

**APUNTES SOBRE LA REFORMA
DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978**

Xabier Vila

Febrero de 2000

Las leyes guardan silencio cuando suenan las armas.
Cicerón

Quizás desde el momento mismo de la promulgación de la Constitución Española de 1.978, y a pesar del amplio consenso conseguido durante su elaboración, surgieron voces de políticos y constitucionalistas de reconocido prestigio recomendando su re-formulación total o parcial. En los inicios, las voces más críticas hacían hincapié en la vocación transformadora del orden social y económico que toda Constitución debiera permitir¹, posibilidad que la vigente Carta Magna impide pues la constitucionalización del derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) y de la “libertad de libre empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE), se yerguen como límites intangibles del ordenamiento constitucional. Sin embargo, desde finales de los años 90 del pasado siglo y como consecuencia tanto del hundimiento político-económico de los llamados países del *socialismo real*, como de la experiencia jurídico-procesal acumulada a lo largo de más de veinte años de desarrollo constitucional, actualmente, las críticas más fuertes y las más roncadas voces solicitantes de la superación del marco político fijado por la Constitución de 1.978, se centran principalmente en **la necesaria y urgente reforma de su Título VIII** (recuérdense sino los principales puntos reformistas que propugnan los coordinadores de la *Declaración de Barcelona*, hechos públicos en diciembre pasado); todo ello sin menoscabo de la oportunidad de la modificación de otras instituciones constitucionalizadas que, tal vez, hayan sido funcionales o no hayan funcionado en absoluto (piénsese en los partidos políticos; en la Corona; en las Cortes Generales; en el ejército; en el poder judicial y, por qué no, en el Tribunal Constitucional). **Es en este contexto reformista donde se enmarca el artículo del profesor Óscar Alzaga² que aquí analizaré brevemente desde una óptica lo más científica y objetiva que estas cuestiones permitan.**

Tras justificar el hecho de que en España se haya impuesto el “espíritu antirrevisionista”, el Pr. Alzaga manifiesta su convicción —bastante difundida³—, en que todas las Constituciones deben permitir aquellas modificaciones que se consideren necesarias para adaptarlas a los cambios políticos y sociales que emerjan en el seno de la comunidad, porque “bloquear el debate sobre posibles reformas de la Constitución es el peor servicio que se le puede prestar al Estado de Derecho”⁴.

He observado como muchos especialistas en Derecho Constitucional son conscientes, otros no, de que aunque toda Ley Fundamental pretenda eternizarse sin sufrir alteración alguna, ello no es posible dadas las inevitables transformaciones de todo tipo que en las sociedades plurales se producen,

¹ Consúltense, por ejemplo, el artículo de Manuel Contreras “Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 16, Madrid, CEPOC, 1.980, especialmente las páginas 170 y ss.

² El artículo reseñado lleva por título “**Entre el santo temor a la reforma de la Constitución de 1.978 y la conveniencia de pensar en ella**”, editado por Javier Tusell, Emilio Lamo de Espinosa y Rafael Pardo en el libro *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española*, Madrid, Alianza Editorial, 1.996.

³ Entre otros, Javier Pérez Royo y Pedro de Vega han defendido en diferentes obras la conveniencia de que la Constitución admita modificaciones que la adapten a la nueva realidad social. Cfr. Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1.985 y Javier Pérez Royo: “La reforma imposible”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 20, Madrid, 1.992.

⁴ Alzaga, Óscar: ob. cit., p. 84.

lo cual les lleva a afirmar que “la reforma constitucional no es tanto un procedimiento para alterar la Constitución como un medio para su conservación y defensa”⁵. No obstante, dados los procedimientos de reforma establecidos en la Constitución de 1.978 (arts. 167 y 168), ésta se hace prácticamente imposible, sobre todo en las materias afectadas por el artículo 168 (reforma total o reforma parcial del Título preliminar; del Capítulo segundo, Sección primera del Título I; o del Título II). En palabras de Pedro de Vega “el mecanismo es tan complejo y políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás. Más que de un procedimiento de reforma debería hablarse de un procedimiento para evitar la reforma”⁶.

Considerando lo hasta ahora escrito, se nos presenta en el horizonte político **la problemática oposición entre reforma y ruptura del ordenamiento constitucional**. Dado que la modificación de los artículos más trascendentales de la Constitución no es posible en la práctica a través de los mecanismos legalmente establecidos⁷, surge la duda sobre cuál puede ser el procedimiento más adecuado para evitar el desfase entre la realidad política y social y la realidad normativa. Evidentemente, desde una perspectiva pluralista, si la reforma es prácticamente imposible sólo cabe la ruptura; es decir, la inobservancia, supresión o modificación de los preceptos constitucionales sin seguir el procedimiento de reforma previsto para ello ya que éste es inoperante.

Si me atrevo a predicar la ruptura como medio de transformación del orden constitucional lo hago en base al mandato del artículo 1.1 CE, el cual propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho español, la libertad, la igualdad y el *pluralismo político*, entre otros. Ello quiere decir que la Constitución debe acoger en su seno las reivindicaciones de todos los sectores sociales, mayoritarios o minoritarios, pues estos últimos en virtud del juego democrático libre y competitivo pueden aspirar legítimamente a convertirse en mayoría algún día⁸.

Volviendo al texto de don Óscar Alzaga, este autor propone una serie de reformas, obviando su impracticabilidad, que a su juicio son necesarias para ajustar el texto constitucional al actual contexto político español. Voy, en primer lugar, a analizar solamente aquellas que a mi entender son más interesantes, para a continuación señalar otras posibles reformas que el Pr. Alzaga no contempla en su trabajo.

En el epígrafe denominado “El control del poder”, su autor postula la conveniencia de reformar el apartado 3 del artículo 122 CE, referido a la composición del Consejo General del Poder Judicial, en el sentido de impedir la participación del Congreso y del Senado en el nombramiento de sus miembros por entender que deben de ser elegidos todo los integrantes de este instituto “no sólo entre sino también *por jueces y magistrados*”⁹, única forma que garantizaría “la independencia mínima de este órgano de gobierno”¹⁰. La cuestión es compleja, porque aunque se tenga fe en la independencia

⁵ Contreras, Manuel: ob. cit., p. 167.

⁶ Vega, Pedro de: ob. cit., p. 147

⁷ Cfr. Pérez Royo, Javier: ob. cit., p. 9.

⁸ En similar sentido se manifiesta Francisco Balaguer Callejón en “Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1.978”, Revista de Derecho Político, núm. 27-28, UNED, Madrid, p. 104; citado por Álvaro X. López Mira en “Reforma estatutaria e ampliación de competencias. Comunidade Autónoma de Galicia”, Revista Galega de Administración Pública, EGAP, Santiago, 1.996, p. 161.

⁹ Alzaga, Óscar: ob. cit., p. 87.

¹⁰ Ídem.

política de los jueces y magistrados —que es posible que exista— no es tan fácil creerlo de la ideológica o, lo que es lo mismo, aunque los integrantes de la judicatura no militen en partido político alguno, ello no presupone que carezcan de ideología política (todas las personas la tienen y los jueces también son, por supuesto, personas); suposición objetivable, de modo indirecto, a partir de la tendencia ideológica de las asociaciones de jueces y magistrados. Admitido este hecho, parece lógico que en una democracia representativa sea el órgano depositario formalmente de la soberanía, quien elija a los miembros que habrán de formar parte de los órganos de gobierno de los diferentes poderes del Estado.

En el apartado “Mayorías y alternancia” se plantea el espinoso y eufemístico tema del *parlamentarismo racionalizado*, cuyo objetivo no es otro que “dotar al ejecutivo de la *debida estabilidad*”¹¹. Aquí se trata de elegir entre dos opciones posibles: **estabilidad gubernamental (no necesariamente eficaz) versus democracia real (aunque sea representativa)**. De entre ambas, la Constitución se ha inclinado claramente por la primera. La opción semeja más ideológica que racional. Pero a don Óscar Alzaga le parece aún insuficiente la racionalización del Parlamento Español, pues el sistema electoral no produce suficientes mayorías absolutas dada la relevante influencia que adquieren en el Congreso los partidos nacionalistas periféricos. La crítica que se hace a este fenómeno democrático es que los grupos nacionalistas periféricos no aspiran a asumir responsabilidades de gobierno, sino que únicamente procuran “obtener ventajas financieras para la política del gobierno autonómico a cuyo servicio están”¹², lo cual “puede suscitar ciertas dudas en la *opinión pública* sobre su contribución a la austeridad financiera y a la debida gestión de los intereses generales”¹³. Se postula, entonces, como solución, una reforma de las bases constitucionales del sistema electoral, concretamente del artículo 68 CE que regula la elección de los diputados, para facilitar la formación de Gobiernos de mayoría absoluta y así evitar que aquéllos tengan necesidad de buscar apoyos puntuales o estables en los partidos nacionalistas periféricos. Esto es, se propone —de manera tácita— la sustitución del actual sistema proporcional corregido por un sistema electoral mayoritario, sin saber que aunque dicho sistema reduzca la fraccionalización en el Parlamento es improbable — como demuestra José R. Montero— “que se alcancen los objetivos de lograr mayorías absolutas y de reducir el peso parlamentario de los partidos nacionalistas”¹⁴.

En realidad, **lo oportuno en un sistema democrático-consociativo consolidado sería la potenciación de la representación proporcional**, ya que si bien es verdad que el actual sistema electoral español “ha facilitado que ningún partido relevante quede fuera de la vida parlamentaria, propiciado la estabilidad gubernamental y arrojado en todos los casos un partido ganador”¹⁵, no por eso deja de ser cierto que genera un déficit democrático en la medida en que los pequeños partidos están infrarrepresentados, y los grandes sobrerrepresentados en las Cortes; déficit que podría corregirse reduciendo la desproporcionalidad, para posibilitar a las minorías participar en el proceso

¹¹ Alzaga, Óscar: ob. cit., p. 94. La cursiva es mía.

¹² *Ibíd.*, p. 97.

¹³ *Ídem.* La cursiva es mía y la utilizo para destacar el error de Óscar Alzaga al presumir la existencia de una opinión pública española unitaria, lo cual implica desconocer o negar la existencia de opiniones públicas “autónomas” (no autonómicas), que pueden opinar legítimamente que los intereses que defienden los grupos parlamentarios que las representan son de interés general para la nación con la que se identifican.

¹⁴ Montero, José R.: “Reformas y panaceas del sistema electoral”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 99, Madrid, Enero-Febrero de 2000, p. 6 (del artículo).

¹⁵ *Ibíd.*, p. 3.

de toma de decisiones mediante el consenso con las fuerzas políticas mayoritarias, para lo cual se necesita previamente un cambio en la cultura política de los principales actores políticos. Además, debe tenerse presente que la importancia de un partido no reside únicamente en su “potencial de gobierno” o de sus “posibilidades de coalición”, como ingenuamente cree Óscar Alzaga, sino que también hay que tener en consideración su **potencial de chantaje**, entendido como la capacidad de alterar el sentido de la competencia de los partidos orientados hacia el gobierno¹⁶. En el sistema de partidos español esa función suele ejercerla la coalición IU, la cual con un número de diputados superior al de CiU, nunca ha estado próxima a formar parte de ningún Gobierno, y seguramente no parecerá admisible racionalizar el parlamento o el sistema electoral hasta el extremo de convertirla en una fuerza política extraparlamentaria. Quiérese decir con ello que **la fragmentación del Parlamento no debe entenderse como un hecho intrínsecamente perverso**, todo lo contrario, porque si los representantes saben ser responsables, contribuyendo activamente a la adopción de decisiones consensuadas, se obtendrá la mayor legitimidad posible de las mismas.

Para finalizar este comentario sobre el artículo del Pr. Alzaga haré una mínima reflexión personal sobre su propuesta de modificación del artículo 57.1 CE, que regula la sucesión al Trono del Reino de España. Piensa el insigne constitucionalista, y no le falta razón, que constituye una discriminación por sexo que en igualdad de grado en la línea sucesoria deba preferirse al varón (hombre, quiere decir) a la mujer. Sin entrar a valorar la legitimidad democrática de la heredabilidad de la jefatura del Estado, juzgo también discriminatorio que la sucesión en el Trono siga “el orden regular de primogenitura” (art. 57.1 CE), ya que no parece coherente que tan alta magistratura pueda adquirirse y transmitirse a la descendencia por una cuestión tan nimia como la hora, día, mes o año de nacimiento, que además de ser una discriminación manifiesta (prohibida —interpreto yo— por el artículo 14 de la Constitución cuyo tenor literal dice que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna *por razón de nacimiento*, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; siendo la cursiva de mi autoría)¹⁷, también puede ser un absurdo si el segundón/a, tercerón/a o cuarterón/a tienen más cualidades de hombre/mujer de Estado que el primogénito/a.

No puedo terminar este trabajo sobre la posibilidad de reforma o ruptura de la Constitución de 1.978 sin referirme a otras instituciones que, si creemos en la perfectibilidad del sistema democrático, pueden ser mejoradas y a las que el profesor Alzaga no alude en su artículo.

En primer lugar, **las instituciones de democracia directa como la iniciativa legislativa popular o el referéndum consultivo (artículos 87.3 y 92 CE respectivamente) están recogidas muy cicateramente en la Norma Suprema española**. Respecto de la iniciativa popular, ésta está prohibida para aquellas materias de auténtica relevancia política, incluida la propuesta de reforma constitucional; mientras que el referéndum consultivo solamente puede ser iniciada su convocatoria por el Presidente del Gobierno, no por el Congreso ni, por supuesto, por los ciudadanos. Parece ser que el miedo a estas instituciones surge, como reconoce el Pr. Manuel Ramírez “por su posible conversión en arma arrojadiza de los grupos extraparlamentarios”¹⁸; es decir, el pluralismo político

¹⁶ Para una mayor profundización sobre la relevancia política de un partido puede consultarse la obra de G. Sartori: *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza Universidad, Madrid, 1.992, sobre todo las páginas 152 ss. y 351 ss.

¹⁷ No parecerá a nadie una interpretación forzada de la expresión “por razón de nacimiento”, la opinión de que en una de estas razones pueda incluirse el hecho de haber nacido el primogénito/a un año o un minuto antes que el segundón/a.

¹⁸ Ramírez, Manuel: “El reforzamiento de la participación política”, *Revista de Derecho Político* núm. 36, UNED, Madrid, 1.992, p. 37.

que garantiza la Constitución pretende ser transformado —por ella misma— en una entidad no sólo no parlamentaria, sino también no participativa, obviando que “la democracia está y debe estar dentro y fuera del hemicycle y del filtro de los partidos”¹⁹.

Un postrero precepto constitucional sobre el que es pertinente un somero comentario —por si algún día fuese posible su reforma—, es el artículo 15 CE (en relación con el artículo 8), que recoge el principal derecho fundamental (no por eso ilimitado, según afirman los juristas —y no se refieren a límites biológicos—): **el derecho a la vida**. En el citado artículo, al tiempo que se reconoce tal derecho también se contempla su opuesto: la obligación de morir, quizás como manifestación de la frecuente búsqueda del equilibrio constitucional entre derechos y deberes-obligaciones²⁰.

La polémica es antigua y de difícil solución ya que a lo largo de la historia del ser humano ha habido y hay grandes teóricos del derecho, la filosofía y la política que defienden/justifican el poder del Estado para disponer de la vida de sus súbditos, y también ha habido y hay otros no menos grandes pensadores que niegan dicha prerrogativa estatal. La raíz de la polémica radica —excúseseme la redundancia— en si la llamada **pena máxima** (aunque esto no esté tan claro puesto que es factible que la reclusión perpetua, o durante un tiempo excesivamente prolongado, produzca un sufrimiento incluso mayor que la pérdida de la propia vida), es un castigo tan ejemplar que reduce la comisión de los delitos con ella sancionados. Parece ser que numerosas investigaciones demuestran de forma reiterada que tal efecto no se produce²¹, pero todas ellas han sido realizadas en tiempo de paz. Yo no conozco ninguna —quizás las haya— hecha en tiempo de guerra. El matiz es importante porque en una situación de guerra declarada, donde las leyes pueden ser violadas sistemáticamente sin temor a un posterior castigo (piénsese en las recientes guerras de Kosovo y Chechenia), el efecto psicológico de una posible condena a muerte ha de ser necesariamente menor que en tiempo de paz.

Fuese como fuere el hecho es que los constituyentes de 1.978 excluyeron la pena de muerte del ordenamiento jurídico “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra” (artículo 15 CE). En puridad, la Constitución Española no constitucionaliza la pena de muerte “para tiempo de guerra” pero sí que reconoce al legislador ordinario (también orgánico), “un ámbito de discrecionalidad dentro del cual puede incluir o no la máxima pena para tiempos de guerra”²². Tal discrecionalidad fue utilizada para materializar la pena de muerte en la Ley Orgánica 13/1.985 de 9 de diciembre que aprueba el Código Penal Militar, el cual permitía aplicar la pena de muerte a los delitos de traición y espionaje militar en tiempo de guerra.

Por Ley Orgánica 11/1.995 de 17 de noviembre quedó abolida la pena de muerte del Código Penal Militar, “haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico”, según reza en su texto. Sin embargo, dada la constitucionalización del llamado derecho excepcional (estados de alarma, excepción y sitio —art. 55.1 CE—), cuya declaración implica la suspensión de derechos fundamentales, y del estado de guerra (art. 63.3 CE), cuya declaración posibilita la pena de muerte, es evidente que a pesar de la promulgación de la Ley Orgánica 11/1.995 dicha pena no ha sido expulsada realmente del ordenamiento jurídico español, ya que la Norma Suprema de dicho ordenamiento

¹⁹ *Ibíd.*, p. 38.

²⁰ Cfr. arts. CE núms. 3, 30, 35...

²¹ Véase, p. ej. Gimbernat, E.: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1.980, p. 28.

²² Gómez Sánchez, Yolanda: “La pena de muerte”, *Revista de Derecho Político*, núm. 36, UNED, Madrid, 1.992, p. 181.

todavía la contempla, con lo cual no hay *seguridad jurídica* de que la pena capital no vaya a ser reinstaurada en tiempo de guerra si así lo declara una nueva ley orgánica aprobada por el Parlamento, opción más que probable toda vez que en caso de peligro para la soberanía, independencia, o integridad de España, es segura la mayoría absoluta necesaria para aprobar una ley de tales características. A todo lo cual hay que añadir que la Constitución no define quiénes pueden ser los sujetos pasivos susceptibles de ser condenados a muerte en caso de guerra, pues como bien dice la profesora Yolanda Gómez “la referencia a las leyes penales militares supone exclusivamente que será en ellas donde se regule la pena, pero no que ésta sólo pueda aplicarse a militares”²³, sin perjuicio, añado yo, de que en caso de guerra una gran parte de la población puede ser militarizada.

Por lo tanto, concluyo que bajo la premisa de que el Estado no puede disponer en ningún caso de la vida de sus ciudadanos, y en aras de la seguridad jurídica que la Constitución Española garantiza en su artículo 9.3, debe eliminarse del texto del artículo 15 CE la autorización de la pena de muerte para tiempos de guerra.

Tras la anterior digresión me resta únicamente decir que el artículo de don Óscar Alzaga aquí comentado plantea, en conjunto, una serie de reformas constitucionales de carácter más bien conservador y desajustadas de la realidad política actual española. Así lo afirmo porque con ella se pretende una inaceptable **involución uniformizadora**, al tiempo que se persigue una mayor institucionalización del denominado parlamentarismo racionalizado, cuya máxima pretensión parece ser la abolición de la oposición o, para no parecer antidemocráticos, hacerla políticamente inoperante en el Parlamento y fuera de él.

²³ *Ibíd.*, p. 191.