

Santiago  
Muñoz  
Machado  
Vieja  
y nueva  
Constitución



## Índice

- Portada
- I. Preliminar: ¿cuánto tiempo tiene que durar una constitución?
- II. ¿Pueden las generaciones pasadas imponer una constitución a las generaciones siguientes?
- III. De la Constitución inmutable a la regulación constitucional de la reforma
- IV. El valor de la Constitución histórica
- V. Sobre las diferentes maneras de incumplir, cambiar o abrogar la Constitución en la práctica española
- VI. ¿Cambia la Constitución su custodio?
- VII. Las formas tradicionales de las mudanzas constitucionales y algunas actualizaciones
- VIII. El cambio constitucional por secesión
- IX. Soberanía y Constitución en la Unión Europea
- X. Nuevo constitucionalismo. La Constitución abierta y cosmopolita
- Nota bibliográfica
- Créditos

Te damos las gracias por adquirir este EBOOK

Visita [Planetadelibros.com](http://Planetadelibros.com) y descubre una nueva forma de disfrutar de la lectura

---

**¡Regístrate y accede a contenidos exclusivos!**

Próximos lanzamientos  
Clubs de lectura con autores  
Concursos y promociones  
Áreas temáticas  
Presentaciones de libros  
Noticias destacadas

---

Comparte tu opinión en la ficha del libro  
y en nuestras redes sociales:



Explora Descubre Comparte

## I

## Preliminar: ¿cuánto tiempo tiene que durar una constitución?

Thomas Jefferson contestó la pregunta fijando el tiempo ideal de vigencia de una constitución en diecinueve años, y explicó su aserto con meticulosas razones biológicas y económicas. Pero, después de él, a nadie se le ha ocurrido establecer criterios estrictos para responder a ese problema. Tampoco las constituciones mismas suelen fijarse un término y la mayor parte de quienes, a lo largo de la historia de cualquier país, han participado en su elaboración, han salido del compromiso convencidos de haber hecho una obra pétreo, de vigencia inacabable, que venerarían las generaciones siguientes. Han asumido la idea de que la Constitución es una ley perpetua.

Tan común como este orgullo de fundador suele serlo el desafecto de las generaciones inmediatas que, a veces, ni esperan, para proceder al derribo de tan maravillosas creaciones, a comprobar su utilidad para organizar los poderes y garantizar los derechos, que han sido siempre sus propósitos más elementales. ¿Por qué motivo van a aceptar los ciudadanos vivos reglas de convivencia establecidas por ciudadanos muertos? O, si aún alientan los que hicieron la Constitución, ¿por qué aceptar compromisos vinculantes en cuya preparación no se ha participado por razones de edad, de política o de cualquier otra clase? ¿Por qué razón

puede bloquearse el deseo de cambiar la Constitución con trabas que dificulten la aplicación más llana del principio democrático?

Algunas de estas preguntas acompañaron al constitucionalismo desde sus primeros pasos y han vuelto a ponerse de moda en España, a veces expresadas con intransigencia, reclamando reformas de una constitución que va camino de cumplir sin retoques el doble de los años que tardan estos textos en alcanzar la decadencia, según las cuentas de Jefferson. Las actitudes ante el cambio oscilan, como siempre en estos graves asuntos, entre quienes se aferran al texto histórico por considerarlo difícilmente mejorable, y, en el otro extremo, quienes lo desacralizan hasta el punto de optar por la mayor de las mudanzas, que es tenerlo por decaído, inservible e inaplicable sin mayores consideraciones.

Verdaderamente, la Constitución española de 1978 hizo muchos méritos para ser respetada y defendida sin titubeos. La nuestra es una constitución del viejo estilo, fundante de un nuevo sistema político, inauguradora de un régimen de derechos avanzado y dotado de fuertes garantías, y diseñadora de una organización del poder radicalmente distinta de la preexistente. Si se deja aparte la efímera Constitución de la Segunda República española, no ha habido nada parecido en toda la historia constitucional de nuestro país. Es, la vigente, una constitución revolucionaria. Aspiró a cambiar la sociedad y el ejercicio del poder. En este sentido, asumió las mismas pretensiones de radicalidad que tuvieron las primeras constituciones europeas y se distanció de las constituciones que se han limitado a restablecer o mejorar modelos políticos ya ensayados. Es una de esas constituciones que se ha dado en llamar *new beginning* porque acometen cambios radicales en la gobernación de la comunidad y la defensa de los derechos individuales: se plantean regir en una nueva sociedad. Fueron de este tipo las constituciones europeas de la segunda pos-

guerra mundial: normas fundamentales que dividieron el poder, en algunos casos lo repartieron territorialmente, reorganizaron el estado y aseguraron la preservación de los derechos en un marco democrático firmemente establecido. Tardíamente, la nuestra de 1978 se asoció a ese mismo orden de valores, y lo hizo también al término de un régimen político salido de la guerra.

Es la primera vez en nuestra historia que la voluntad soberana del pueblo ha conseguido aprobar un texto con tan larga vigencia. Sostengo lo dicho porque no todas las constituciones históricas españolas han surgido de la soberanía popular. Rara vez el soberano constituyente ha sido, en España, el pueblo, y las ocasiones en que más se ha aproximado a serlo, la vigencia de la Constitución siempre ha sido breve. Este fue el destino de las constituciones de 1812, 1837, 1869 y 1931, las únicas en las que la nación fue el único sujeto constituyente. En los demás casos, la soberanía nacional se combinó con la soberanía monárquica y de este tándem resultaron las constituciones más duraderas (1845, 1876).

Haya sido o no la soberanía popular el sujeto fundador, las constituciones que más arraigo han llegado a tener en la historia española, han compartido su tarea creativa con la aceptación de instituciones preconstitucionales, formadas a lo largo de generaciones anteriores y mantenidas como reglas constitucionales perennes y de aceptación hereditaria inexcusable. Integran la «Constitución histórica» y condicionan el poder constituyente de la generación viva que, en cierta medida, ha de compartir su soberanía con la que tuvieron las generaciones muertas.

Analizando la dinámica de los cambios constitucionales, puede observarse la repetición de ciertos fenómenos de forma axiomática. El primero de ellos es que en todos los casos en que las constituciones se han basado en la soberanía popular y han sido muy radicales, revolucionarias o, simplemente, muy reformistas, sus autores han establecido

muchas restricciones al cambio, o, al menos, a la fácil mudanza. La empalizada jurídica se ha levantado fijando muy severos procedimientos de necesaria observancia para su reforma o estableciendo prohibiciones de acometerla antes de transcurrido un determinado plazo. Así ocurrió con todas las primeras constituciones del mundo: la norteamericana de 1787, la francesa de 1791, la española de 1812...

La segunda evidencia es que cuanto mayores son las dificultades que se establecen en una constitución para evitar cambios radicales, más pronto y con mayor fuerza se producen estos. Así lo enseñan también las experiencias de las primeras constituciones francesa y española, que fueron derribadas a poco de entrar en vigor; la nuestra, además, fue restablecida y arrumbada con la misma perentoriedad en varias ocasiones. La rigidez de la norteamericana tampoco la dejó al margen de un torrente de enmiendas que la afectaron a poco de entrar en vigor.

La máxima de que «los extremos se tocan», es decir, que las proposiciones situadas en cada uno de los bordes de la gama de opciones que pueden utilizarse para abordar un problema, dan lugar a soluciones parecidas, se realiza también en los dominios de la reforma constitucional. Enuncio así una tercera constatación sobre los cambios constitucionales: tanto los que se empeñan en cerrar la Constitución a toda modificación, como quienes pretenden privarla de vigencia total, generan fuerzas que conducen a que sus reglas sean paulatinamente sustituidas por otras en la práctica, por la vía de hecho, sin que medie reforma constitucional de ningún tipo. Estas convenciones, costumbres o mutaciones constitucionales afectan extraordinariamente a la seguridad jurídica y reducen el prestigio y el valor ordenador de la norma fundamental, pero son inevitables y se aceleran en una relación proporcional al tiempo que los inmovilistas tardan en ceder o los radicales en volver al cauce constitucional para resolver sus reclamaciones.

Con la Constitución de 1978 se han cumplido o están en curso de cumplirse los tres teoremas enunciados. Solo una de las proposiciones del segundo ha sido aplazada temporalmente. Pero está en proceso de hacerse efectiva porque las aspiraciones de cambiar la Constitución se han disparado en poco tiempo. La mayor parte de ellas se refieren a la organización territorial del poder porque, en la ahora establecida, tanto los expertos como los gestores públicos han apreciado muchos defectos y problemas operativos. También se aducen corruptelas y decaimiento en algunas instituciones. E incluso se aspira a mejorar los capítulos concernientes a los derechos fundamentales, según diversas reclamaciones. Todos los proyectos conocidos proponen reformas salvo uno, con aspiraciones de mucho mayor alcance, que persigue la extinción de la Constitución vigente en el territorio de Cataluña, para sustituirla allí por la nueva Constitución de la República catalana independiente.

En el compendio de cuestiones que he relacionado hasta aquí, hay bastantes que han aparecido en otros momentos de la Historia y han sido analizadas por la teoría constitucional. Un primer objetivo de este libro es recuperar esas experiencias, sorprendentemente dejadas de lado en los debates públicos actuales sobre las excelencias o insuficiencias que adornan o perjudican a nuestra ya baqueada Constitución. Pretendo retornar a cuestiones que se suscitaron en el constitucionalismo originario y que han vuelto a ponerse de moda sin que se vean aparecer en los debates las ideas que se usaron en otros tiempos para abordarlas y solucionarlas. Por ejemplo, como decía al principio, si el constituyente puede vincular a las generaciones futuras. O, expuesta la idea de otra forma, si la democracia es un valor absoluto que puede sobreponerse a cualquier obstáculo constitucional que la limite.

También es una proposición verificable en la historia de nuestro constitucionalismo la dificultad de conseguir que se respeten estrictamente las garantías establecidas en las sucesivas constituciones para evitar cambios bruscos o reformas no acordadas conforme al procedimiento fijado en la propia ley fundamental. Las maneras de cambiar la Constitución vigente, en nuestra experiencia, han sido muchas. En este libro se ofrece un muestreo, que no pretende ser exhaustivo, que recoge y explica más de una docena, ninguna atendida a las cláusulas de reforma vigentes en cada momento. Si se profundiza en las razones que las movieron, las que más reiteradamente aparecen son tres: primero, las reclamaciones de derechos no reconocidos o la eliminación de potestades públicas asfixiantes que restringían desproporcionadamente su ejercicio o lo abrasaban. Por épocas, ha sido el caso de las libertades de información, reunión, asociación y también de la libertad religiosa. En segundo lugar, los problemas de organización de la Administración pública territorial; durante todo el siglo XIX se ha discutido sobre las competencias de los ayuntamientos y la restricción de las potestades de tutela de la Administración central; en el siglo XX, lo mismo y, además, sobre la organización autonómica de las nacionalidades y regiones. Y en tercer lugar, de modo constante, la disputa sobre la titularidad de la soberanía.

La primera gama de conflictos, formados alrededor de las libertades, prácticamente han desaparecido en la actualidad considerando la amplitud y la potencia de las garantías ofrecidas en la Constitución y en las cartas, convenios y tratados internacionales. Los segundos se han resuelto en gran medida en la Constitución vigente porque se ha ampliado la autonomía local y se han hecho desaparecer las potestades de tutela atribuidas a otras administraciones superiores cuando implicaban, de alguna manera, control o dirección política. Esta pacificación municipal no puede tenerse por definitiva. Mucho menos si el municipalismo recu-

pera la veta juntista, tan tradicional en España, y vuelven a manejarse las instituciones locales para multiplicar reclamaciones políticas de más calado y trascendencia general que los simples intereses locales.

La tercera es, de todas, la más persistente: siempre ha estado presente la cuestión de la soberanía en las crisis constitucionales históricas y ha vuelto a presentarse vivamente al inicio del siglo XXI. Ahora estos conflictos se denominan «soberanistas», y su ideología está montada en la afirmación de que los pueblos tienen siempre derecho a decidir sobre su destino, en la creencia de que la democracia es el mayor valor de cualquier sociedad libre y de que nada puede oponerse a la voluntad expresada por la mayoría, ni siquiera, sostienen, el principio de integridad territorial del estado, que es una vetusta fórmula aplicada en línea de continuidad desde la Paz de Westfalia sin considerar el tiempo transcurrido y las transformaciones políticas, económicas y sociales, y los tumbos que ha dado el mundo, desde el siglo XVII.

El conflicto de la soberanía, aunque resuelto en la mayor parte de las democracias avanzadas del mundo, se mantiene en pocos países europeos como en España. Pero sería un error creer que es el eslabón que mantiene la continuidad de nuestro constitucionalismo histórico y el actual, de manera que los problemas han conservado el mismo cariz a lo largo de dos siglos. Media un abismo entre las constituciones antiguas y el constitucionalismo actual y uno de los propósitos de este libro es tratar de demostrarlo.

Los contenciosos sobre la soberanía, que debilitaron e hicieron caer constituciones en el siglo XIX, versaron siempre sobre su titularidad (de la nación o del monarca) y limitaciones. La soberanía fue siempre la fuente única e inmediata de la Constitución, el fundamento del poder constituyente, único, indivisible, irresistible e incondicionado. Se reclamaba la soberanía para dominar el poder constituyente y, desde él, decidir sobre la organización del estado, decla-

rar los derechos de los ciudadanos y arbitrar sus garantías. De la soberanía emergían constituciones enteras decididas sin condicionamientos de ninguna clase.

Actualmente, los polos del debate se han desplazado hacia otros problemas: si la Constitución puede ser un texto estable o si está incondicionalmente sometido a las decisiones de las mayorías. Si pueden concurrir diversos procesos constituyentes en el seno de un mismo estado, incluso con el propósito de fragmentarlo en varias piezas soberanas, por considerar que la regla de la indivisibilidad ha dejado de ser oponible a las decisiones democráticas. Si son el fruto de procesos ordenados de los que surge un texto único o se crean, por el contrario, por acumulación de textos de origen vario y producidos de forma no simultánea.

Los textos constitucionales que nos rigen son multinivel y pluritextuales, porque se integran por más de un documento de tal rango formulado en diversas instancias territoriales. La soberanía y el poder constituyente están ahora restringidos porque necesariamente han de ser cosmopolitas, en el sentido de que han de estar ampliamente conectados y aceptar la vigencia y eficacia interna de regulaciones formadas en instituciones supranacionales.

Propone este libro un recorrido sobre estas transformaciones del constitucionalismo que arranca en la época fundacional y concluye con el análisis del proceso que se está siguiendo en la Unión Europea y de los problemas que están planteando los movimientos políticos soberanistas respecto de la reconstrucción del poder constituyente en España.

## II

## ¿Pueden las generaciones pasadas imponer una constitución a las generaciones siguientes?

Una nación extremada, como es la española, en la que se han producido continuos conflictos ideológicos y crisis de convivencia a lo largo de los dos últimos siglos, tiende a ser constitucionalmente inestable. Analizaré más adelante la sucesión de cambios constitucionales en España y sus razones. En el fondo de todos ellos anida la convicción de que quien dispone en cada momento del poder no tiene por qué conformarse con lo dispuesto en la Constitución, sino que puede sustituirla sin cuidado si esa es la voluntad del pueblo, expresada a través de sus representantes en las cámaras legislativas. Frente a las pretensiones de la Constitución de imponerse al poder legislativo ordinario, sometándolo y hurtándole algunas decisiones, se opone el valor de la democracia. La voluntad popular es la rectora absoluta de la convivencia. Las leyes están basadas en la voluntad del pueblo. Todo el ordenamiento jurídico está construido sobre esa base, y la debida obediencia a las normas que lo integran está fundada en que son expresión de la democracia. En la medida, en fin, que la Constitución limita la capacidad de decisión de los representantes del pueblo, es antidemocrática.

Estas ideas concernientes a las relaciones entre la Constitución y la democracia, han sido esgrimidas repetidamente desde que se inició la era constitucional y se han mantenido vivas hasta hoy. La Constitución aparta algunas decisiones de la voluntad democrática y establece sus propios criterios acerca de cómo deben resolverse, sin que el legislador ordinario pueda cambiarlas mientras aquella se mantenga vigente. Esos graves asuntos que la Constitución elige y atrae a su exclusiva decisión quedan fuera del alcance de mayorías coyunturales salidas de un proceso electoral. La regulación de algunos aspectos centrales de la organización del estado o concernientes a los derechos de los ciudadanos, como la vida, la libertad de expresión, la libertad religiosa, la de reunión u otras que la ley fundamental selecciona, quedan fuera de la dinámica de la sustitución de gobiernos y legisladores; fuera, por tanto, de la disponibilidad de los representantes de la voluntad popular.

El problema de los límites que imponen las constituciones al principio democrático se agrava en la medida en que más larga es la vigencia de aquellas. En Estados Unidos, donde rige la Constitución más antigua del mundo, se plantean la pregunta de por qué una constitución aprobada hace más de doscientos años sigue manteniendo tanto valor e influye de modo tan decisivo en las normas por las que el país se guía. Y, además, pesa mucho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que, en aquel país, ha sustituido en parte las reformas constitucionales), la indagación sobre la intención que tuvieron los padres fundadores al establecer una determinada prescripción, o sobre el sentido más probable de la voluntad original del constituyente. Este método prolonga inusitadamente en el tiempo los puntos de vista de los fundadores, incluso cuando no fueron recogidos en el texto mismo de la Constitución.

En España la Constitución no es tan longeva, pero tiene casi cuarenta años de plena vigencia, lo que también ha dado lugar a la pregunta de por qué ha de atenerse el le-

gislador a un compromiso establecido hace ya tanto tiempo por una generación que no es la que hoy domina la vida política y social. De hecho esta cuestión está presente en las reclamaciones de cambio que formulan algunos grupos políticos que aducen que no participaron en aquel lejano proceso constituyente o, más simplemente, que no aceptan que la democracia actual pueda estar condicionada por la voluntad política de una generación casi extinguida. No pueden los muertos gobernar permanentemente sobre los vivos. Es de los vivos, y no de los muertos, la responsabilidad plena de atender los problemas de la sociedad actual. Además de por las indicadas razones democráticas, porque no podían los fundadores de nuestro vigente sistema constitucional prever las vertiginosas mudanzas a que han sido sometidas la sociedad, la economía y la política en los años posteriores a la aprobación del texto constitucional. La rotundidad de los cambios que se invocan para justificar la obsolescencia de la Constitución y el derecho democrático a inaplicarla, alcanzan, en el debate político actual, a justificar, incluso, la ruptura de la unidad del estado, que fue uno de los valores esenciales sobre los que se fundamentó la Constitución de 1978.

La vinculación del soberano por sus propias decisiones ha sido una cuestión considerada por la filosofía política desde hace siglos. El asunto está relacionado con el de la promesa obligatoria que se esparce en el derecho romano. Pero no entraré ahora en sus detalles. Su mejor desarrollo político se formuló al tiempo que la doctrina de la soberanía por sus principales teóricos. Jean Bodino sostuvo que el príncipe no puede «ser obligado por las leyes y ordenanzas que se dio a sí mismo, pues un hombre bien puede recibir una ley de otro hombre, pero es imposible por naturaleza que se dé una ley a sí mismo». Nadie puede estar obligado por una promesa propia, argumentó Thomas Hobbes, dando continuidad a ese mismo pensamiento. Si lo estuviera, «dado que la misma parte sería el obligador y el obligado,

y teniendo el obligador el poder de librar al obligado, sería simplemente vano que un hombre se obligara a sí mismo, dado que puede liberarse a su propio capricho y dado que el que puede hacer esto ya es en realidad libre». Aplicada esta reflexión al soberano, la consecuencia es que el rey debe considerarse *legibus solutus*, principio que se eleva enseguida como clave de bóveda de la soberanía. En el *Leviatán* explica Hobbes: «El soberano de un estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa sujeción abrogando aquellas leyes que le estorben y haciendo otras nuevas; por consiguiente, ya era libre antes, pues es libre quien puede ser libre cuando lo desea. Tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo, porque quien puede atar puede desatar y, por tanto, quien está ligado solemnemente a sí mismo, no está ligado». Pufendorf aplicó estas mismas conclusiones a las sociedades democráticas para establecer el principio de que nada podría impedir a un pueblo democrático abrogar sus leyes fundamentales en cualquier momento.

El desarrollo de estos principios en la obra de Jean-Jacques Rousseau será luego llevado a las primeras constituciones. Está en su ensayo *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma* y, sobre todo, en *El contrato social*; en este último sostiene que «es contradictorio que la autoridad soberana se ponga trabas a sí misma» y que «va contra la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no puede infringir». En consecuencia: «il n'y a dans l'état aucune loi fondamentale qui ne se puisse révoquer, non pas même le pacte social». Nada se resiste a la voluntad general, incluidas sus decisiones anteriores.

Estas concepciones tuvieron su primer reflejo en el constitucionalismo francés porque se recogen en el artículo 1 del Título VII de la Constitución de 1791. Y, poco después,