1974, p. 34). Y ello aunque la coerción no resulte explícita<sup>6</sup>. También puede ocurrir que la coacción sea indirecta, pero no por ello deja de ser eficaz: "si soy francés no estoy obligado a hablar francés con mis compatriotas, ni a emplear la moneda francesa legal, pero es imposible que obre de otra manera. Si pretendiese escapar a esta necesidad, mi intento fracasaría miserablemente. Si soy un industrial, nada me impide trabajar con los procedimientos y métodos del siglo pasado; pero si lo hago, me arruino sin duda alguna. Aunque, en realidad, puedo liberarme de estas reglas y violarlas con éxito, estoy obligado ineludiblemente a luchar contra ellas para conseguirlo. Aunque al fin son vencidas, hacen sentir su poderosa coacción por la resistencia que ellas oponen. No hay renovador, incluso afortunado, cuyas empresas no choquen con oposiciones de este género" (Durkheim 1974, pp. 34-35). Sin embargo, pese a conceder la posibilidad de victoria al individuo, lo habitual es que éste salga derrotado: empleando la terminología orteguiana, podría decirse que la lucha entre el hombre y la gente conduce casi irremediablemente a que la segunda se imponga sobre el primero. Aún así, la institución social requiere para su correcto funcionamiento una mayoría de creyentes y no de rebeldes, de modo que la coacción no requiera explicitarse<sup>7</sup>. La educación representa una buena manera de

<sup>5</sup> Así, dirá Durkheim: "el sistema de signos de que me sirvo para expresar mi pensamiento, el sistema de monedas que empleo para pagar mis deudas, los instrumentos de crédito que utilizo en mis relaciones comerciales, las prácticas seguidas en mi profesión, etc., funcionan independientemente del uso que yo hago de todo ello. He aquí (...) modos de obrar, pensar y sentir que presentan la notable propiedad de que existen fuera de las conciencias individuales" (Durkheim 1974, p. 34). Y añade: "no estando el individuo como su base, no pueden tener otro sustrato que la sociedad, sea la sociedad política en su integridad, sea alguno de los grupos parciales que ella encierra, confesiones religiosas, escuelas políticas, literarias, corporaciones profesionales" (Durkheim 1974, p. 35).

<sup>6</sup> Como el propio Durkheim reconoce, "cuando yo estoy completamente de acuerdo con ellos, esta coacción no se hace sentir o lo hace levemente y por ello es inútil. Pero no deja de ser un carácter intrínseco de estos hechos, y la prueba es que ella se afirma desde el momento en que intento resistir. Si pretendo violar las reglas del derecho, éstas reaccionan contra mí para impedir el acto si llegan a tiempo, o para anularlo y restablecerlo en su forma normal si puede subsanarse de otra manera (...). En otros casos, la coacción es menos violenta, pero no deja de existir. Si no me someto a las convenciones del mundo, si al vestirme no tengo en cuenta los usos seguidos en mi país y en mi clase, la risa que provocho, el alejamiento a que se me condena, producen, aunque de una manera atenuada, los mismos efectos que una condena propiamente dicha" (Durkheim 1974, p. 34).

<sup>7</sup> A juicio de Merton, la estabilidad y continuidad de la sociedad exigen que la mayoría de los ciudadanos muestren una actitud conformista, esto es, que compartan tanto las metas culturales como los medios institucionalizados (Merton 1995, p. 219). Y es que, en palabras de Castoriadis, el poder "no reposa

inducir el comportamiento social adecuado en los sujetos: "toda educación consiste en un esfuerzo continuo para imponer al niño los modos de ver, sentir y obrar que él no hubiera adquirido espontáneamente. Desde los primeros años de su vida le obligamos a comer, beber y dormir a horas regulares, le obligamos a ser limpio, a la obediencia, al silencio; más tarde le coaccionamos para que aprenda a tener en cuenta a los demás, a respetar las costumbres y conveniencias, le obligamos a trabajar, etcétera. Aunque con el tiempo deja de sentirse esta coacción, es ella la que da poco a poco nacimiento a costumbres, a tendencias internas que la hacen inútil, pero que no la reemplazan porque se derivan de ellas. (...) Esta presión de todos los instantes que sufre el niño es la presión misma del medio social que tiende a formarle a su imagen y semejanza, siendo los padres y los maestros nada más que sus representantes e intermediarios" (Durkheim 1974, p. 37).

Por consiguiente, cabe definir los hechos sociales como aquellos que "consisten en formas de obrar, pensar y sentir exteriores al individuo y (...) dotados de un poder de coacción en virtud del cual se le imponen" (Durkheim 1974, p. 35). La similitud con las creencias orteguianas es notable, las cuales eran igualmente producidas socialmente, esto es, externas al individuo, y coactivas. Por tanto, también es posible considerar que la Constitución actúa como un hecho social en nuestro universo jurídico y, particularmente, en la cultura constitucional española.

### 2.3 La Constitución como hecho institucional

John Searle sostiene que la realidad social se construye mediante dos tipos de hechos: los hechos brutos<sup>8</sup> y los hechos institucionales. Para el tema que nos ocupa resultan especialmente interesantes los últimos.

Los *hechos institucionales* "dependen del acuerdo humano" (Searle 1997, p. 21), lo cual no impide que sean hechos objetivos; es decir, independientes de las preferencias, valoraciones y actitudes morales de cualquier persona. Los hechos institucionales "existen sólo porque creemos que existen" (Searle 1997, p. 21). Nuevamente aparece el concepto de creencia. Algunos ejemplos de hechos institucionales que cita el propio Searle serían: que ostento la ciudadanía "de los Estados Unidos, que el pedazo de papel que hay en mi bolsillo es un billete de cinco dólares, que mi hija menor se casó el 14 de diciembre, que soy propietario de una propiedad inmobiliaria en Berkeley y que los gigantes de Nueva York ganaron en 1991 la Supercopa" (Searle 1997, p. 21). Los hechos institucionales requieren de instituciones humanas para existir: "para que este pedazo de papel sea un billete de cinco dólares, por ejemplo, tiene que haber la institución humana del dinero" (Searle 1997, p. 21). "Déjese de lado la institución y todo lo que tendré será un trozo de papel con varias inscripciones color sepia" (Searle 1980, p. 60).

Las instituciones son "sistemas de reglas constitutivas"<sup>9</sup> (Searle 1980, p. 60), esto es, reglas que "no sólo regulan, sino que crean la posibilidad misma de ciertas actividades" (Searle 1997, p. 45) y "definen nuevas formas de conducta" (Searle 1977, p. 17). Por tanto, la existencia de la actividad regulada por este tipo de

---

esencialmente en la coerción (...), sino en la interiorización, por parte de los individuos fabricados socialmente, de las significaciones instituidas por la sociedad considerada" (Castoriadis 1998, p. 158).

<sup>8</sup> Los *hechos brutos* son independientes de las preferencias, valoraciones, actitudes morales y opiniones de las personas (Searle 1997, p. 21) y se conocen a través de la "observación empírica que registra experiencias sensoriales" (Searle 1980, p. 59). El modelo de conocimiento de los hechos brutos es el de las ciencias naturales. Como ejemplos de hechos brutos cita los siguientes: "el Everest tiene nieve y hielo cerca de su cúspide" y "los átomos de hidrógeno tienen un electrón" (Searle 1997, p. 21). Los hechos brutos no requieren de ninguna institución para existir, aunque sí para poder ser enunciados: se precisa en este caso de la institución del lenguaje.

<sup>9</sup> A las reglas constitutivas se oponen las *regulativas*, que ordenan "actividades previamente existentes", es decir, actividades "cuya existencia es lógicamente independiente de la existencia de las reglas" (Searle 1977, p. 17). Y pone como ejemplo la regla que establece que se conduzca por el carril derecho de la calzada (Searle 1997, p. 45): semejante regla regula la conducción, pero la conducción ya existía antes de que el gobierno decidiese legislar para evitar accidentes de tráfico; aquel automovilista que infrinja tal regla no se puede decir que no esté conduciendo, sino que lo hace de manera temeraria.

reglas es lógicamente dependiente de las mismas. El ejemplo que Searle utiliza para ilustrar este concepto es el del juego del ajedrez: "las reglas del ajedrez (...) no regulan una actividad previamente existente. No es verdad que antes hubiera montones de gente desplazando pedacitos de madera sobre tableros y que, para prevenir colisiones continuas y embotellamientos de tráfico, tuviéramos que regular esa actividad. Ocurre más bien que las reglas del ajedrez crean la posibilidad misma de jugar al ajedrez. Las reglas son *constitutivas* del ajedrez en el sentido de que lo que sea jugar al ajedrez queda en parte constituido por la actuación según esas reglas" (Searle 1997, p. 45).

La Constitución es, así, una institución, un sistema de reglas constitutivas que participa en la definición de la realidad: no sólo la regula, sino que la configura<sup>10</sup>. Más aún, en atención a su condición de hecho institucional, la Constitución no es algo que exista con independencia de las creencias que la gente tenga acerca de ella.

### 3. El constitucionalismo en España

La Constitución española funciona como una creencia, un hecho social y un hecho institucional. En esto no difiere de otras constituciones de su entorno. De la ley en general podría predicarse algo semejante, aunque en un grado inferior. Y es que la Constitución no es simplemente una ley más, aquella que se encuentra en la cúspide la pirámide de validez kelseniana si se quiere, sino que incorpora un componente moral que la convierte en un patrón de conducta de primera magnitud<sup>11</sup>. Ello se debe al influjo de la teoría dominante en el pensamiento jurídico occidental de la actualidad: el constitucionalismo.

El constitucionalismo es la ideología que sustenta el denominado Estado constitucional de derecho, un modelo de estructuración jurídico-política que se desarrolla tras la II Guerra Mundial y sustituye al Estado legal de derecho decimonónico. Muy sintéticamente, podría caracterizarse a este último como aquel Estado que "operaba con una separación fuerte entre Derecho y política, de forma que jurídicamente gravitaba en torno a la idea de *imperio de la ley* (o reserva de ley) y políticamente, en torno a la de *soberanía* (las leyes eran plenamente revisables)" (Aguiló 2008, p. 14). Por el contrario, el Estado constitucional "acaba con esa separación y gravita en torno a las nociones de Constitución *normativa o regulativa* («la Constitución como norma jurídica» o reserva de Constitución) y de Constitución *rígida* (cuyas normas no son revisables o son de muy difícil revisión)" (Aguiló 2008, pp. 14-15)<sup>12</sup>. A estas dos propiedades estructurales y, en

<sup>10</sup> En palabras de S. Holmes, "las Constituciones pueden ser útilmente comparadas con las reglas de un juego e, incluso, con las reglas de la gramática. Mientras que las reglas *regulativas* (por ejemplo, «no fumar») gobiernan actividades preexistentes, las reglas *constitutivas* (por ejemplo, «los alfiles mueven en diagonal») hacen que una práctica sea posible por vez primera. Las reglas de este último tipo no deben considerarse obstáculos o cadenas. (...) Una Constitución democrática no perjudica simplemente a las mayorías (...). También asigna poderes (estructura el gobierno, garantiza la responsabilidad electoral, protege los derechos de la oposición, etcétera) y regula el modo en que se ejercitan esos poderes (por ejemplo, de acuerdo con principios como el proceso debido y la igualdad de trato). (...) Las Constituciones no sólo limitan el poder, pueden crearlo, organizarlo y dirigirlo" (Holmes 1995, pp. 163-164).

<sup>11</sup> En opinión de Laporta, "las relaciones recíprocas entre ley y Constitución podrían ser descritas adecuadamente mediante la metáfora del flujo y reflujo de las mareas, de forma tal que el avance de la ley implique el retroceso de la Constitución y el incremento del protagonismo de la Constitución suponga de algún modo la bajamar de la ley" (Laporta 2007, p. 220). A su juicio, la Constitución goza en la actualidad de un excesivo protagonismo al haber "conquistado un territorio demasiado extenso" (Laporta 2007, p. 220), razón por la que reivindica un análisis crítico de esta situación, en primer lugar, que le conduce, en segundo lugar, a proponer el refuerzo del "imperio de la ley" (Laporta 2007, p. 242).

<sup>12</sup> Algunos autores se refieren a un tercer rasgo estructural: el control jurisdiccional de constitucionalidad frente a eventuales mayorías parlamentarias [cfr. Aragón (2002, p. 118), Laporta (2007, p. 221), Alemany (2010, p. 61), Prieto Sanchís (2013, pp. 27-30)]. Contra este rasgo también cabría formular la objeción democrática, a la que me referiré a continuación, puesto que "si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; y

consecuencia, neutrales y avalorativas –a saber, el carácter rígido y regulativo de las constituciones–, hay que añadir un componente axiológico: la naturaleza ideológica con la que se concibe la Constitución. Véase, a modo de ejemplo, la siguiente definición de Ferrajoli, un escritor de referencia en estos temas: “el constitucionalismo, como *sistema jurídico*, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como *teoría del Derecho*, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli 2011, p. 16).

A la teoría constitucionalista se le pueden plantear dos objeciones principales sobre la base de las propiedades estructurales y valorativas que se le asignan. Frente a la rigidez y primacía otorgada a la Constitución cabe esgrimir la que llamaré *objeción democrática* o *contramayoritaria*<sup>13</sup>: el texto constitucional, ya fuera aprobado democráticamente o impuesto desde arriba, no puede ser modificado en el futuro por órganos democráticos, como sería el Parlamento, encontrándose este último vinculado por los contenidos constitucionalmente protegidos. Ello se acaba convirtiendo siempre en una imposición, puesto que aunque el procedimiento de elaboración constitucional fuese exquisitamente democrático, en el momento en que muera la generación que aprobó la Constitución nos hallaremos ante la situación, que Jefferson trataba de evitar, de que los muertos vinculan a los vivos<sup>14</sup>.

Una de las razones que se aduce para justificar el blindaje de la Constitución frente al poder de la mayoría es la racionalidad superior que se les presume a los constituyentes frente a la pasión incontrolada que puede dominar a las masas populares o, incluso, al legislador ordinario en un momento dado. El acto de

---

si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que el Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones del Parlamento a un ulterior control judicial?” (Ferrerres 2002, pp. 247-248). Sin embargo, el que el control de constitucionalidad de las leyes se encomiende a los tribunales no añade nada sustancial a los propósitos de este artículo, por lo que no será objeto de análisis en las páginas que siguen.

<sup>13</sup> Algunos autores han considerado que el concepto de democracia constitucional puede parecer una especie de oxímoron [vide, entre otros, S. Holmes (1988, p. 196), Elster (1988, p. 2)], puesto que “si un sistema político es *democrático*, entonces no admite la limitación constitucional y si es *constitucional* no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes” (Laporta 2007, p. 221). Palombella, sin embargo, sugiere la posibilidad de concebir el constitucionalismo como una garantía y no como un límite a la democracia: “algunos elementos permanentes de las constituciones son ciertamente un límite, pero no a la democracia, sino a toda aberración de la democracia, a todo poder autocrático y parcial y, en suma, un límite a los mismos poderes del Estado” (Palombella 2000, pp. 10-11). Y es que, como señala Ferrajoli, la concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* no se condice con la idea de democracia; “para salvar esta contradicción y para salvar la democracia se desarrolló el constitucionalismo del siglo veinte tras las experiencias de los fascismos que, mediante formas políticamente democráticas, habían conquistado el poder primero y destruido la democracia después. De aquí el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo” (Ferrajoli 2012, p. 5).

<sup>14</sup> Laporta lo expresa del siguiente modo: “supuesto que exista un órgano legislativo que represente fidedignamente a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, y que tome sus decisiones mediante la regla de la mayoría, ¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional que se superponga a ese órgano y limite sus competencias legislativas dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones determinadas materias?” (Laporta 2007, p. 221).

Ferrajoli, en cambio, le da la vuelta al argumento y dice: “la rigidez de la constitución es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de las futuras mayorías. Con esa base debe impedirse la revisión, al menos, de los principios constitucionales supremos, puestos en defensa permanente de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría. (...) La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que estas *amputen* las manos de las generaciones futuras. Esto quiere decir que un pueblo puede decidir, «democrática» y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías y de las generaciones futuras” (Ferrajoli 2012, p. 9).

elaboración constitucional estaría, así, presidido por una extraordinaria clarividencia y sosiego y supondría "un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general" (Laporta 2007, p. 223). Sin embargo, esta suposición puede muy bien ser errónea: sobran ejemplos de procesos constituyentes en los que el texto finalmente aprobado representó una componenda entre las fuerzas políticas mayoritarias y los poderes fácticos<sup>15</sup>. De ese modo, el contenido de lo que se protege, en lugar de ser "lo racional frente a las pasiones [es] lo pasional e interesado de los constituyentes que se blindan frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas" (Laporta 2007, p. 224). En cualquier caso, y de ahí el carácter antidemocrático de esta coraza, "ello pone de manifiesto una desconfianza hacia las mayorías democráticas del futuro que expresa cierto paternalismo" (Laporta 2007, p. 224).

En segundo lugar, frente a la dimensión *axiológica* otorgada a la Constitución se puede objetar que no cualquier contenido protegido por la norma suprema puede ser considerado automáticamente bueno y justo, sino que ha de ser al revés: aquellos principios que se estimen buenos y justos recibirán acogida en el texto, lo que les otorgará una mayor protección debido a la rigidez que acompaña a su modificación y una fuerza normativa superior de la que se derivaría de su mera regulación legal. En palabras de Aguiló, "la rigidez y la normatividad de las Constituciones sólo son valiosas (no en vano se trata simplemente de técnicas de protección) en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales" (Aguiló 2008, pp. 15-16). Esos principios valiosos que pueden justificar una especial rigidez de la Constitución y su supremacía normativa son los derechos humanos. En palabras de Aguiló, la Constitución "responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos" (Aguiló 2001, p. 40). Estos derechos son tanto los propios del Estado liberal como los correspondientes al Estado social. Con ellos se busca eliminar la arbitrariedad, por un lado, y la exclusión político-social, por otro<sup>16</sup>. Debido a la

<sup>15</sup> La Constitución española de 1978 pudiera ser un buen ejemplo. A juicio de Share y Mainwaring (1986, pp. 89-90), "todas las transiciones políticas se caracterizan por constantes negociaciones, cambios inesperados y circunstancias imprevistas, pero en comparación con el modelo, (...) en España las elites controlaron importantes aspectos del cambio político. Consiguieron excluir [a] determinados actores, insistieron en la impunidad de los líderes del régimen y bloquearon cambios radicales".

Capella apunta dos razones, ambas relacionadas con la "mutilación de la soberanía popular", por las que la Constitución de 1978 debiera despertar cierta insatisfacción a cualquiera con un poco de "sensibilidad histórico-política" (Capella 2003a, p. 9). La primera consiste en que nuestra norma suprema "convirtió en intangibles, conservándolos, algunos elementos no menores del orden institucional procedentes de la dictadura franquista" (Capella 2003a, p. 9). La segunda reside en el modo en que los Estados Unidos planificaron el cambio de régimen desde mucho antes de la muerte de Franco y con su consentimiento. Y es que, como relata Garcés, un despacho del agregado naval norteamericano de 8 de diciembre de 1944 diseñaba ya el marco en que se desarrollaría la Transición política española: establecimiento de una monarquía constitucional con un acuerdo previo entre los partidos de la derecha moderada y los de izquierda, excluidos los comunistas. La desclasificación de este documento tuvo lugar el 8 de octubre de 1976, dos meses antes de que el gobierno de Suárez iniciara sus conversaciones con personajes de la oposición para proponerles el "pacto constitucional" (Garcés 2000, pp. 43-44, 479-480). Con todos estos datos, quizá las duras aseveraciones de Bustillo acerca del proceso de transición en España no parezcan muy desatinadas: la Transición "no fue sino una partida de póquer en la que quienes habían transitado con comodidad por la dictadura se guardaban todos los ases de la partida, lo que explica cómo acabó la misma. Ni se resolvió la realidad plurinacional del Estado, ni se colocó a la iglesia católica en su lugar, ni se depuraron las responsabilidades políticas contraídas por los franquistas, ni se rehabilitó a los perdedores de la guerra, ni se avanzó en un modelo social más justo" (Bustillo 2006). Es por ello que V. Navarro habla de una "transición inmodélica" que dio a luz a una "democracia incompleta" (Navarro 2004).

<sup>16</sup> En palabras de Aguiló, "el componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito en la relación entre un soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ese es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad (las libertades negativas): generar esferas de inmunidad y, por tanto, también de incompetencia como forma de combatir el *autoritarismo*. (...) El componente democrático y social de las Constituciones puede verse como una transformación de la relación de

importancia que ostenta el principio democrático en la legitimación del ejercicio del poder político, se podría decir que su vulneración sólo se halla suficientemente justificada en el caso de que se efectúe para proteger derechos<sup>17</sup>. Tal exigencia antidemocrática se deriva de, parafraseando a Dworkin, tomarse los derechos en serio. Así, los derechos y los mecanismos institucionales que los garantizan integran un "coto vedado", en palabras de Garzón Valdés, ajeno a consideraciones mayoritarias: "los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma (...) y el mandato de medidas tendentes a su plena vigencia" (Garzón Valdés 1989, p. 162)<sup>18</sup>.

---

representación de la comunidad que ejerce el soberano, y que siempre (y necesariamente) es una relación parte/todo. Así, la contradicción que en el seno de la comunidad produce la acción política del soberano, y que permite distinguir entre representados (o favorecidos) y excluidos, se transforma en la contradicción entre mayorías y minorías tanto en el sentido cuantitativo resultado de la participación política como en el sentido de representación de intereses sociales. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad como forma de combatir tanto la *exclusión política* como la *exclusión social*" (Aguiló 2008, p. 17).

<sup>17</sup> El que la rigidez se utilice para proteger derechos moralmente relevantes permite, a juicio de Alemany, otorgar fuerza al argumento paternalista que limita el principio democrático en favor de un coto vedado a consideraciones mayoritarias. "El argumento paternalista sólo *en parte* justifica la rigidez constitucional porque dicho argumento apoya la necesidad de *vedar* el coto, pero no nos dice nada sobre su contenido. De ahí que frente a la objeción moral que supone la apelación al principio democrático, el argumento paternalista puede tener muy poca fuerza si dentro del coto ponemos bienes de escasa importancia o elementos que no constituyen bien moral alguno (por ejemplo, el color de la bandera). Pero, a la inversa, el argumento paternalista puede tener mucho peso frente a la objeción democrática si se trata de proteger efectivamente necesidades básicas o bienes primarios" (Alemany 2010, p. 68).

<sup>18</sup> Waldron (2005), por ejemplo, critica esta visión. Y lo hace desde una concepción igualmente basada en derechos (*rights-based*). Como bien resumen Gargarella y Martí en el prólogo de la edición española de *Law and Disagreement*, "para Waldron (...) la defensa de la voluntad mayoritaria se encuentra directamente entroncada con su preocupación por los derechos individuales. Es precisamente *porque* nos interesa defender los derechos de las personas que, en circunstancias en las que disintimos acerca de su contenido concreto y su ámbito de aplicación, es mejor no «congelar» tales derechos en una Carta (cuya interpretación dejamos a cargo de individuos que no elegimos directamente y sobre los cuales ejercemos un control casi nulo). Y nos interesa defender estos derechos porque nos preocupa la libertad y autonomía de cada individuo, así como su capacidad para hacerse cargo de su propia vida. Y precisamente *porque* tomamos en serio dichos rasgos de las personas, los rasgos que las habilitan como *portadoras de derechos (rights-bearers)*, podemos considerar ofensivo que no sean ellas mismas las que tengan a su cargo la discusión acerca de cuáles son y cómo deben ser interpretados sus propios derechos" (Gargarella y Martí 2005, pp. 14-15). En opinión de Waldron, "la idea de los derechos está basada en una concepción del ser humano esencialmente como un agente dotado de razón, con una habilidad para deliberar moralmente, para ver las cosas desde el punto de vista de otros y para trascender la preocupación por sus propios intereses particulares o parciales. La atribución de cualquier derecho (...) es típicamente un acto de fe en la agencia y la capacidad para el razonamiento moral de todos y cada uno de los individuos implicados" (Waldron 2005, p. 298). De esta forma, "cuando argumentamos sobre los derechos de alguien, es probable que esa persona que está siendo objeto de la conversación posea un punto de vista meditado sobre la materia. Y puesto que el objetivo de cualquier argumento sobre derechos tiene que ver con el respeto que le es debido a esta persona, en tanto que ser activo y dotado de razón, difícilmente estaremos en disposición de decir que nuestra conversación toma en serio *sus* derechos si al mismo tiempo ignoramos o nos deshacemos de cualquier cosa que *él* tenga que decir sobre la cuestión" (Waldron 2005, p. 299). La idea de democracia se basa en este mismo presupuesto, es decir, en la capacidad del individuo "para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los intereses de los demás. La posesión de esta capacidad –un sentido de la justicia, si se prefiere– es la base principal para tener competencia democrática" (Waldron 2005, p. 337).

A juicio de Laporta, esto otorga fuerza a la objeción democrática: "¿por qué hurtamos a la decisión democrática las cuestiones constitucionales relativas a derechos?, ¿no supone ello negar a los individuos precisamente un derecho fundamental a la participación (el *derecho de los derechos*)?, ¿podemos afirmar los derechos básicos mediante el expediente de poner en cuestión el fundamento mismo de esos derechos al 'atrincherarlos' frente a la reflexión y la decisión de ese mismo individuo al que se los reconocemos? La respuesta pareciera ser que el «coto vedado» es la negación de la capacidad de cada individuo de reflexionar y decidir sobre el propio «coto vedado», y ello supone tratarle como un menor o un incompetente. Pero, si es un menor o un incompetente, ¿por qué le atribuimos los derechos del «coto vedado»? Sólo la decisión democrática en la que todos participan respeta los fundamentos en que se basan los derechos individuales. Por tanto, sobreproteger y atrincherar los derechos en una Constitución

En lo que sigue, trataré de analizar las implicaciones de cada una de estas objeciones al constitucionalismo que, en líneas generales, estimo acertadas. Para ello, utilizaré como ejemplo la Constitución española de 1978 tal y como la entiende el constitucionalismo patrio.

### 3.1 La rigidez de la Constitución española

La Constitución española presenta una rigidez acusada; tanto es así que se ha dicho que sufre de *rigor mortis* (Laporta 2008). En el Título X de la misma se establecen dos procedimientos de reforma en función de la materia que se desea enmendar. El artículo 168 contiene un procedimiento hiperagravado de reforma que combina tres requisitos consecutivos: doble mayoría de dos tercios en ambas Cámaras, convocatoria de nuevas elecciones y referéndum en todo el Estado español. Como ha señalado Laporta, este precepto "introduce los tres procedimientos más comunes de rigidez constitucional: las *mayorías cualificadas*, las *cláusulas de enfriamiento*<sup>19</sup> y el *referéndum*" (Laporta 2007, p. 225). De acuerdo con su clasificación de los tipos de rigidez, la contenida en el artículo 168 sería de tercer grado, por detrás únicamente de aquellas constituciones que directamente, prohíben la reforma –es decir, contienen cláusulas de intangibilidad explícitas– (primer grado de rigidez) y de las que confían el poder de reforma a un órgano o autoridad no elegida democráticamente (segundo grado de rigidez).

El segundo procedimiento de reforma que establece la Constitución española de 1978 se halla recogido en el artículo 167. La rigidez del mecanismo allí delineado es bastante menor que en el caso anterior: según la clasificación de Laporta (2007, pp. 225-226), se hallaría en el grado quinto, puesto que los requisitos necesarios son dos: mayoría de tres quintos en ambas Cámaras y referéndum en todo el territorio estatal si lo solicita una décima parte de los miembros del Congreso o del Senado. Por tanto, aquí desaparece la cláusula de enfriamiento y el referéndum presenta un carácter potestativo.

En cualquier caso, los procedimientos de rigidez constitucional que pueden conculcar el principio democrático son las mayorías cualificadas y las cláusulas de enfriamiento, nunca el referéndum<sup>20</sup>. La exigencia de una mayoría cualificada desafía dos presupuestos básicos del principio democrático como son el valor equivalente que se atribuye a cada voto, lo que otorga, en consecuencia, un tratamiento similar a cada votante, por un lado, y la igualdad con la que parten todas las opciones que se someten a la consideración de los electores, por otro. Y lo hace porque "da mayor valor a los votos de la minoría que no quiere la reforma constitucional, con lo que los votantes son tratados desigualmente; y se inclina claramente a favor del *statu quo*, pues la posición minoritaria puede triunfar contra la mayoría de los votos" (Laporta 2007, p. 227). En consecuencia, resulta obligado ofrecer buenas razones que justifiquen la vulneración de los fundamentos del procedimiento democrático. Por lo que se refiere a la cláusula de enfriamiento contenida en el artículo 168, que obliga a replantear la reforma ante un órgano decisor cuya composición ha sido modificada electoralmente, Laporta considera que la objeción democrática no prosperaría (Laporta 2007, p. 228).

---

inflexible, inaccesible al voto ciudadano es contrario al propio fundamento de los derechos" (Laporta 2007, p. 238).

<sup>19</sup> La de la Constitución española sería una cláusula de enfriamiento *orgánica*, es decir, que obliga a "replantear electoralmente la composición del órgano decisorio" (Laporta 2007, p. 225). Existen también cláusulas de enfriamiento temporales, que fuerzan a "posponer y reiterar la decisión en el tiempo" (Laporta 2007, p. 225).

<sup>20</sup> Laporta apunta que quizá el referéndum no constituya el método más adecuado de aprobación de un texto tan complejo como una Constitución. Pero ello es una cuestión diferente a que se pueda objetar algo al mismo desde el punto de vista democrático: "el cuerpo decisor de los ciudadanos es frecuentemente identificado con el *poder constituyente*. Que tal poder cree o modifique la Constitución debe ser considerado una suerte de competencia «natural»" (Laporta 2007, p. 228).

De este modo, para evaluar adecuadamente la rigidez de la Constitución de 1978 es necesario determinar si la exigencia de mayorías cualificadas se encuentra bien justificada, particularmente en el caso del artículo 168. La conducción de la reforma constitucional por los cauces de uno u otro mecanismo de enmienda depende de la materia que se desee modificar: la revisión total de la Constitución o aquella parcial que afecte al Título Preliminar, los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas o la Corona necesariamente han de seguir el procedimiento agravado del 168. Para todo lo demás, se utilizará el procedimiento del artículo 167.

Los contenidos excluidos de la reforma ordinaria se entiende que integran el núcleo básico o contenido esencial de la Constitución, es decir, se trata de cuestiones que, por su trascendencia política, su importancia para la convivencia o su tradición histórica, resulta conveniente que permanezcan sustraídos al debate público cotidiano. No obstante, es necesario señalar que el artículo 168 protege gran diversidad de materias, no todas de igual relevancia ni acreedoras de idéntico respeto<sup>21</sup>. He aquí algunos ejemplos. Dentro del Título Preliminar, el artículo 4.1 establece cómo ha de ser la bandera y el artículo 5, cuál es la capital de España; ambos asuntos bien podrían ser considerados triviales. A juicio de Laporta, su especial blindaje responde a "las circunstancias de la elaboración de la Constitución o (...) los avatares históricos del país" (Laporta 2007, p. 229). En segundo lugar, el artículo 2 reconoce que la unidad de la nación es indisoluble y dota de fundamento a la propia Constitución; este precepto se relaciona con el reconocimiento de la soberanía a la nación española en exclusiva (artículo 1.2) y con la encomienda a las fuerzas armadas de la salvaguardia de la integridad territorial (artículo 8.1). Igualmente, el artículo 1.3 establece que la monarquía es la forma de gobierno del Estado español y las disposiciones relativas a la jefatura del Estado se desarrollan en el Título II. Se trata en ambos casos de "cuestiones tan sumamente controvertidas (...) que pueden hacer peligrar el proyecto político como un todo. De ese modo se hace desaparecer de la discusión pública algún tema que se considera peligroso para la estabilidad de la polis" (Laporta 2007, p. 229) mediante el uso de las denominadas *reglas de mordaza*. En tercer lugar, el artículo 1.1 dispone que el Estado adopte la forma democrática para su organización y gobierno. El artículo 9 establece varios principios garantistas, como el de legalidad, el de seguridad jurídica o el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables. Hablamos en todos estos casos de mecanismos institucionales que definen la estructura del Estado. En cuarto lugar, el Título I, capítulo segundo, sección primera contiene el catálogo de los derechos fundamentales. Hoy en día, se encuentra prácticamente aceptado de manera universal que una de las misiones básicas de una Constitución es garantizar a los ciudadanos un conjunto de derechos incluso frente al poder de la mayoría.

Un somero análisis de estas cuestiones permite concluir que el requisito de una rigidez excepcional a través de la exigencia de mayorías cualificadas podría entenderse suficientemente justificado cuando se trate de materias del tercer y cuarto tipo, pero no de los dos primeros. Como ha dicho Laporta, "la Constitución (...) parece tener como contenido más característico el de proteger de las incursiones de la mayoría el ámbito de un «coto vedado» (...) que está compuesto básicamente por derechos fundamentales [cuarto tipo] y por aquellos mecanismos institucionales que puedan ser condición para la garantía de esos derechos

---

<sup>21</sup> En opinión de De Vega, el artículo 168 es un "precepto con contenidos a todas luces arbitrarios y casi absurdos. Si, bajo la regulación compleja que en él se hace, lo que se pretende amparar son los bienes y valores políticos supremos del ordenamiento constitucional, es lo cierto que valores indiscutiblemente considerados fundamentales no aparecen recogidos ni protegidos por ella y, sin embargo, sí lo están determinados supuestos que probablemente no deberían ser siquiera objeto de tratamiento constitucional. Bajo su amparo, por ejemplo, no se incluye el apartado 1 del artículo 10 donde se definen como fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes y, sin embargo, sí se encuentran el derecho de las Comunidades Autónomas a utilizar banderas y enseñas en los actos oficiales (art. 4) o el derecho del Rey a nombrar a los miembros civiles y militares de su Casa (art. 65)" (Vega 1985, p. 148).

fundamentales [tercer tipo]" (Laporta 2007, p. 237). Por tanto, para que los mecanismos institucionales se hallen sólidamente fundados hasta el punto de medirse con la objeción contramayoritaria han de recoger derechos individuales básicos o descansar en ellos (Laporta 2007, p. 234).

Para las que he llamado cuestiones triviales (primer tipo) y asuntos extremadamente controvertidos que se quieren sustraer del debate público por razones prudenciales (segundo tipo) la exigencia de mayorías cualificadas conculca el principio democrático indebidamente. Si a ello unimos el origen antidemocrático del artículo 2 en el que se establece la unidad nacional, resultado de una imposición extraparlamentaria<sup>22</sup>, y el verdadero motivo al que respondió la introducción del mecanismo agravado de reforma, la protección de la forma monárquica instaurada por el caudillo en la persona de Juan Carlos de Borbón eludiendo, al mismo tiempo, la implantación de cláusulas de intangibilidad explícitas por sus claras reminiscencias franquistas –Capella (2003b, pp. 19-20), J. Pérez Royo (1987, p. 190)–, parece que aumentan las tachas antidemocráticas de este blindaje casi absoluto<sup>23</sup>. No debe olvidarse que, como De Vega advirtió, más que un procedimiento de reforma, el del artículo 168 se concibió como un mecanismo para impedir la reforma (Vega 1985, p. 148).

### 3.2 La Constitución española en sentido ideológico

Como ya había sido explicado, la rigidez constitucional sólo resulta plenamente justificada en los casos en los que protege derechos fundamentales o mecanismos institucionales cuyo objeto sea la garantía eficaz de esos derechos. Ello se debe a la objeción democrática que puede ser dirigida frente al requisito de que la reforma constitucional sea aprobada por una mayoría cualificada. Sin embargo, en la Constitución española se exige una mayoría extremadamente agravada (dos tercios en ambas Cámaras) para la reforma de otras cuestiones. Una de ellas es la unidad de la nación española, de la que voy a ocuparme a continuación.

---

<sup>22</sup> Solé Tura, uno de los ponentes constitucionales, narra la génesis fáctica del actual artículo 2 en un libro de 1985 titulado *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo y autodeterminación*. La primera redacción del anteproyecto constitucional admitía una interpretación federalista, al decir: "la Constitución reconoce y la Monarquía garantiza el derecho a la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones que integran España, la *unidad del Estado* y la solidaridad entre sus pueblos" (la cursiva es mía). No obstante, tras la filtración de ese borrador a la prensa y la subsiguiente polémica que despertaron varios artículos, incluido el que nos ocupa, un día que el propio Solé Tura presidía la sesión de la ponencia llegó un mensajero procedente del palacio de la Moncloa y le entregó el siguiente texto: "la Constitución se fundamenta en la unidad de España como patria común e indivisible de todos los españoles y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la indisoluble unidad de la nación española". Se le advirtió además de que esa había de ser la redacción definitiva del artículo 2, sin variaciones –obsérvese que el texto finalmente aprobado coincide casi miméticamente con el de la nota–. Solé Tura conjetura que los militares se hallaban detrás de semejante acto (Solé Tura 1985, pp. 99-100), pero resulta interesante constatar cómo el manuscrito impuesto y finalmente refrendado por los parlamentarios acogió cada una de las enmiendas que Alianza Popular había planteado al artículo 2 del anteproyecto inicial (Bastida 1998, p. 52). A pesar de ello, este partido se mantuvo ajeno al consenso y votó siempre en contra del artículo 2, un precepto que, por lo demás, consagraba la concepción nacional de la derecha.

El mismo Bastida señala dos cuestiones llamativas en relación con el asunto de la nota manuscrita. "La primera es el silencio político y académico que rodea al episodio" (Bastida 2009, p. 262), más sorprendente por el hecho de que Solé Tura publicó su libro en una editorial tan conocida y prestigiosa como Alianza. Por ello "cabe pensar que hay un oscurantismo premeditado y que el silencio se debe no al desconocimiento, sino al interés más genuinamente ideológico" (Bastida 2009, p. 263). El segundo asunto curioso parece confirmar esta suposición: "lo mal que sienta entre la *intelligentsia* española que el dato se saque a colación (...). No es que se ofendan con la interpretación de un hecho; se molestan con la existencia misma del hecho" (Bastida 2009, p. 263).

<sup>23</sup> A juicio de García Fernández (2012, p. 302), "en España la reforma constitucional es, más que un procedimiento jurídico para asegurar la primacía del poder constituyente, una posibilidad política a la que se accede o se rechaza en virtud de la conjunción de circunstancias políticas muy coyunturales, no jurídicas, que se compendian en el acuerdo o desacuerdo de los dos principales partidos nacionales. (...) La Constitución se reforma, no por consideraciones de técnica jurídica (que evidentemente comportan una opción política innovadora) sino por consideraciones políticas autónomas, ajenas al Derecho".

Según dije al comienzo, el funcionamiento real de una Constitución se entiende mejor acudiendo a los conceptos de creencia, hecho social y hecho institucional. De esta manera, una Constitución es una cosa –no meramente una idea–, creada socialmente y cuyos efectos resultan vinculantes para los individuos, bien sea que esta coacción se explicita o que actúe de forma implícita. La Constitución se confunde con la realidad misma, representa el sustrato básico desde el que los ciudadanos se ponen a pensar –esto es, a manejar ideas– políticamente. Por esta razón, y parafraseando a Bastida (2003, p. 283), los sometidos a una Constitución no hablan *de* ella, sino que hablan *desde* ella. La Constitución no se cuestiona, se acepta acríticamente como el punto de partida mínimo para la reflexión política y la vida en sociedad. Si un ciudadano particular dudase de ella, sería acreedor de una sanción, como se deriva de su naturaleza coactiva; si, en cambio, la Constitución se viese sometida a duros ataques de duda colectiva, la misma se destruiría: dejaría de ser una creencia y pasaría a ser una idea, en competencia con otras similares. Al mismo tiempo, la Constitución participa en la creación y el diseño tanto de la política como de la sociedad. Pero, además, la Constitución introduce un componente valorativo esencial: “las opciones políticas y organizativas adoptadas por la Constitución se convierten en principios de carácter moral que deben informar la interpretación de la legislación subyacente y, correlativamente, modelar una articulación concreta de la sociedad civil” (Bastida 2003, p. 257). Si prescindimos de esta dimensión axiológica, no es posible entender el constitucionalismo de nuestros días<sup>24</sup>.

Veamos algunos ejemplos de cómo la Constitución actúa como una creencia, un hecho social y un hecho institucional, según la descripción de estos conceptos que he ofrecido anteriormente. En primer lugar, la irracionalidad que acompaña a las creencias orteguianas se manifiesta aquí en forma de falacias argumentativas como la que sigue. Partiendo de la asunción del carácter democrático de la Constitución (premisa 1) y de la bondad de la democracia (premisa 2), se postula la necesidad de defender la Constitución, por ser democrática (conclusión 1). Pero no sólo eso, el argumento continúa y, *a sensu contrario*, se dice que todo aquel que no enarbole la bandera constitucional de forma entusiasta es un antidemócrata digno del más absoluto rechazo público (conclusión 2). El error del razonamiento reside en presuponer que la Constitución agota el concepto de democracia. Y es que, aunque se asuman las dos premisas del silogismo, no es necesario deducir la conclusión 1 ni, mucho menos, la 2.

En esta misma línea se puede sugerir otro ejemplo que ilustra el carácter emotivo de las creencias. El haber elevado la Constitución a los altares de la moralidad política y social conduce a la gente a considerar que lo constitucional es bueno y lo anticonstitucional, malo. Hasta el punto de que se llega a utilizar este término, anticonstitucional, como un insulto en el lenguaje cotidiano. Según señala Bastida, “hoy en día, incluso en gente que tiene cierto contacto con el derecho, decir «anticonstitucional» equivale a decir «injusto», «inadmisible», «inmoral» o «fuera de toda lógica». Cuando algo no cabe en cabeza humana, cuando algo transgrede los límites de la razón y ataca lo que se considera propio de la convivencia normal,

---

<sup>24</sup> Estimo sumamente ilustrativas las siguientes palabras de Carreras (2013): “como sucede en las democracias maduras, en España el debate político sobre una determinada propuesta o medida suele empezar por su grado de legitimidad constitucional, es decir, por si dicha propuesta o medida es o no adecuada a la Constitución. Sólo después se pasa a tratar sobre su oportunidad o conveniencia políticas. Ello supone aceptar, implícitamente, que antes que nada la Constitución debe cumplirse y que la lealtad a la misma es ya de por sí uno de los más sólidos valores de la convivencia”. No obstante, me desmarco de su valoración positiva de esta dimensión axiológica de la Constitución, particularmente por las implicaciones que entraña: “sólo recuerdo dos casos significativos en los que la deslealtad ha sido manifiesta. Primero, cuando el Parlamento vasco aprobó la iniciativa de reforma estatutaria propuesta por Ibarretxe sobre la insólita base de que la soberanía residía en los derechos históricos. (...) El segundo caso fue la descalificación del Tribunal Constitucional por parte de los nacionalistas catalanes (incluido el PSC) con motivo de la sentencia sobre el Estatuto de 2006 alegando que, al estar ratificado mediante referéndum, había razones «democráticas» que impedían declarar inconstitucionales sus preceptos” (Carreras 2013).

entonces eso es *inconstitucional*. Esto puede parecer más o menos gracioso pero es el reflejo de un fenómeno grave. Me estoy refiriendo a la tergiversación política y mediática de los que sí saben qué es una Constitución y de los que sí saben lo que representa convertir lo que no es más que una norma y, como tal, expresión mudable de los intereses de clase, en principio moral de estigmatización y marginalidad política” (Bastida 2003, p. 283).

Este mismo autor nos sugiere un ejemplo adicional de la fuerza moral y coactiva que acompaña a las creencias y hechos sociales. “Para ver si un ciudadano es apto para ser parte de un tribunal, en el cuestionario oficial que se suele presentar se le pregunta a la persona si está de acuerdo con el sistema y con los valores constitucionales. Si no es así, el ciudadano puede ser recusado. Si alguien no está de acuerdo con muchas cosas de la legislación civil, penal y administrativa que rigen en el Estado español nadie podrá mantener que ese sujeto es inhábil como ciudadano por mantener ese tipo de disidencias. Sin embargo, en lo tocante a la Constitución no es así. Precisamente porque (...) la moralización constitucional posibilita que los que no muestren compromiso, los que no sean creyentes, tengan la consideración de individuos marginales, de enemigos” (Bastida 2003, p. 280).

A pesar de que los ejemplos propuestos se refieren a España, cuestiones similares acontecen en otros países en los que también funciona la teoría constitucionalista. Ahora bien, un fenómeno característico del constitucionalismo patrio es su utilización para defender un concepto de nación determinado. Al análisis de esta cuestión dedicaré las páginas que siguen.

Lo primero que me gustaría destacar es que la denominada cuestión nacional ha sido un problema político en España desde los inicios del Estado liberal. Los límites del *demos*, de la comunidad política, no reciben unánime aceptación dentro de las fronteras del Estado: para algunos existe un *nosotros* único, mientras que otros consideran que hay varios entes soberanos. La Constitución de 1978 ofreció una solución al dilema: existe una sola nación, la española, indivisible e indisoluble. En esa indivisibilidad nacional reside el fundamento de la propia Constitución (artículo 2). En el seno del Estado español hay también nacionalidades y regiones con peculiaridades culturales, pero no se les reconoce personalidad política alguna: es decir, no son naciones. Sin embargo, la opción constitucional no consiguió satisfacer a quienes defendían la plurinacionalidad del Estado, por lo que los problemas de articulación territorial del Estado continúan ocupando un lugar privilegiado en la agenda política española actual. Tres cuestiones resultan particularmente reseñables y serán explicadas a continuación.

El primer asunto que quisiera poner de relieve es que una Constitución que “se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española” ha de ser calificada de nacionalista: el nacionalismo que defiende es el español. Curiosamente, en cambio, los partidarios del nacionalismo constitucional español, es decir, de la idea nacional contenida en la Constitución de 1978, rechazan para sí el apelativo de nacionalistas. Este término, de amplias resonancias totalitarias y antidemocráticas, se reserva en exclusiva para los que ondean la bandera de cualquiera de las naciones periféricas (Catalunya, Euskadi y Galicia, principalmente). Pero debe recordarse –nueva curiosidad– que oficialmente estas entidades no son naciones, sino nacionalidades, por expreso reconocimiento constitucional. Por tanto, la única nación con cuño oficial no produce nacionalistas, sino constitucionalistas o patriotas, y las comunidades a las que, pese a querer ver reconocida su condición nacional, ésta se les niega, dan lugar, en cambio, a nacionalistas de la peor clase: nacionalistas étnicos<sup>25</sup>. Así, la escena política se fragmenta en dos bloques: los constitucionalistas y los nacionalistas (o anticonstitucionalistas).

---

<sup>25</sup> En España es frecuente denominar nación cívica a la española por disponer de Estado propio, mientras que a las naciones periféricas se les suele calificar de étnicas en atención a su carencia de instancia estatal que las represente. No obstante, en línea con una concepción performativa del nacionalismo,

El segundo extremo que me gustaría resaltar es que la Constitución, debido a su carácter moral, integra los valores que todo buen ciudadano está obligado a defender: es democrática, protege los derechos fundamentales y las libertades básicas, establece un Estado de derecho y social y dispone principios garantistas que aseguran el efectivo cumplimiento de todo lo anterior. A partir de ahí, y empleando una lógica maniquea, todo aquel que se sitúe fuera de la Constitución, que la cuestione en algún punto, resulta acreedor del calificativo de *enemigo*: ya no es un buen ciudadano y, en consecuencia, o rectifica su conducta o será duramente sancionado<sup>26</sup>. Y es que la inconstitucionalidad no consiste únicamente en una ilegalidad específica, sino que implica adicionalmente cierta inmoralidad del acto de que se trate. Ser tachado de inconstitucional equivale a una inhabilitación absoluta para el debate que se aprovecha a menudo para expulsar de la arena política a los oponentes incómodos; en palabras de Velasco, la Constitución en España se emplea como un "arma arrojadiza con la que agredir a todo aquel que se separe un ápice de la ortodoxia política: tanto a quienes se atreven a proponer su reforma o a poner en solfa alguna parte de su articulado como a quienes simplemente la acatan sin mostrar entusiasmo por ella" (Velasco 2002, p. 38). Teóricamente, la española no es una democracia militante al estilo alemán<sup>27</sup>. Así, por ejemplo, leemos a

---

existe otra clasificación alternativa que distingue entre naciones cívicas y étnicas sobre la base del discurso de construcción nacional empleado: la cohesión en el seno de las naciones cívicas se edifica sobre la voluntad de sus miembros de formar parte del grupo, mientras que en las naciones étnicas se construye apelando a rasgos indisponibles para los individuos y que, de concurrir en un grupo nacional, necesariamente lo unen y lo vuelven peculiar y distinto. Si el discurso nacionalista nos da la clave para distinguir entre tipos de naciones, se entiende que la nación cívica se identifique con valores positivos, como la democracia y la libertad, y la nación étnica, en cambio, lo haga con contravalores, como el totalitarismo y la opresión del individuo. Pero lo que no cabe es diferenciar entre clases de naciones sobre la base de la presencia o ausencia de institución estatal y, al mismo tiempo, mantener la valoración positiva, en el primer caso, y negativa, en el segundo, que se deriva del análisis de los discursos nacionalistas. Porque ni la posesión de un Estado garantiza que se respeten los derechos humanos y los principios liberal-democráticos ni la carencia del mismo es signo de que se atente contra ellos.

Un ejemplo de esta clasificación dicotómica que se basa en la existencia o inexistencia de un Estado para, a continuación, predicar los rasgos típicos de cada nación que se siguen de la aplicación del modelo performativo lo encontramos en Peces-Barba (2010): "podemos hablar de un modelo nacionalista español y de otro, el de las regiones o naciones que carecían y carecen de Estado en nuestro país. Es el primero el Estado Nación, de raíz ilustrada a principios del siglo XIX, con la idea de soberanía identificada con la nueva nación española, superando al soberano absoluto de la Monarquía. Es la idea de nación con la participación de los ciudadanos, la formación de la comunidad indivisa y centralizada inspirada por el liberalismo y por el romanticismo social. (...) La soberanía nacional, de participación popular, rescatará en ese momento al nacionalismo de sus tentaciones de sociedad cerrada. (...) El segundo modelo es el del nacionalismo de las regiones o de las naciones sin Estado (...). Supone un sentimiento de identificaciones con las comunidades en que han nacido hasta extremos radicales, ignorando otras realidades y rechazando cualquier comunicación con su entorno. Este planteamiento va unido al llamado principio de las nacionalidades de acuerdo con el cual cada pueblo o nación tiene derecho a ejercer el poder soberano sobre el territorio en el que habita, creándose un derecho colectivo que no es del individuo, sino del ente colectivo nacional, en virtud del cual cada identidad cultural tiene derecho a convertirse en Estado independiente. Los defensores de esas naciones vinculaban sus particularidades culturales y su lengua propia con la necesidad de un Estado propio. Son decisiones naturales de la raza humana que reciben de Dios su carácter propio y diferente y que su mejor organización estable se consigue cuando forman su propio Estado".

<sup>26</sup> Bastida lo expresaba de una manera tremendamente reveladora: "la crítica a la Constitución no equivale al normal funcionamiento de cualquier pensamiento disconforme con una regla jurídica, sino que se hace equivalente al quebrantamiento de una norma moral inscrita, al parecer, en lo más profundo de nuestra naturaleza. (...) Por ello, si alguien critica la regulación de los delitos contra la propiedad del Código Penal se convierte automáticamente en progresista. Si, por el contrario, el individuo en cuestión critica el artículo 2 de la Constitución se convierte en un *renegado de la democracia* y en un *apóstol de la violencia* (...). El constitucionalismo considera que el compromiso con los valores constitucionales es el factor determinante para demarcar a los violentos de los demócratas" (Bastida 2003, p. 279).

<sup>27</sup> La teoría de la democracia militante fue formulada por Loewenstein, quien sugiere la adopción de medidas legislativas y políticas duras para combatir eficazmente el fascismo, entre las que se incluiría la restricción de los pilares básicos sobre los que se asienta la democracia: los derechos fundamentales, el *fair play* que da cabida a todas las opiniones, la libertad de expresión, reunión e información, etcétera. De este modo, la democracia adquiere un cariz fundamentalista con el fin de protegerse del peligro de extinción al que la amenaza fascista la somete. A juicio de Loewenstein, si el fascismo pudo ser controlado en los países democráticos fue porque se adoptaron medidas legislativas antifascistas, esto

Aragón: “desde el punto de vista jurídico, para nuestra Constitución (...) no existen enemigos, sino discrepantes. Hay libertad para los enemigos de la libertad y democracia para los enemigos de la democracia. (...) La Constitución no inconstitucionaliza fines, no condena ideologías, no establece, pues, una «democracia militante», sino, exactamente, una democracia pluralista” (Aragón 1989, pp. 49-50). Sin embargo, las “correcciones” introducidas fácticamente en los últimos tiempos siembran algunas dudas al respecto. Como ejemplo, puede ser citada la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos que permitió ilegalizar a Batasuna y a las sucesivas formaciones políticas consideradas sucesoras de la misma<sup>28</sup>, así como la reforma del Código Penal, operada mediante la Ley Orgánica 20/2003, para castigar con pena privativa de libertad la convocatoria ilegal de referendos<sup>29</sup> –la cual bien podría haberse llamado Ley Ibarretxe, puesto que se llevó a cabo en respuesta a la Propuesta de nuevo pacto político planteada por el ex-*Lehendakari*-. Así, decía Bastida: “la moralización constitucional posibilita que los que no muestren compromiso, los que no sean creyentes, tengan la consideración de individuos marginales, de enemigos. A eso conduce el constitucionalismo. Detrás de su apariencia pluralista, tolerante y democrática (...), a pesar de esta palabrería, nos encontramos con un fondo integrista fuera de toda duda. Por eso decíamos (...) que el constitucionalismo era una ideología totalitaria, por cuanto no admite la discrepancia y transforma al disidente en marginal. Por eso, también, decíamos que el constitucionalismo tiene un pesadísimo lastre antidemocrático. Precisamente porque esconde el momento atributivo que tiene todo derecho e impide a la sociedad que se reapropie de su poder fundacional” (Bastida 2003, p. 280).

Y esto me conduce a la tercera cuestión que quisiera subrayar: la instrumentalización del instituto de reforma constitucional operada por los más ardientes defensores de la norma suprema. A los duros requisitos impuestos por los constituyentes, particularmente en el artículo 168, se une la deducción de unas cláusulas de intangibilidad implícitas que protegen el núcleo duro de la Constitución, es decir, el catálogo de derechos y libertades, la forma democrática, la monarquía y la unidad nacional (Ruipérez 1995, pp. 126-129). Como ha señalado J. Pérez Royo, las cláusulas de intangibilidad a la reforma constitucional encuentran su sentido en impedir que “ni siquiera las fuerzas parlamentarias que lleguen a

---

es, porque la democracia se volvió militante y combativa (Loewenstein 1937, pp. 430-431). La suspensión de los principios fundamentales en los que se apoya la democracia se basa en el argumento de que el fin justifica los medios: la democracia se encuentra en guerra, situación que habilita para la toma de medidas extraordinarias; en este sentido, los escrúpulos constitucionales no pueden impedir la limitación de los fundamentos de la democracia, que se efectúa precisamente para preservar esos mismos fundamentos (Loewenstein 1937, p. 432).

<sup>28</sup> Me parecen sumamente pertinentes las siguientes observaciones de Monedero (2013, p. 125): con la Ley de Partidos “se dejaba fuera del juego partidista a Batasuna por su vinculación a ETA y, más en concreto, por su negativa a condenar la violencia. Nueve años más tarde, en 2011, un nuevo partido, Sortu, lógicamente heredero de la izquierda abertzale (es el ámbito que buscaba representar), volvía a recibir los ataques del *consenso*, pese a manifestar con absoluta claridad la condena de la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, que pudiera provenir de la banda terrorista. En nombre del *consenso*, lo que en 2003 sirvió para la ilegalización de la izquierda abertzale no servía después, al aceptar la renuncia a la violencia, para su aceptación política por parte del PSOE y del PP, dejando a los jueces una decisión que, en democracia, correspondería a la política y no a la judicatura. Un argumento particular – el mundo abertzale sigue *sintiendo* lo mismo– se convertía en un argumento jurídico –los estatutos de un partido valen para su ilegalización pero no para su legalización–”.

A mi modo de ver, tras la Ley de Partidos Políticos pierde vigencia la siguiente afirmación de Jiménez Campo (1981, p. 173): “el control sobre los fines (...) está excluido en nuestro sistema constitucional, a partir del cual no puede deducirse la consagración de ninguna «función de orden de las asociaciones» (...). No vemos, en la referencia del artículo 6º al respeto a la Constitución y a la ley, base alguna para colegir que la Constitución pretende excluir de la legalidad a los grupos animados por una idea de Derecho –o por un modelo de sociedad– distintos, o aún contradictorios, con los que incorpora la misma norma fundamental. Que no hay, en este sentido, más «mínimos constitucionales» que los penalmente protegidos”.

<sup>29</sup> Debo aclarar, no obstante, que la Ley Orgánica 2/2005 derogó los artículos introducidos por la Ley Orgánica 20/2003, con lo que el gobierno recurrió al Tribunal Constitucional, un aliado indispensable en estas lides, para evitar que la consulta al pueblo vasco tuviera lugar (STC 103/2008).

adquirir la mayoría necesaria para reformar la Constitución puedan hacerlo más allá de ciertos límites” (Pérez Royo 1984, p. 447). Por ello, se enfrentan siempre a la objeción democrática<sup>30</sup>. Pese a que no todos los autores comparten la opinión de que deben admitirse unos límites absolutos que impidan la reforma de esos contenidos –presuposición que se hace contra la letra expresa de la Constitución que, en el artículo 168, contempla la posibilidad de su modificación total–, lo cierto es que la enmienda de la Carta Magna asusta<sup>31</sup>; y no sólo a los políticos, sino también a un nutrido sector doctrinal. La Constitución española sólo ha sido reformada dos veces y siempre por exigencias de la Unión Europea: para permitir a los ciudadanos comunitarios el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (artículo 13), según requería el Tratado de Maastricht, y para establecer una limitación del déficit público (artículo 135). En ambos casos, se utilizó el procedimiento simple de reforma. Pero fuera de estas dos excepciones, las propuestas de enmienda constitucional se ven con recelo e, incluso, se han llegado a calificar de ataques contra la Constitución misma. Esta postura ha sido denominada “fundamentalismo constitucional” –Velasco (2002, p. 38), J. Pérez Royo (2004)– y supone una mitificación del texto de la Constitución que se aprobó en 1978. Como ha señalado Herrero de Miñón, existe una especie de “magia constitucional” en virtud de la cual “la política parece pretender justificarse como ejecución de la Constitución, puesto que en el texto vigente se buscan los parámetros de toda iniciativa legislativa y aun gubernamental, a la vez que, en su nombre, se procura descalificar cualquier posición adversa” (Herrero de Miñón 2002, p. 250). Más aún, parece que en lugar de frente a una norma, nos hallásemos frente a un libro sagrado.

Ello no ocurre en otros Estados de nuestro entorno. Por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn –que sí contiene cláusulas de intangibilidad explícitas– ha sido modificada en más de cincuenta ocasiones. J. Pérez Royo decía que “la reforma no es una opción en un sistema democrático. Es una necesidad” que se deriva del deseo de conservar la Constitución (Pérez Royo 2004). Y es que, en su opinión, “hay una correspondencia casi unívoca entre democracia y reforma de la Constitución. Las democracias reforman sus constituciones. Y son democracias porque reforman sus constituciones y reforman sus constituciones porque son democracias. Y es así, porque la reforma es la máxima expresión institucionalizada del principio democrático. Es la forma en que se expresa la renovación del contrato social que articula la convivencia. Mediante ella las generaciones que no participaron en el pacto constituyente originario tienen la oportunidad de hacerlo suyo de manera expresa y de corregirlo o añadir lo que estimen<sup>32</sup> (...). Por eso hay

<sup>30</sup> En palabras de Aragón, “los límites materiales significan o que el Derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones del presente, con lo cual el Estado constitucional no sería del todo Estado democrático, o que la democracia impone a esas generaciones del futuro la triste obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de Derecho, es decir, de Estado constitucional. En realidad, las cláusulas de intangibilidad se corresponden más con la idea liberal (moderada) de Constitución que con la idea democrática de Constitución. (...) Frente a la concepción puramente liberal, la concepción democrática de Constitución exige, a mi juicio, que ésta sea enteramente revisable” (Aragón 1989, p. 37).

<sup>31</sup> El título de un artículo de Pérez Royo es bastante sugerente a este respecto: “Una anomalía española: la aversión a la reforma constitucional” (Pérez Royo 2003). Igualmente, Gómez Orfanel afirmaba: “debe conjurarse el temor o la negativa a posibles modificaciones constitucionales, elemento caracterizador de nuestra evolución constitucional, y que en la actualidad impregna la posición del Gobierno, del partido que le sustenta (PP) y de relevantes sectores de la sociedad española” (Gómez Orfanel 2003, p. 59).

<sup>32</sup> Como reconoce Viver i Pi-Sunyer (1998, pp. 26-27), “en el momento histórico en el que se incorpora a la sociedad una nueva generación que no participó ni directa ni indirectamente en la elaboración del texto constitucional, es decir, una generación que no fue «constituyente», sino que ya es constitucionalmente «constituida», (...) a esa generación no pueden pedírsele adhesiones acrílicas a la Constitución en aras de la necesaria estabilidad constitucional y de la inconveniencia de las reformas. Tampoco basta la apelación al espléndido cambio que la Constitución de 1978 introdujo respecto del sistema dictatorial preexistente: la generación coetánea ha nacido y crecido bajo su vigencia, no conoció el régimen franquista y los valores y principios contenidos en el texto constitucional le resultan «naturales», pero no en el sentido de inmutables y, por tanto, indiscutibles, sino como sinónimo de

que hacer uso de la misma" (Pérez Royo 2004). De esta manera, no cabe oponerse a la reforma de la Constitución alegando que la misma fue aprobada mediante un procedimiento democrático en todo el Estado, también en Catalunya y Euskadi. Además, si se entiende que la democracia en una cuestión de grado, aunque consintamos que la Constitución actual es democrática en líneas generales, ello no significa que no sea posible introducir modificaciones que la vuelvan *más* democrática todavía. En el tema de la articulación territorial del Estado, esto se ve claramente<sup>33</sup>. Como el artículo 2 resultó de una imposición extraparlamentaria, sería más democrático que ahora, una vez que el sistema constitucional se halla plenamente asentado, se decidiese libremente una nueva. Si la excusa ofrecida para negarse es que no conviene que un asunto tan controvertido sea sometido a la deliberación de los ciudadanos, entonces la conclusión obligada es que vivimos en un país con una calidad democrática muy baja.

#### 4. Conclusiones

Al comienzo de este artículo decía que para entender el funcionamiento real de una Constitución es necesario tener en cuenta el componente de irracionalidad que incorpora, así como la dimensión axiológica que la ideología constitucionalista le atribuye. La Constitución es más que la norma suprema de un Estado: es un instrumento de convivencia y articulación social que se nutre de las creencias que los ciudadanos tienen acerca de ella y marca la pauta moral que han de seguir esos mismos ciudadanos para ser considerados miembros aceptables del Estado. Los contenidos constitucionales atesoran un valor moral intrínseco y, para protegerlos adecuadamente, la Constitución se vuelve rígida en su reforma y ostenta la primacía normativa en el sistema de fuentes. Ello supone una vulneración del principio democrático, uno de los principios legitimadores de nuestro universo político, pero semejante transgresión se entiende adecuadamente justificada si se hace para proteger los derechos fundamentales.

La Constitución española merece ser criticada por proteger con una rigidez extrema otros contenidos, particularmente la unidad nacional. Más aún, debido a la mitificación experimentada por el texto aprobado en 1978 la concepción de la nación española allí contenida se ha erigido en dogma de la corrección política y, en consecuencia, todo aquel que ose cuestionarla es considerado un enemigo: tal es la sanción asociada a esta creencia o hecho social.

En mi opinión, es conveniente que la pedagogía constitucional incida en este aspecto mítico de la Constitución con el objetivo de que los ciudadanos se vuelvan conscientes de lo que es realmente una Constitución: no un ente semi-divino, sino un texto normativo hecho por y para los hombres y que, en consecuencia, se puede modificar. Más aún, es bueno que así sea para adaptar el texto a la evolución real de la sociedad. Pero no sólo eso; resulta absolutamente imprescindible que la Constitución española no siga siendo empleada como un arma que se esgrime frente a los nacionalistas periféricos que cuestionan la sagrada unidad nacional española. Ni es un enemigo quien critica la Constitución ni merece ser castigado por mostrar su desacuerdo con ella: de lo contrario, estaríamos penalizando el pensamiento, la ideología. Quien desee modificar el orden constitucional ha de poder intentarlo y, por supuesto, decirlo. El único límite que cabría imponerle sería

---

cotidianos y contingentes, es decir, como algo cuya pervivencia se justifica en la medida en que esos principios y valores sean más justos y útiles que otros alternativos".

<sup>33</sup> Resultan sumamente ilustrativas las siguientes palabras de Aragón: "si bien la Constitución «no puede ser» (legítima) sin la democracia, la Constitución (en cambio) «sí puede ser» (legítima) con un pueblo más grande o más pequeño". Para la teoría constitucional democrática (...), la «configuración» del pueblo (sus límites «externos» como grupo humano diferenciado de otros pueblos) y su misma dimensión territorial son cuestiones de hecho que el Derecho regula, pero de las que no extrae su justificación (o, en otras palabras, su legitimidad)" (Aragón 1989, p. 54).

el respeto de las reglas democráticas y de los derechos humanos<sup>34</sup>. Pero esto afecta a los medios empleados y no a los fines buscados.

## Referencias

- Aguiló, J., 2001. Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa* [en línea], 24, 429-457. Disponible en: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10216/1/doxa24\\_16.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10216/1/doxa24_16.pdf) [Acceso 4 agosto 2016].
- Aguiló, J., 2008. Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. *Jurídicas*, 5 (1), 13-38.
- Aleman, M., 2010. Democracia versus Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?). *Anuario de Filosofía del Derecho*, 26, 59-84.
- Aragón, M., 1989. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos.
- Aragón, M., 2002. La Constitución como paradigma. En: M. Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México D.F.: Porrúa.
- Bastida, X., 1998. *La nación española y el nacionalismo constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Bastida, X., 2003. La Constitución vertical. El constitucionalismo y la cuestión nacional. En: F. Quesada, ed. *Plurinacionalismo y ciudadanía*. Madrid: Biblioteca Nueva, 253-285.
- Bastida, X., 2009. Nacionalismo y democracia. El nacionalismo constitucional español. En: C. Forcadell, I. Saz y P. Salomón, eds. *Discursos de España en el siglo XX*. Universitat de València, 255-279.
- Bustillo, J., 2006. Labios como espadas. *Rebelión* [en línea], 19 enero. Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=25691> [Acceso 3 agosto 2016].
- Capella, J.R., 2003a. Presentación. Una soberanía apacentada. En: J. Ramón Capella, ed. *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 9-15.
- Capella, J.R., 2003b. La Constitución tácita. En: J.R. Capella, ed. *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 17-42.
- Carreras, F. de, 2013. ¿Debe reformarse la Constitución?. *El País* [en línea], 2 diciembre. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2013/11/29/opinion/1385735281\\_682771.html](http://elpais.com/elpais/2013/11/29/opinion/1385735281_682771.html) [Acceso 3 agosto 2016].
- Castoriadis, C., 1998. Imaginario político griego y moderno. En: *El ascenso de la insignificancia*. Madrid: Cátedra, 157-180.
- Durkheim, É., 1974. *Las reglas del método sociológico*. Madrid: Morata.
- Elster, J., 1988. Introduction. En: J. Elster y R. Slagstad, eds. *Constitutionalism and Democracy. Studies in Rationality and Social Change*. Cambridge University Press, 1-18.
- Ferrajoli, L., 2011. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, 34, 15-53.

<sup>34</sup> El propio Tribunal Constitucional ha dicho que "la fidelidad a la Constitución (...) puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución (...), siempre que se respeten aquellas reglas de juego; y no supone, por tanto, una renuncia (...) a la libre crítica del ordenamiento jurídico existente, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas Leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución" (STC 122/1983, FJ 5º).

- Ferrajoli, L., 2012. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. *Pensamiento Penal* [en línea], 146. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/08/doctrina34481.pdf> [Acceso 3 agosto 2016].
- Ferreres, V., 2002. Justicia constitucional y democracia. En: M. Carbonell, comp. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México D.F.: Porrúa, PP-PP.
- Garcés, J.E., 2000. *Soberanos e intervenidos. Estrategias globales, americanos y españoles*. 2ª ed. Madrid: Siglo XXI.
- García Fernández, J., 2012. Reformas constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución. *Teoría y realidad constitucional*, 30, 301-314.
- Gargarella, R., y Martí, J.L., 2005. Estudio preliminar. La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. En: J. Waldron *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 13-48.
- Garzón Valdés, E., 1989. Representación y democracia. *Doxa* [en línea], 6, 143-163. Disponible en: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10840/1/Doxa6\\_07.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10840/1/Doxa6_07.pdf) [Acceso 4 agosto 2016].
- Gómez Orfanel, G., 2003. ¿Una Constitución permanente e inalterable? La necesidad y beneficios de las reformas constitucionales. *Berceo*, 145, 59-67.
- Herrero de Miñón, M., 2002. ¿Patriotismo constitucional o constitucionalismo útil?. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 79, 249-281.
- Holmes, S., 1988. Precommitment and the paradox of democracy. En: J. Elster y R. Slagstad, eds. *Constitutionalism and Democracy. Studies in Rationality and Social Change*. Cambridge University Press, 195-240.
- Holmes, S., 1995. *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. The University of Chicago Press.
- Jiménez Campo, J., 1981. La intervención estatal del pluralismo (Notas a una sentencia del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 (1), 161-184.
- Laporta, F., 2007. *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta.
- Laporta, F., 2008. La rigidez constitucional y otras perversiones. *El País* [en línea], 18 diciembre. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2008/12/18/opinion/1229554804\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/12/18/opinion/1229554804_850215.html) [Acceso 4 agosto 2016].
- Loewenstein, K., 1937. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, 31 (3), 417-432.
- Merton, R.K., 1995. *Teoría y estructuras sociales*. 3ª ed. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Monedero, J.C., 2013. *La Transición contada a nuestros padres. Nocturno de la democracia española*. 2ª ed. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Navarro, V., 2004. La transición y los desaparecidos republicanos. En: E. Silva et al coords. *La memoria de los olvidados. Un debate sobre el silencio de la represión franquista*. Valladolid: Ámbito, 115-132.
- Ortega y Gasset, J., 1994. Ideas y creencias. En: J. Ortega y Gasset. *Obras completas (V)*. Madrid: Alianza, 659-671.
- Palombella, G., 2000. *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*. Granada: Comares.

- Peces-Barba, G., 2010. Los nacionalismos en España. *El País* [en línea], 23 noviembre. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2010/11/23/opinion/1290466804\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/11/23/opinion/1290466804_850215.html) [Acceso 4 agosto 2016].
- Pérez Royo, J., 1984. Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución. *Revista de Política Comparada*, 10-11, 427-450.
- Pérez Royo, J., 1987. *La reforma de la Constitución*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Pérez Royo, J., 2003. Una anomalía española: la aversión a la reforma constitucional. *Claves de Razón Práctica*, 138, 10-17.
- Pérez Royo, J., 2004. Fundamentalismo constitucional. *El País* [en línea], 24 enero. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2004/01/24/espana/1074898817\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2004/01/24/espana/1074898817_850215.html) [Acceso 4 agosto 2016].
- Prieto Sanchís, L., 2013. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Ruipérez, J., 1995. *Constitución y autodeterminación*. Madrid: Tecnos.
- Searle, J.R., 1977. *¿Qué es un acto de habla?* Valencia: Cuadernos Teorema.
- Searle, J.R., 1980. *Actos de habla*. Madrid: Cátedra.
- Searle, J.R., 1997. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- Share, D., y Mainwaring, S., 1986. Transiciones vía transacción: la democratización en Brasil y en España. *Revista de Estudios Políticos*, 49, 87-135.
- Solé Tura, J., 1985. *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo y autodeterminación*. Madrid: Alianza.
- Vega, P. de, 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Velasco, J.C., 2002. Patriotismo constitucional y republicanismo. *Claves de Razón Práctica*, 125, 33-40.
- Viver i Pi-Sunyer, C., 1998. Veinte años de Constitución y de incipiente constitucionalismo. *Revista de Occidente*, 211, 23-53.
- Waldron, J., 2005. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.