



EL CONSENSO (DEL PROCESO CONSTITUYENTE A LAS PRÁCTICAS POSTCONSTITUCIONALES)

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO
Excmo. Sr. D. Óscar Alzaga Villaamil

Y CONTESTACIÓN POR EL ACADÉMICO DE NÚMERO
Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina

Sesión del 16 de marzo de 2010, Madrid

REAL ACADEMIA DE
CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

EL CONSENSO
(DEL PROCESO CONSTITUYENTE
A LAS PRÁCTICAS POSTCONSTITUCIONALES)



REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

EL CONSENSO
(DEL PROCESO CONSTITUYENTE
A LAS PRÁCTICAS POSTCONSTITUCIONALES)

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO

EXCMO. SR. D. ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL

SESIÓN DEL DÍA 16 DE MARZO DE 2010

MADRID

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS



El artículo 42 de los Estatutos de esta Real Academia dispone que, en las obras que la misma autorice o publique, cada autor será responsable de sus asertos y opiniones. La Academia lo será únicamente de que las obras resulten merecedoras de la luz pública.

© Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Plaza de la Villa, 2
28005 Madrid

Coordinador de la publicación: Fernando González Olivares

Diseño y realización: Bravo Lofish
Impresión: Artes Gráficas Iarriccio

ISBN: 978-84-7296-328-3
Depósito legal: M-7455-2010

ÍNDICE

I. A modo de introducción	7
II. Concordia, diálogo y consenso	11
III. El consenso en el proceso constituyente que fragua la Constitución de 1978	21
IV. Las demandas de consensos futuros en la Constitución Española vigente	37
1. Los consensos a alcanzar y reflejar en las leyes orgánicas	40
2. Las deliberaciones sobre las materias a regular por las Cortes Generales en virtud de reservas de ley	43
3. La elección y renovación por consenso de los magistrados del Tribunal Constitucional y de los miembros de otros órganos constitucionales colegiados	53
4. La actualización de la Constitución a través de reformas que se puedan llevar a cabo en vía ordinaria	55
V. Apuntes sobre significativos experimentos de consenso en la primera legislatura	59
VI. Notas sobre la segunda y ulteriores legislaturas: Discordia y vida política en la práctica de nuestro sistema constitucional	67
VII. Unas no conclusiones: El temor a la instauración de una dinámica de la discordia	85
DISCURSO DE CONTESTACIÓN	101

I

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Excmo. Sr. Presidente,
Excmos. Srs. Académicos,
Señoras y señores,
Queridos amigos todos,

Como viejo jurista que soy, recuerdo que nuestra venerable Legislación decimonónica ordenaba a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia en los denominados “de entrada”, los “de ascenso” y, por último, los calificados “de término”. Si tal nomenclatura me fuese hoy de aplicación, mi condición, por analogía, sería la de mero académico de entrada. Coherentemente, en este cuarto de hora en que me asomo al umbral de esta casa, deseo empezar por dejar constancia de mi honda gratitud a todos los miembros de esta Real Academia porque me hayan abierto sus puertas y permitido el acceso a tan prestigiosa institución. Esta dación de gracias no la llevo a cabo por respeto debido a las formas de un buen ritual, sino porque al ser yo el mejor conocedor de mis escasos méritos y de lo difícil de encontrar justificación al honor que se me hace, desde mi deformación profesional, sólo puedo entender el presente trance como forma atípica del instituto de la donación, cuya causa reside en la mera liberalidad de los donantes; quedando mi persona, en cuanto donataria, obligada a perenne gratitud, conforme a lo establecido en el artículo 648 del Código Civil. Y así cumpliré en toda ocasión venidera.

Debo reconocer que al acceder a esta docta corporación me embarga la emoción y la dicha a que se refería Goethe al recordar “a los antepasados con agrado y alegrarse serenamente viéndose al final de tan hermosa fila”. Recuerdo con veneración a mis Maestros en la asignatura poliédrica del Derecho Político, que en su totalidad fueron miembros de esta Real Academia. Mi primer recuerdo es para D. Carlos Ruiz del Castillo, bajo cuya docencia seguí los dos primeros cursos de la Licenciatura; a su término, me propuso dirigir mi preparación para ser en su día Catedrático de la disciplina y me trazó un programa de lecturas.

Al jubilarse, D. Carlos me presentó a D. Luis Sánchez Agesta, que me contagió el interés intelectual por el constitucionalismo histórico español, en el que era toda una autoridad. Compartí después el magisterio de D. Luis con el de D. Carlos Ollero, en fórmula singular pero muy enriquecedora. Es verdad que diversas constituciones de nuestro tiempo, como la nuestra, permiten investigar la paternidad pero aún nada dicen de una posible paternidad compartida. No obstante, afortunadamente, soy hijo universitario de padres varios. Y, en efecto, más tarde, la dinámica de la entonces joven Universidad Autónoma de Madrid me dejó en las excelentes manos de otro gran universitario, D. Francisco Murillo Ferrol, que obligó a este modesto jurista a prestar atención a las parcelas de la Ciencia Política que condicionan la composición y el funcionamiento de los órganos constitucionales, como a aprender a dar siempre prioridad a una visión realista del Derecho Constitucional sobre los deslumbrantes envoltorios del formalismo jurídico o, como se ha dicho, del “refinadísimo juego convencional del positivismo lógico”.

A la mención de mis citados Maestros, tengo el deber moral de aunar la mención de dos profesores que, con su admirable forma de entender la vida pública y su propio tránsito personal por esta dura tierra nuestra, dejaron una impronta indeleble en mi escala de valores. Me refiero al Maestro de la Universidad de Sevilla D. Manuel Giménez Fernández y al profesor de Madrid D. Joaquín Ruiz-Giménez, con quienes tengo contraída una deuda impagable.

Permítanme que les confiese un secreto que he tenido bien guardado hasta el día en que los académicos me dieron su voto. Sé muy poco de mi disciplina y algo más de mis lagunas, repletas de inquietudes, preocupaciones y dudas que no acierto a despejar con claridad. Lo anuncio lealmente en el introito de este discurso, que estará huérfano de certezas y soluciones, pues sabido es que nadie da lo que no tiene.

Tan consciente soy de mis limitaciones que me temo que lo más positivo de este discurso será la virtud que mi Maestro, D. Francisco Murillo —en las fechas en que debatíamos en las Cortes la introducción en nuestro Código Civil del divorcio— me decía socarronamente que tenía el matrimonio indisoluble, y de la que nos estábamos olvidando. A saber, la ventaja de que una vez celebrado sobreviene con alivio la imposibilidad de volverse a casar. Y así, por analogía, pueden Vds. perder el miedo a que en el futuro reincida en el error de endosarles otro discurso como el presente.

II

CONCORDIA, DIÁLOGO Y CONSENSO

Querría abordar en este discurso una cuestión: Creo en parte discutible la tesis extendida entre nosotros conforme a la cual una Constitución debe nacer por consenso, pero, una vez en vigor, puede desplegar su efectividad normativa en una dinámica política presidida por tantos disensos como cuestiones públicas surjan, con unos actores políticos convencidos de la rentabilidad electoral de la confrontación política cotidiana, ayuna de dosis mínimas de diálogo, concordia y consenso. Temo que en tal entorno tanto las prácticas interpretativas, aplicativas y modernizadoras del texto constitucional como la calidad de la vida pública de la comunidad pueden resentirse seriamente.

Permítaseme formular, a modo de introito, unas breves consideraciones sobre las raíces de la búsqueda de la concordia, el diálogo y el consenso, como virtudes cívicas y como vías de concreción de normas jurídicas, incluidas en su momento las constitucionales y otras de particular relevancia para la vida política; dar, acto seguido, unas pinceladas sobre el consenso constituyente; apuntar, a continuación, algunas consideraciones sobre si la problemática de nuestro sistema político ya constitucionalizado sigue demandando de los actores individuales y colectivos de nuestra vida política ciertas dosis de diálogo, deliberación y compromiso a diversos efectos como la aprobación de leyes orgánicas, deliberación de normas para las que se exige rango de ley, o la designación de los integrantes de ciertos órganos constitucionales colegiados, y, por último, si no es imprescindible un grado de consenso permanente para abordar la modernización cuasicotidiana de nuestra Constitución a través de los mecanismos que para su reforma se establecieron en el título X de la propia *Lex superior*.

Es una obviedad recordar que el gran activo de nuestra historia política en el siglo XX es “la transición” por antonomasia. Y que de su seno destaca un elemento capital, “el consenso”, o vía para elaborar la Constitución de 1978, adjetivada en las fechas de diciembre de aquel año en que se sometió a referéndum como “la Constitución de la concordia”. El consenso como método y la concordia como virtud cívica que daba sentido a aquél se concretaron, como es sabido, en nuestra

Constitución vigente. Y de ello pervive en la memoria colectiva un gran recuerdo sobre algo que, lejos de ser un invento, fue el simple seguimiento de un viejo camino de la civilización occidental, por el que a veces anduvo esforzadamente nuestro pueblo y que en otras ocasiones cometió el error de abandonar.

Efectivamente, el concepto político de *concordia* según sostiene Ortega en su “Ensayo del Imperio Romano”¹, se acuñó por Cicerón en plena guerra civil, al escribir sus diálogos sobre *La República*, donde sostiene que sin la concordia la colectividad ni es propiamente sociedad ni se puede articular en Estado². Pero Ortega, a la par que brilla en su fina exégesis de los textos ciceronianos, no estaba, sin embargo, en lo cierto al atribuir tal primogenitura en la elaboración del concepto. Cicerón, que era mejor divulgador que pensador³, se limitó a difundir la idea de armonía que sobre la concordia habían construido con buen tino en Grecia diversos filósofos, desde, cuando menos, Aristóteles⁴—sobre cuya aportación luego hemos de volver— hasta los estoicos, a la vista de la obra militar y política de un Alejandro Magno que buscaba el entendimiento entre pueblos que hasta entonces se habían desconocido⁵. En efecto, la escuela estoica, configurada por intelectuales siempre prestos a elaborar ideas fuerza útiles a los nuevos dirigentes políticos, forjó el concepto de concordia⁶. Entendida ésta como germen de la idea de una feliz convivencia de pueblos diversos, integrantes de una misma unidad política, un mismo Estado⁷.

Creemos que Cicerón efectuó su relectura del pensamiento estoico siguiendo al gran historiador griego Polibio⁸, quien estimaba que la con-

¹ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, “Ensayo del Imperio Romano”, publicado inicialmente en el diario de Buenos Aires *La Nación*, en el verano de 1940. Citamos por *Las Atlántidas y Del Imperio Romano*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1960: 87.

² CICERÓN, MARCO TULIO, *La República*, años 54 a 51 a. de J.C., libro II, capítulo 42 y libro III, capítulo 31.

³ El que las ideas que expone en *La República* “no son en absoluto nuevas u originales mías” es algo confesado por el propio CICERÓN, en el libro I, capítulo 8.

⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, IX, 6:146-147. Citamos por la traducción al español de JULIÁN MARIAS, 9.ª ed. Ed., CEPYC, Madrid, 2009.

⁵ Cfr. BARKER, ERNST, *From Alexander to Constantine: Pasajes and Documents Illustrating the History of Social and Political Ideas*, B.C.-A.D. 337, Oxford, 1956.

⁶ BRÉHIER, ÉMILE, *Chrysippe et l'ancien stoïcisme*, nueva edición revisada, París, 1950.

⁷ Vid. SABINE, GEORGE H., *Historia de la Teoría política*, trad. española, Ed. Fondo de Cultura Económica, 3.ª ed, México, 1965. Apartado: “Concordia y Monarquía”: 116 a 118.

⁸ POLIBIO, *Historia de Roma*, citamos por trad. española, Alianza Editorial, Madrid, 2008, libro VI, fragmento 10: 586.

cordia constitucional en el mundo helénico había sido siempre obra de un hombre —particularmente en el caso de Licurgo—, mientras que la República romana la había alcanzado mediante una lectura de la experiencia, es decir, de las enseñanzas de la historia.

Desde entonces, la idea de la concordia sigue el curso del largo río de la historia del pensamiento político, adaptándose al perfil propio de cada meandro. Pero permítaseme que, desde mi deformación de jurista, traiga a colación que la práctica de esta virtud cívica hace fortuna en nuestra Baja Edad Media para desembocar en pactos o grandes acuerdos jurídico-políticos que resolvían un problema especialmente delicado. Tal fue el caso en la Corona de Aragón de la *Concordia de Alcañiz*, de 1412, entre los parlamentos de Aragón y Cataluña, sobre el modo de designar Rey.

O también de la *Concordia de Villafranca del Penedés*, de 1461, suscrita entre la Reina Juana, en nombre de su marido el Rey Juan II de Aragón, y la Junta del Principado de Cataluña. Creo que esta Concordia —considerada por la mayoría de sus glosadores como una cima del pactismo⁹ y, al tiempo, como un monumento al reconocimiento de libertades y de primacía de las Cortes en ciertos ámbitos— posiblemente es un primer precedente de la reducción de la prerrogativa regia al modo de un monarca constitucional del siglo XIX. Su texto original está redactado en catalán, y me es muy grato transcribirles en el catalán de la época este bellissimo fragmento de su Preámbulo: “Senyor Molt Alt e Molt Excelent. Inestimable es lo bé procehint del compost orde e repós de la cosa pública; lo qual precipuament está en uniformitat e concordia del cap ab lo cors e membres de aquella. E com per la disparitat e discordancia de aquells inmensurables mals provenen, axi per la unitat, orde e acordat voler, divinals bens augment e multiplicació de poques coses en grans succehixen”¹⁰.

Traslado estas palabras al castellano: “Es inestimable el bien que procede del arreglado orden y quietud de la cosa pública, el cual principalmente radica en la uniformidad y concordia de la cabeza con el

⁹ Puede consultarse a este respecto el discurso de “Elogio a la concordia” que, con motivo de la entrega del Premio Anual a la Concordia a D. Santiago Carrillo, pronunció D. Landelino Lavilla en el acto público celebrado bajo los auspicios de la Fundación Fernando Abril Martorell. Por cierto, fundación ésta discreta hacedora de una gran labor al servicio de la virtud cívica de la concordia bajo el perseverante impulso de su Presidente, D. José Luis Leal Maldonado.

¹⁰ AA.VV., *Manual de Historia del Derecho Español*, tomo II: “Antología de Fuentes del Antiguo Derecho”, décima reimpresión, Madrid, 1984, número 1076: 903.

cuerpo y miembros de aquélla. Y así como de la disparidad y desacuerdo de aquéllos provienen innumerables males, así de la unidad, orden y voluntad acorde, vienen el aumento de los bienes divinos y la multiplicación de las cosas pequeñas en grandes”.

En Castilla, cuando Fernando el Católico pretendió, con escaso éxito, gobernar sólo este reino, hubo de suscribir la célebre *Concordia de Segovia*, subtitulada “Sobre la gobernación del Reino de Castilla” y firmada en esa ciudad el 15 de enero de 1475, cuyas primeras palabras rezan así: “Por quanto por quitar algunas dudas que ocurrían o podrían nacer cerca de la forma y orden que se debía tener en la administración e gobernación destos reinos de Castilla e de León, entre Nos la Reina doña Isabel... e el Rey don Fernando, mi señor...” (y prosigue el texto dispositivo de esta Concordia, que da cauce jurídico procedimental a conflictos de presente y previsoramente a los de futuro).

Prima facie, puede extrañar que ello se produzca en aquel siglo XV que asistía al alumbramiento de las monarquías absolutas en Europa, pero la realidad era un tanto más compleja. No debe olvidarse que las élites renacentistas, en aquellos albores de la edad Moderna, aspiraban a un renacimiento de la *Edad de Oro*, concebida precisamente como el reino de la concordia y de la armonía diseñado en la *Polis* y en la *Civitas* clásicas. Era el ideal de una ciudad pacífica libre de tensiones, como dulces eran las formas y los colores de las pinturas de Rafael de Urbino.

A medida que nos adentramos en la Edad Moderna, en el marco de la monarquía absoluta, sigue habiendo en nuestra Historia renacentista tanto interés en sublimar la virtud cívica de la concordia¹¹, como entre las fuentes del Derecho público hay *concordias*, aunque las mismas se suscriben más bien, en unos casos, entre la jurisdicción real y la inquisitorial (y así cabe recordar la llamada *Concordia Catalana* de 1512 o la denominada *Concordia de Castilla* de 10 de marzo de 1553) y, en otros supuestos, entre las jurisdicciones real y eclesiástica (buen ejemplo lo constituye, por cierto, la *Concordia Fachenetti*, de 1640, que aprueba unas Ordenanzas de la Nunciatura en Madrid).

Ese aprecio por salvar tensiones y desacuerdos con buenas dosis de concordia se sigue pudiendo detectar a lo largo de nuestra Historia,

¹¹ En un Colegio Mayor de la Salamanca renacentista podemos leer el siguiente aserto, esculpido en la piedra dorada de esta ciudad universal: “La Ira engendra el odio, la Concordia nutre el amor. Espíritus enconados no lograron nunca la Concordia, pero esta retornará al benevolente el ciento por uno del esfuerzo que realiza”.

siglo tras siglo, aunque ello no permite obviamente ocultar cuánto hay de confrontación entre posiciones radicales durante nuestro convulso siglo XIX entre las llamadas *Dos Españas*.

Pero no todo en el siglo XIX fue contienda ayuna de diálogo y carente de entendimientos y compromisos. Anécdota significativa es que en el Cádiz de las Cortes doceañistas, aunque el *Diario de Sesiones* de éstas se publicaba en la Imprenta Real, gran número de hojas con opiniones políticas, opúsculos e incluso libros fueron editados en la denominada “Imprenta de la Concordia”¹², rótulo bien expresivo del espíritu cívico que presidía el esfuerzo constituyente.

Las realidades de la Constitución de 1837 o de la de 1876 (tradicionalmente entendida como fruto del mítico *Pacto de El Pardo*) son también algunas excepciones significativas. Y “algún día —escribió el Dr. Marañón— tal vez se componga una historia de los españoles tolerantes, que podría ser, si el autor estuviera a la altura del tema, más edificante que la historia de los heterodoxos”. En la misma línea, cabe recordar que de la fina pluma de Juan Valera emanan en 1864 unos denominados *Estudios críticos sobre literatura, política y costumbres de nuestros días*¹³, modelo de prosa pulcra y serena puesta al servicio de la exaltación de los valores de la convivencia en libertad y huérfana de todo extremismo. En las palabras de Don Juan Valera se palpa una tradición española, viva aun en plena crisis socio-política de nuestra historia decimonónica, que suele olvidarse en demasía y que debe ser reivindicada. Una tradición que a veces se nos aparece como crítica y defensiva quizás porque siempre ha tenido que conquistarse a base de esfuerzo el derecho a existir, porque se ha visto obligada a buscar el aire que respirar, el que tenía que hacer vibrar para hacer sonar en esta dura tierra nuestra unas cuantas palabras medidas y justas, unas pocas palabras verdaderas¹⁴.

A esa tradición alude sin duda el personaje de *La velada en Benicarló* al que Azaña hace decir: “Yo hablo de la tradición liberal y humanitaria española, porque esa tradición existe aunque nos la hayan que-

¹² Por ejemplo, el libro, de autor anónimo, titulado: *Último recurso de la Nación española para conservar su existencia política, deducido de la historia de nuestras regencias*, Cádiz, 1812, 117 páginas, que contiene un detallado argumentario de cómo los viejos reinos de las Españas ejercieron sus prerrogativas.

¹³ VALERA, JUAN, *Estudios críticos sobre literatura, política y costumbres de nuestros días*, Ed. Librería de A. Durán, Madrid, 1864.

¹⁴ MARIAS, JULIÁN, *Los españoles*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1962: 127.

rido ocultar... Ha habido siempre un arroyuelo murmurante de gentes descontentas, del cual arroyuelo nosotros venimos y hemos convertido en ancho río”¹⁵.

Ciertamente, el ancho río torrencial que se desbordó en 1936 no fue resultante de ningún manantial liberal ni de ningún afluente humanista. No hubo lugar para la concordia o para el consenso ni en el estallido de la guerra civil ni en sus amargas consecuencias.

Pero no faltaron en nuestros lares quienes se comprometieron a la recuperación de esa larga tradición histórica de convivencia civilizada mediante aquella magna obra de comprensión recíproca y buen sentido que fue la transición. Nuestra transición a la democracia. Obviamente no se espera que mis palabras se conviertan en lo que denominó un día Marco Aurelio un “testamento de gratitud aguas arriba”. Es innecesario. En nuestra tierra hay contraída una deuda impagable con cuantos lideraron, cooperaron y cooperamos, en primer término, con la *pretransición* (etapa en la que se crean las condiciones que harían más tarde posible la transición), y permítaseme citar aquí una palabras del editorial titulado “Razón de ser” con el que Joaquín Ruiz-Giménez abrió en octubre de 1963 el número 1 de la revista *Cuadernos para el Diálogo*. Decía así: “Sólo tres cualidades se exigen para lograr presencia activa en estas páginas: un *mutuo respeto personal*, una *alerta sensibilidad para todos los valores* que dan sentido y nobleza a la vida humana y un *común afán de construir un mundo más libre, más solidario y más justo*”. Para añadir: “La previsión de la dificultad y hasta del riesgo no pueden ser freno, sino aguijón y estímulo, para quienes aceptan serena y esforzadamente esta sugestiva empresa de transformar el silencio resentido, el monólogo narcisista o la polémica hiriente en alta y limpia comprensión de los hechos concretos y de las razones ajenas, y en fecunda invención o ensayo de nuevas fórmulas de convivencia”¹⁶.

Y, por supuesto, la deuda de la colectividad existe así mismo para con quienes contribuyeron, desde uno u otro papel, a la obra política denominada *la transición* por antonomasia, algo que parecía dotado de una audacia sobresaliente pese a que era, sobre todo, la asunción honrada y compartida por un ancho espectro de las fuerzas políticas del

¹⁵ AZAÑA, MANUEL, *La velada de Benicarló*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1939: 137. *Vid.*, también: PAYNE, STANLEY G, *El colapso de la República. Los orígenes de la guerra civil (1933-1936)*, trad. española, Ed. La Esfera, Madrid, 2005, entre otras: 527-532.

¹⁶ *Cuadernos para el Diálogo*, núm. 1, año 1963, Editorial “Razón de ser”: 1 y 2.

derecho de nuestras gentes a vivir en libertad y justicia en el marco de un moderno Estado de Derecho, en el seno de la Europa de nuestro tiempo. Pero la determinación y buen criterio con que se hizo la transición no deja de ser un monumento magistral al sentido de la concordia entre todos los españoles y pueblos de España que bien merece un recuerdo, aunque no sea mi propósito entretenerme en lo que, por obvio, no precisa de glosa.

Pero permítaseme abrir un paréntesis para aclarar que no compartimos la similitud que algunos señalan¹⁷ entre las ideas encarnadas en la realidad de diálogo, concordia y consenso, que venimos glosando, con la idea mítica de un contrato social que explica el origen de las comunidades políticas. Ese mito tiene orígenes muy lejanos y podría afirmarse que formó parte de la mitología helénica. En efecto, el sofista Protágoras afirmó que el origen de las *polis* fue una supuesta reunión de hombres libres hasta aquel momento. Y Platón, con buen criterio, imputó a los sofistas la autoría de la tesis conforme a la cual los hombres se agruparon, de acuerdo con un entendimiento inteligente y voluntario, para protegerse contra la injusticia¹⁸.

Sabido es que el primer gran esfuerzo científico por construir el fundamento contractual del Estado se debe a Thomas Hobbes¹⁹, cuyas tesis, que por conocidas no es preciso exponer aquí, constituían una justificación del Estado absoluto. Rousseau —contractualista con posiciones políticas bien distintas a las de Hobbes—, parte también en su reflexión de un supuesto estado de naturaleza de los hombres, pero, a diferencia de aquél, le interesa poco preguntarse cómo se ha llegado al Estado actual, tan sólo desea contribuir a legitimar el Estado moderno liberal, de forma que, como es conocido, sostendrá que a través de un mítico contrato social se funda el Estado, pero para construir, mediante el pacto, una dirección colectiva que no es otra que la voluntad de la comunidad, a la que da en llamar la *voluntad general*²⁰.

¹⁷ Así, NEGRO PAVÓN, DALMACIO, “Rousseau y los orígenes de la política de consenso”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 8, año 1979: 63 y ss.

¹⁸ Protágoras, 322, y *República*, 359, a. La bibliografía sobre la materia es infinita. Por todos, una feliz exposición de los antiguos orígenes del contractualismo como basamento del Estado puede consultarse en JELLINEK, GEORG, *Teoría General del Estado*, trad. española, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1970: 97 a 99.

¹⁹ HOBBS, THOMAS, *El Ciudadano*, capítulo V; *El Leviatán*, capítulo XVII.

²⁰ ROUSSEAU, JUAN JACOBO, *El contrato social*, París, 1762. Obra breve e inacabada —nada creemos que se perdió por ello—, con abundantes reflexiones tan abstractas como nebulosas, pero de innegable impacto en el pensamiento político sostenedor de la gran revolución francesa.

Por supuesto, el contractualismo no resiste la menor crítica rigurosa. No hay base histórica que permita avalar la tesis de que los hombres salieron del mítico estado de naturaleza²¹ mediante pacto alguno²². Ni, como cualquier jurista sabe, puede haber Derecho sin organización social previa; la fuerza jurídica de los contratos no es tan de Derecho natural como para que sea noción que sirva para fundamentar un Estado donde no haya atisbos de una organización social mínimamente consistente. Amén de que, como se ha apuntado, si el hombre es, en la concepción roussoniana, irrenunciablemente libre, ¿por qué no puede romper o revisar ese contrato, máxime cuando ni lo ha suscrito él, sino unos remotos y desconocidos antepasados, ni se conservan las mismas circunstancias que rodeaban el pacto fundacional? Más que fundamentar o justificar el Estado, la doctrina contractualista parece poder llegar a justificar su destrucción mediante la invocación, por ejemplo, de la cláusula *rebus sic stantibus*, tácitamente inserta en todo contrato.

Pero el mito político del *contractualismo* roussoniano ha servido para que, a lomos del caballo del liberalismo, durante el siglo XVIII y parte del XIX pueblos enteros mirasen su ombligo histórico y cayesen en grato sueño hipnótico.

Cerremos el anterior paréntesis en términos plenamente categóricos. Aquel mítico contractualismo no guarda relación alguna con el “consenso constituyente”, esfuerzo de diálogo, concordia y consenso, real, tangible y nada mítico, que se practicó en nuestra patria durante el decisivo período de la transición.

²¹ El propio HOBBS, en el capítulo 13 del *Leviatán*, reconoce que ante la posible objeción de que nunca hubo tal estado de naturaleza, no cabe esgrimir pruebas en contrario.

²² RAWLS, JOHN, en sus *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, trad. española, Ed. Paidós, Barcelona, 2009: 64 y 65, sale al paso de este carácter irreal del pacto planteando la cuestión así: “No bastaría con concebir el contrato social desde un punto de vista hipotético?” y añade “¿Por qué no iba a bastar con ver el contrato social de este modo para los propósitos de Hobbes?”.

III

EL CONSENSO EN EL PROCESO CONSTITUYENTE QUE FRAGUA LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Notorio es que lo más característico del método seguido en el proceso de discusión y elaboración de nuestra Constitución vigente es la prioridad otorgada a que las soluciones constitucionales estuviesen apoyadas sobre el concierto más amplio posible de todos los grupos parlamentarios dotados de un peso significativo. Este clima de pacto y entendimiento fue rotulado como “el consenso” por los medios de comunicación y la opinión pública²³. Sin duda, el consenso más famoso de cuantos había conocido el constitucionalismo histórico español²⁴. Fue un proceso difícil²⁵, pero impregnado de un diálogo generoso que hacía suyos los versos de Antonio Machado:

*Tu verdad no, la verdad.
Vamos juntos a buscarla.
La tuya guárdatela.*

Esa búsqueda compartida hace que la Constitución consensuada sea patrimonio común.

Tal enfoque metodológico presidido por la búsqueda del consenso, lejos de ser novedoso, se había puesto en práctica desde hacía muchos lustros en la gran mayoría de los procesos constituyentes occidentales exitosos. Cuando un año después de la muerte de Franco, en noviembre de 1977, el conocidísimo constitucionalista francés Maurice Duverger disertó en Madrid y expuso con la mayor naturalidad una vieja máxima: “La mejor Constitución para un país es aquella que no satisface plena-

²³ Vid. LAVILLA ALSINA, LANDELINO, *Política de la memoria*, Discurso de recepción pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 12 de diciembre de 2006.

²⁴ Para una visión conservadora del proceso: ÁLVAREZ TARDÍO, MANUEL, *El camino hacia la democracia en España 1931 y 1978*, Ed. Gota a Gota, Madrid, 2005. También desde una óptica conservadora: SUÁREZ, LUIS, *Lo que el mundo le debe a España*, Ed. Ariel, Barcelona, 2009: 239 y ss.

²⁵ Vid., por ejemplo, en lo relativo a nuestra política exterior entre 1976 y 1980, OREJA AGUIRRE, MARCELINO, *Tres vascos en la política exterior de España*, Discurso de recepción pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 24 de abril de 2001. Especialmente: 44 y ss.

mente a todos los grupos políticos, pero que tampoco les disgusta del todo”²⁶. Es decir, que, lejos de ser patrimonio partidista, constituye un bien común.

El “consenso en la España de 1977-1978 alcanza, en su contexto histórico social, la categoría de *ideal*, en el sentido de que, como ha escrito Sartori, un ideal es algo que nace de la insatisfacción ante una realidad (en nuestro caso, la *pseudo unanimidad* anterior) y encarna la reacción frente a la misma”²⁷.

Al partir de que el *consenso* fue un *ideal*, asumimos lo que en él hubo de carga histórica y de subjetivo, en cuanto era un gran esfuerzo de voluntad colectiva. Y el *ideal* se encarnó en *idea motriz* desde el momento en que se chapuzó de *realismo* y formó parte de la realidad política. Por tanto, entendemos que hay que ser cautos a la hora de respaldar ciertas teorizaciones posteriores sobre aquel consenso. De una parte, porque no se trató, como algunos han apuntado, de seguir con frialdad de cirujano el modelo característico de la llamada democracia consociacional recogido en la obra de Lijphart²⁸, ni de poner en práctica las ideas, por lo demás interesantes, de científicos de la *teoría económica de la política*, como Buchanan y Tullock²⁹, entre otras razones porque la lógica del consenso estaba vinculada más al esfuerzo constituyente³⁰ que a la acción de gobierno. Y, en segundo lugar, porque no hubo particular interés en establecer un contrapunto a la máxima de Ferdinand Lasalle: “Nada de pactos”³¹. La motivación no respondía a esquemas de un seminario de ciencia política. Era no sólo la plena conciencia de que la infecundidad e inestabilidad de casi todo el constitucionalismo histórico español se debía, en buena medida, al seguimiento

²⁶ Vid. Exposición y declaraciones de DUVERGER, MAURICE en el libro colectivo *Ley electoral y consecuencias políticas*, Ed. CITEP, Madrid, 1977.

²⁷ SARTORI, GIOVANNI, *Qué es la democracia*, trad. española, Ed. Taurus, Madrid, 2003: 75.

²⁸ LIJPHART, AREND, De sus muchas publicaciones al respecto, vease, por todas: *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Ed. Yale University Press, New Haven, 1984.

²⁹ BUCHANAN, JAMES M. y TULLOCK, GORDON, *El cálculo del consenso (fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, trad. española, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

³⁰ La sabia idea de que las constituciones deben ser fruto de un consenso básico entre mayoría y minoría está bien desarrollada ya por CALHOUN, J.C., *A Disquisition on Government*, 1851. Al respecto, *vid.* ANDERSON, J. M. (editor), *Calhoun: Basic Documents*, Ed. Bald Eagle Press, Carroltown, 1952: 51 y ss.

³¹ LASALLE, FERDINAND, *¿Qué es una Constitución? (Conferencia pronunciada en abril de 1862)*, Traducción española, Ed. Ariel, Barcelona, 1976: 143 y 144.

de la vía decisionista en pro de constituciones ideológicas o de partido, poco o nada consensuadas con las restantes fuerzas políticas, sino también un proceso mimético de los cursos constituyentes europeos, especialmente de los posteriores a la II Guerra Mundial (pues era en la estela de sus cartas magnas, de su espíritu democrático y de sus paredes maestras donde pretendíamos ubicar nuestra Constitución, que debía ser el gozne con la posibilidad de que España ingresase en la Europa unida política y económicamente); y, en último lugar, la prevalencia de la convicción de que en aquella coyuntura existía la disposición de ánimo de alcanzar un acuerdo aceptable por la práctica totalidad de los españoles³², sacrificando, en lo pertinente, posiciones sectarias o de partido para alcanzar como fruto una Constitución dotada de la máxima legitimidad³³, a la que no cupiese la posibilidad de adjetivarla, en la conocida expresión de Ortega, de una “constitución epicena”, o como aquella que es repudiable por prefigurar “una máquina monstruosa, inconexa, que no podrá funcionar”³⁴.

Pero sí es preciso distinguir dos conceptos: El consenso como requisito para establecer las bases constitucionales de una democracia, al que ahora hacemos breve referencia, y el consenso como clima de las prácticas de la vida política, del que después diremos algunas palabras.

El primero, el consenso constitucional, según pienso, no consiste en aprobar las posiciones de los otros. Consenso, como se deduce de su etimología, no es “aprobar”, sino aceptar y compartir con otros. Sobre lo que se tiene que producir un “sentir conjunto” es sobre una cultura política. Y la cultura política no tiene que configurarse, como algunos sostienen, por creencias específicas concretas. Basta con que se conforme por creencias difusas, como sostuvo acertadamente Almond³⁵.

³² ATTARD, EMILIO, en su condición de presidente de la Comisión Constitucional del Congreso, se hizo portavoz de la opinión común cuando afirmó que se trataba de un compromiso de honor, asumido frente a todo el país, de buscar y alcanzar, sin excusas, la concordia. “No habrá problema, afirmaba, que no sea superable por la transacción y el compromiso de los españoles, de quienes somos sus mandatarios”, en *Diario de Sesiones del Congreso*, 5 de mayo de 1978: 2021-2022.

³³ Para un desarrollo de la relación de las nociones de consenso como método de conjugar, de un lado, la legalidad y el poder en manos del Gobierno y, por otro, la legitimidad democrática ostentada por la vieja oposición al franquismo, véase RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Ed. CEC, Madrid, 1993: 58.

³⁴ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, Discurso en las Cortes Constituyentes el 30 de octubre de 1931, en *Discursos políticos*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1974: 180.

³⁵ ALMOND, G. A., *Political Development: Essays in Heuristic Theory*, Ed. Little Brown, Boston, 1970. Especialmente, capítulo I.

Siempre he pensado que la arena constitucional es especialmente idónea para la lidia de *conceptos jurídicos indeterminados*.

Sobre el consenso constituyente se han vertido ríos de tinta. Me limitaré a constatar que en este trance el consenso, en principio, debe cubrir cuatro terrenos.

En primer lugar, sobre valores y principios. Y puede no ser completo. Cabe que una Constitución se asiente sobre una cultura cívica heterogénea, pero si contribuye a asentar una cultura cívica homogénea la democracia será más estable, es decir, habrá menos disensos.

En segundo término, el consenso debe abarcar la composición y el funcionamiento de los órganos de los poderes públicos. Ello incluye un consenso sobre la organización y dinámica del sistema. Este consenso debe ser pleno, pactándose completamente las reglas de juego. Y en nuestro caso me temo que no lo fue, al quedar muy abierto el Título VIII, sobre la ordenación territorial del poder político. Ni hubo consenso suficiente, ni se dio consecuentemente solución a la dificultad. Y cuando se sufre una insuficiencia de consenso constituyente sobre reglas de juego básicas para los poderes públicos, se abre la puerta no a disensos, sino a conflictos. Es decir, cuando hay una carencia de esta naturaleza, es urgente cerrar un acuerdo sobre las reglas, so pena de dejar abierta una vía de agua por debajo de la línea de flotación, que tenderá a agravarse.

En tercer término, es factible algún consenso en sede constituyente sobre políticas de gobierno, pero en puridad este campo puede y debe quedar sustancialmente abierto al juego político pluralista. Aún hoy mantiene vigencia la conclusión de Barker sobre que “la esencia de todas las democracias (reside en) gobernar discutiendo”³⁶. Posiblemente nuestro Ortega matizaría *discutiendo en grande*.

El consenso, por lo demás, facilitó la elasticidad de la Constitución y, de modo natural, marginó las fórmulas que pudieran hacerla inelástica, lo que posibilitó en alguna medida su vigencia duradera en el tiempo, pese al cambio de las circunstancias. Aunque eso es una cosa, y otra bien distinta pensar erróneamente que una constitución elástica es eterna y no precisa de ajuste alguno a la vista de la experiencia cosechada sobre el funcionamiento de sus instituciones y del cambio de las circunstancias. Así mismo, el método paccional condujo

³⁶ BARKER, ERNEST, *Reflections on Government*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1942: 67.

lógicamente a incluir en el texto de la carta magna valores generalmente aceptados y a eludir la constitucionalización de valores polémicos.

Aunque, naturalmente, una Constitución conlleva siempre, y la nuestra no constituye excepción, ciertas dosis de lagunas y ambigüedades, de antinomias técnico-jurídicas y de conflictos implícitos. Pero es lo cierto que la crítica constructiva del texto constitucional no sólo es legítima, sino imprescindible de cara a su mejora, vía las pertinentes reformas.

Y de esa crítica no hay por qué obviar, por muy proclive que se sea a elogiar el consenso constituyente, ni algún extremo ya ejemplificado de carencia de consenso, ni los puntos en que se perciban los que podríamos denominar quizá “excesos” del consenso. El propio ponente D. Miguel Herrero de Miñón, no mucho después de entrar en vigor la Constitución, en un trabajo científico sobre el consenso constituyente, advirtió sobre lo que dio en llamar “falsas vías del consenso constitucional”³⁷, y se refería esencialmente a tres, a las que haré referencia por orden distinto al seguido por el autor.

Para empezar, cuestionó “lo que la teoría de la Constitución califica de compromiso apócrifo”, que, siguiendo a Schmitt, define como “una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibológica la cuestión litigiosa misma”³⁸. Es una crítica, no carente de base, del uso y abuso en que nuestra Constitución incurre de términos ambiguos o equívocos. Sabido es que algunas de las primeras constituciones, siguiendo la pauta que en cuanto la parquedad establece la norteamericana de 1787, utilizaban los silencios cuando los constituyentes no alcanzaban una fórmula de acuerdo, y que más modernamente, en especial tras la segunda gran contienda, se acrecienta la afición por la equivocidad y ciertamente con toda razón señala este autor que nuestra *Lex superior* bate casi todas las marcas anteriores en esta especialidad. Y así, en fechas en que el texto de nuestra *norma normarum* permanecía con su tinta fresca, constitucionalistas de prestigio cierto, como Rubio Llorente y Aragón Reyes, publicaron una jugosa nota sobre lo que consideraban cinco enuncia-

³⁷ HERRERO Y R. DE MIÑÓN, MIGUEL, “Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 9, mayo-junio, 1979: 73 y ss.

³⁸ SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, trad. española, Madrid, 1934: 36 y ss. *Cfr.*: HERRERO Y R. DE MIÑÓN, MIGUEL, *op. cit.*: 86.

dos vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad³⁹.

Modestamente, apuntaría que este vicio es más o menos grave según se incurra en él sobre la regulación de los órganos constitucionales, en la fijación de los basamentos de la convivencia nacional, u obviamente intrascendente si afecta a la definición de las políticas que se deben desarrollar desde el poder, al producirse en el marco de una Constitución que consagra el valor del pluralismo. Pero, en todo caso, parece haber unanimidad en constatar que no fue afortunado incurrir en fórmulas equívocas expresadas en castellano poco elegante y señero. Ello nos recuerda que, cuando se publicó el Informe de la Ponencia, el prestigioso académico Lázaro Carreter escribió: “Son tantos los artículos precisados de retoque o de nueva redacción que el análisis habría de ocupar mucho más espacio que la Constitución misma”. A su vez, el propio Presidente de las Cortes, Antonio Hernández Gil, reconoció, en una intervención en el Senado, que los constituyentes no habían sobresalido por su dominio de la lengua cuando afirmó “acaso en el texto constitucional no luzca siempre una perfección estilística y técnica, pero la crítica no debe exacerbarse en la ponderación sólo de estos aspectos, prescindiendo de otros. El apresuramiento por los contenidos políticos ha hecho, a veces, olvidar algunos cuidados en la esfera de la expresión”⁴⁰.

Otra *falsa vía de consenso* que critica agudamente Herrero es la que da en denominar la constitucionalización de “falsos universales concretos”. Y expone que “al atribuir constitucionalmente derechos y obligaciones, no ya al ciudadano, sino al hombre concreto, la norma ha de detenerse en ciertas generalizaciones, mediante las cuales se trata de apuntar a ciertas situaciones, como es el caso de los jóvenes, los ancianos, los disminuidos de uno u otro tipo, los agricultores, los obreros, los niños, etcétera, ¡Sólo universalmente enumerables!”⁴¹.

³⁹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y ARAGÓN REYES, MANUEL, “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 7, enero-febrero 1979: 161 y ss. Donde tratan de los siguientes preceptos de nuestra Constitución de 1978: artículo 53.1.º; artículo 161, apartado 1.º A); artículo 161, apartado 2.º; artículo 163; y artículo 164, apartado 2.º.

⁴⁰ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Diario de Sesiones del Senado*, 31 de octubre de 1978: 3396. *Vid.*, también, TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN, “Proceso constituyente y nueva Constitución. Un análisis crítico”, en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 10, julio-agosto 1979: 71.

⁴¹ HERRERO Y R. DE MIÑÓN, MIGUEL, *op. cit.*: 88. Ahí el autor apostilla: “los derechos y deberes que a estos ciudadanos considerados genéricamente en atención de una de sus características puede atribuir la Constitución, no son otros que los deberes y derechos genéricos de todo ciu-

Hay otra reserva del mismo autor que, sin seguir su orden, traigo a colación en último lugar porque me resulta lo más útil para tomarla como pie a una serie de consideraciones. Me refiero a la técnica de la sustitución del precepto constitucional positivo y autosuficiente por una norma que simplemente ordena al legislador mandar en el futuro. Este supuesto se encuentra en un elevado número de preceptos constitucionales. Es innegable que, en algunos casos, la remisión a una ley especial estaba motivada por la falta de voluntad de decidir, por la dificultad de alcanzar un acuerdo o, incluso, por el mal disimulado intento de bloquear instituciones o procedimientos que se veían como antipáticos aunque se aceptaban retóricamente⁴². En los restantes y numerosos casos nuestro juicio puede ser de ordinario más positivo. Hemos de precisar que unos preceptos establecen reserva de ley orgánica y otros de mera ley ordinaria. Obviamente, como esta técnica de desconstitucionalización se aplica a supuestos muy diversos, sobre la pertinencia de su uso por los constituyentes es posible, caso por caso, emitir juicios bien diferentes. Pero entendemos que cabe hacer alguna reflexión genérica.

Hoy está bastante extendida la actitud crítica hacia que el legislador constituyente remitiese a disposiciones de futuro lo que se encontraba incapaz de acordar. Ahora bien, en nuestra opinión, cuando menos hay que distinguir dos supuestos, y el primero es más acreedor de desaprobación que el segundo, que probablemente es digno de elogio.

No debió desconstitucionalizarse cuanto concernía a parcelas esenciales de la organización constitucional del Estado. Eludo, por supuesto, el eterno debate dogmático sobre si la Constitución formal debe reglar todos los contenidos que objetivamente abarca la llamada Constitución material⁴³, concepto del que, por cierto, soy poco devoto. Pero, como ya he apuntado, pienso que el Título VIII y su Estado de las

dadano. Así se propone que la juventud participe libre y eficazmente en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48), pero es claro que ello no es más que el compromiso de hacer efectivo el derecho genérico de todos los ciudadanos (art. 9) que no por carecer de una mención especial, deben ser excluidos de esa participación libre y eficaz. Análogamente podrá concluirse respecto de la suficiencia económica de los ciudadanos que hayan alcanzado la tercera edad (art. 50)...”.

⁴² Arts. CE: 17.3; 20.3; 76.2; 87.3; 125; 149,1,29.º; 151.1; y 152.1. Cfr. HERRERO, *op. cit.*: 86.

⁴³ *Vid.*, entre una literatura inabarcable al respecto: SCHMITT, CARL, *La defensa de la Constitución*, trad. esp. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934; 23 y ss.; SCHINDLER, DIETRICH, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Ed. Schulthess & Co, 2.ª ed, Zurich, 1944; MORTATI, COSTANTINO, *La Costituzione in senso materiale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1940, traducción española: *La Constitución en sentido material*, Ed. CEC, Madrid, 2000.

autonomías es más digno de elogio por el espíritu generoso que le preside —la plena integración a la estructura de poder del Estado de Cataluña y del País Vasco— que por su oscuro perfil técnico jurídico, indefinible híbrido entre el regionalismo y el federalismo, lo que ha alcanzado un punto sublime con alguno de los últimos estatutos de autonomía, que quizás podrían estudiarse en prestigiosas facultades de Derecho como modelos de contradicción en la órbita del Derecho público, capaz de provocar que se declare en concurso un Tribunal Constitucional. Los constitucionalistas de lenguaje más cuidado y pulcro suelen coincidir en afirmar que se trata del aspecto de nuestra Constitución menos conseguido, y un constitucionalista de prestigio consolidado lo definió bien, no hace mucho, como “la asignatura todavía pendiente que no se acaba de aprobar”⁴⁴.

Sabido es que se redujo el acuerdo constituyente a un mandato para encomendar al legislador orgánico buscar y alcanzar por consenso en el futuro las pertinentes soluciones no halladas por las Cortes Constituyentes. Mandato, eso sí, establecido en el marco de unas parcas líneas constitucionalizadas, en buena parte de índole procedimental o ritual, sobre la forma de seguir buscando fórmulas que ya se intuía habían de descartar cuantas la ingeniería constitucional había experimentado en los estados no unitarios.

Todo ello conllevaba, en la práctica, la esperanza de que, con tiempo y espíritu de concordia, cabría encontrar fórmulas compartibles por todos y se entraría en una dinámica integradora. No ha sido así. Personalidad ecuánime y prestigiosa como la del expresidente del Tribunal Constitucional, el profesor Rodríguez Bereijo⁴⁵, lo ha expresado recientemente con claridad: “A pesar de que el autogobierno ofrece un amplio cauce para el autogobierno de nacionalidades y regiones (...) *las reivindicaciones de los nacionalismos periféricos no sólo no se han estabilizado, sino que, al contrario, se han exacerbado, tornándose cada vez más radicales y extremas*”.

En primer lugar —añade Rodríguez Bereijo—, un déficit de presencia de los innegables elementos compartidos de una larga historia común,

⁴⁴ CARRERAS, FRANCESC DE, “El dilema del Estado de las autonomías. ¿Cierre del modelo o apertura indefinida?”, en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 188, diciembre de 2008: 10.

⁴⁵ RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO, “La Constitución Española en su XXX Aniversario”, conferencia pronunciada en la Universidad de Málaga el 22 de enero de 2009, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto 2009: 11 y ss.

que contrasta con las políticas autonómicas de recuperación de “lo propio” libérrimamente desplegadas, creando así una historia como mito originario y legitimador, como única fuente de toda soberanía⁴⁶.

“En segundo lugar —señala a continuación Rodríguez Bereijo, adentrándose en el punto que aquí nos ocupa— un marco constitucional de distribución del poder político tan abierto y flexible —constancialmente conflictivo, permanentemente tensionado— que deviene, en consecuencia, inestable; abocando al Estado a una casi permanente *dinámica constituyente* y al pacto constitucional originario de 1978 a un constante *plebiscito cotidiano*, para encauzar una carrera competitiva de las Comunidades Autónomas *siempre ascendente*, en espiral, sin metas claras y constitucionalmente asimilables, que puede acabar rompiendo la coherencia y unidad del Estado”⁴⁷.

Es decir, estamos en presencia de una cuestión capital que, por carencia de un auténtico consenso constituyente, se convirtió en materia permanentemente abierta y conflictiva que afecta nada menos que a toda la ordenación territorial del poder político en nuestro régimen constitucional. Doctrinalmente —y el propio Consejo de Estado, con buen criterio⁴⁸, ha hecho suya esta tesis— son numerosos los autores que vienen apuntando la necesidad de cerrar el proceso mediante una decisión del poder constituyente constituido. Llenar con verdadero consenso de presente lo que es una oquedad que se dejó bajo la línea de flotación de nuestra Constitución por carencia de un auténtico acuerdo, que se pospuso, abriendo una dinámica de conflictos en preocupante línea ascendente.

Anotada esta problemática, retomemos el hilo de nuestras reflexiones sobre los consensos de futuro que implícita y explícitamente reclama nuestra Constitución. Efectivamente, amén de la poco fructífera posición del consenso sobre el contenido de la ordenación autonómica

⁴⁶ Cita Rodríguez Bereijo (*op. cit.*) en su apoyo los conocidos escritos sobre esta materia de los profesores Contreras Casado y Blanco Valdés.

⁴⁷ *Ibidem*: 16 y 17. En sentido paralelo, *vid.* RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “Sobre la conveniencia de terminar la Constitución”, en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 25, septiembre de 1992: 10 a 14.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, *Informe sobre la reforma constitucional, emitido con fecha 16 de febrero de 2006*, en virtud de solicitud cursada por el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 4 de marzo de 2005. Las consideraciones sobre la pertinencia de reformar en diversos puntos la Constitución para que el proceso autonómico, lejos de seguir abierto en base al llamado *principio dispositivo*, se cierre definitivamente; bien puede decirse que las emite el alto órgano consultivo *de oficio*, ya que tal punto no había sido sometido expresamente por el Gobierno a consulta.

del Estado, hay obviamente otros requerimientos o pretensiones de diálogos y conciertos futuros por parte del constituyente. Algunos son implícitos, pues tanto nuestra Constitución de 1978 como otras europeas han procurado institucionalizar un clima de concordia que impregne la convivencia pública, cuyas bases establecen. No nos es factible entrar en esta temática tan rica en matices, pero no dejaremos de señalar cómo en Alemania un sector de la doctrina constitucionalista viene sosteniendo que la tolerancia entre los ciudadanos no sólo es una virtud cívica, sino un deber fundamental. Si nos asomamos a esta literatura iuspublicista⁴⁹, contemplamos un debate que parte de la realidad de que la mayoría de las constituciones de los *Länder* de la República Federal de Alemania, al recoger los fines de la educación de los niños, incluye entre ellos la tolerancia hacia las convicciones y la dignidad de los demás, adentrándose la polémica académica en disquisiciones dogmáticas acerca de si, en puridad, estamos ante un deber fundamental o ante un límite constitucionalizado de determinados derechos fundamentales. Este caso y otros análogos que nos ofrece el ancho panorama del Derecho Constitucional europeo no pretendemos abarcarlos en el presente discurso.

Pero sí hemos de prestar atención a los mandatos del constituyente español al legislador ordinario que pretenden inducirle al diálogo, a la concordia y al consenso. Unos se refieren específicamente a leyes orgánicas y otros a meras leyes ordinarias. A su lado, encontramos los mandatos de configurar ciertos órganos de relevancia institucional mediante mayorías cualificadas. Y, en último término, hemos de observar el sistema ordinario que para la reforma de la Constitución se establece en el último título de ésta. Sobre todos ellos formularemos algunas consideraciones.

Estas aspiraciones de nuestra Constitución significan, en primer lugar, que en 1978 parte ésta de diversas fórmulas de ingeniería constitucional para intentar evitar que nuestra democracia se deslice por la pendiente que puede desembocar en lo que los clásicos denominaban la “tiranía de la mayoría”. Sin diálogo entre mayoría y minoría, no bus-

⁴⁹ Vid. SCHINAPP, F.E., “Toleranzidee und Grundgesetz”, en *Juristen Zeitung*, 1985: 857 y ss.; FETSCHER, J., *Toleranz. Von der Unentbehrlichkeit einer kleinen Tugend für die Demokratie*, Stuttgart, 1990; STARCK, C., “Toleranz als Freiheitsgewährleistung und Bürgertugend”, en *Wo hört die Toleranz auf?*, Göttingen, 2006: 11 y ss.

En español, *vid.* ROCA, M.J., “La tolerancia entre los individuos como deber fundamental en el Derecho alemán: Consideraciones aplicables al Derecho español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto 2008: 93 y ss.

cando su comprensión recíproca ni el entendimiento entre ambas, se está lejos de la mejor democracia. La Constitución, en cuanto hija del consenso, cree en que éste debe permanecer en el activo del balance futuro de la política española.

Esta posición tiene raíces tan hondas que las más profundas de ellas beben del pensamiento político de la Grecia clásica. El propio Aristóteles dejó escrito que: “La unanimidad (concierto de voluntades) o concordia parece también un sentimiento amistoso, (que se da en una) ciudad cuando los ciudadanos piensan de la misma manera sobre lo que les conviene, eligen las mismas cosas y hacen juntos lo que en común han acordado”. Y añade: “La concordia se refiere a lo práctico y dentro de ello a lo que es importante y pueden tenerlo ambas partes o todos”. (...) Pero cuando uno quiere ser el que mande, como los protagonistas de *Las Fenicias*⁵⁰, surge la discordia; porque la unanimidad (o el concierto de voluntades) no consiste en pensar todos lo mismo, sea esto lo que fuere; sino lo mismo y para lo mismo, como cuando tanto el pueblo como las clases selectas piensan que deben gobernar los mejores (...). Así pues, la concordia parece ser la amistad civil (...) puesto que su objeto es lo que conviene y se relaciona con la vida”. Para concluir: “Esta clase de unanimidad se da en los buenos, pues éstos (...) quieren a la vez lo justo y lo conveniente y a esto aspiran en común. En cambio, en los malos no es posible el concierto de voluntades sino en pequeña medida, lo mismo que la amistad, porque todos aspiran a una mayor parte de la que les corresponde de ventajas, y se quedan atrás en los trabajos y servicios públicos. (...) Y si no se atiende a la comunidad esta se destruye”⁵¹.

No es precisa una glosa profusa para captar que en el pensamiento aristotélico, con el fin de prevenir y evitar la discordia política, se predica la práctica de una “amistad civil” entre quienes mantienen posiciones divergentes, evitando la discordia, siempre destructiva, y buscando el acuerdo sobre los temas de importancia, esto es, que afectan no a cuestiones periféricas, sino a cuanto nutre el núcleo del “interés general”. Tras veinticuatro siglos, lejos de sufrir obsolescencia alguna el

⁵⁰ Se refiere aquí Aristóteles a la lucha fratricida entre Eteocles y Polinices que Eurípides describe en esta tragedia, escrita durante al último período de su estancia en Atenas. La belleza literaria principal de esta obra estriba precisamente en los admirables pasajes en que sobreviene la catástrofe.

⁵¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, IX, 6, *op. cit.*: 146-147.

criterio aristotélico, debe considerarse respaldado por la experiencia secular decantada a lo largo de la historia de nuestra civilización.

Posiblemente estas reflexiones del gran filósofo ateniense son la primera piedra de la inacabada construcción a lo largo de los siglos de esa reflexión capital a que hemos hecho referencia. ¿Cómo compatibilizar los principios democráticos con la prevención del peligro de que una relación dialéctica entre mayorías y minorías pueda desembocar en la tiranía de aquéllas? Si damos un salto olímpico en el devenir de la historia para ponernos en las puertas del primer constitucionalismo escrito del siglo XVIII, podemos recordar que Hamilton, en el proceso constituyente norteamericano, alertaba: “Dad todo el poder a los más y oprimirán a los menos. Dad todo el poder a los menos y oprimirán a los más”⁵². En el fondo venía a señalar la raíz de todo el Derecho Constitucional: todo poder puede conllevar excesos y, por ende, debe ser jurídicamente controlado.

Pero, efectivamente, para la mayoría de los constituyentes norteamericanos el principio democrático según el cual los gobernantes son una minoría pero gobiernan en nombre de la mayoría que los elige suscitaba el problema que en la doctrina se dio en llamar “la tiranía de la mayoría”. Se percibe claramente en los análisis de Alexis de Tocqueville⁵³ o de John Stuart Mill⁵⁴. Si uno se asoma a las páginas de *El Federalista*⁵⁵, se capta con facilidad que para Hamilton y Madison (al igual que, por otra parte, sostuvo Jefferson) la forma de soslayar la *tiranía de la mayoría* es diseñar en la Constitución la *división de poderes*. Y, como se corre el riesgo de que una determinada mayoría controle en un mismo momento la Presidencia y el Congreso, se articulan mecanismos como las elecciones bienales a la Cámara de Representantes o la sólida presencia de un Tribunal Supremo, que encabeza el Poder Judicial, com-

⁵² HAMILTON, ALEJANDRO, *El Federalista*. Vid. Reflexiones sobre el juego de las instituciones constitucionales norteamericanas, traducción española, 2.ª reimpresión de 2.ª ed. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006: 219 y ss.

⁵³ TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, *La democracia en América, 1835-1840*, traducción española, 13.ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2005, y *El antiguo régimen y la revolución*, 1856, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

⁵⁴ STUART MILL, JOHN, *Sobre la libertad*, 1859, Alianza Editorial, Madrid, 1997, y *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 2001. Vid. SCHWARTZ GIRÓN, PEDRO, *En busca de Montesquieu. Democracia y mundialización*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 22 de febrero de 2005: 87 a 92.

⁵⁵ HAMILTON, A., MADISON, J y JAY, J., *El Federalista*, Nueva York, 1787-1788, traducción española, 2.ª reimpresión de 2.ª edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006: 219 y ss.

puesto por magistrados vitalicios. Todo ello aderezado, como bien expone Tocqueville⁵⁶, siguiendo las concepciones de Montesquieu⁵⁷, con la aspiración de que el sistema representativo garantice la selección de los mejores.

En estos últimos siglos, que constituyen propiamente el escenario histórico del constitucionalismo contemporáneo, esas preocupaciones surgen en diversas modalidades cada vez que en Occidente se vive un proceso constituyente, entreveradas con otras entrecruzadas, entre las que quizás debamos citar telegráficamente, por una parte, la inquietud de raíz anglosajona por que el sistema democrático aplaste la verdadera libertad de pensamiento que debe presidir la sociedad civil y, por otra, la preocupación que agobiaba a Maurice Hauriou, sin duda uno de los más preclaros juristas de la IIIª República francesa, sobre que la libertad de expresión, siendo un pilar del régimen demoliberal, cuando se lleva a una agria y permanente contienda sin límites, tiene una naturaleza disolvente, pues desemboca en la sola discusión permanente que no fructifica de ordinario en acuerdos y amenaza con socavar los cimientos de la Nación y de su Estado.

Los respectivos procesos constituyentes de los momentos cruciales vividos por las grandes naciones occidentales han dado su propio tratamiento a estos riesgos, que emergen en el horizonte y pueden hacer peligrar la salud de toda democracia.

Como este discurso tiene que respetar su espacio natural, he de limitarme a retomar la idea de que nuestra Constitución de 1978 aspira no sólo a establecer principios, valores, órganos de poder y procedimientos de funcionamiento de los mismos, sino también a consolidar un caldo de cultivo para la permanente convivencia política. Es decir, a buscar una cierta institucionalización del consenso para las decisiones políticas más significativas.

⁵⁶ Vid. TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, "Respuesta a Stuart Mill sobre el concepto de representación", en la *London Review*; recogida en: *Oeuvres Complètes*, París, tomo VI: 303-304.

⁵⁷ MONTESQUIEU, BARÓN DE, *De l'Esprit des Lois*, Ed. Garnier Frères, París, 1949: 123 y concordantes.

IV

LAS DEMANDAS DE CONSENSOS FUTUROS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA VIGENTE

Toda Constitución democrática, y particularmente aquellas que son fruto de un especial esfuerzo de consenso y concordia por los sectores presentes en las constituyentes, desempeñan un papel esencial como “sistema jurídico de integración”, que diría Smend, para quien el Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y reviviscencia⁵⁸.

Sabido es que Smend procuró aplicar a la teoría del Estado y al Derecho Constitucional las investigaciones filosófico sociales de Litt⁵⁹. Para aquél la relación entre el Estado y sus elementos integrantes es de una dialéctica espiritual, de manera que el Estado se renueva permanentemente mediante un complejo proceso de integración⁶⁰. La Constitución es entendida así como el orden jurídico de tal integración, pero sin limitarse a ser mera norma, pues esencialmente es realidad integradora. Ha de encontrarse en constante renovación, por lo que, lejos de agotarse en el momento constituyente, se renueva en el futuro, es decir, en la práctica aplicativa de la Constitución.

Tiempo después, y en otro entorno, Robert Dahl expuso con buen sentido que “una Constitución puede contribuir a que los ciudadanos y los líderes desarrollen un —dice literalmente— *consenso informado* sobre las leyes y políticas. Para alcanzarlo, deben crearse oportunidades e incentivos para que los líderes políticos entren en negociaciones, compromisos y acuerdos de coaliciones que faciliten la conciliación de los diversos intereses”⁶¹.

El mismo autor, que estima muy conveniente para la solidez de las democracias el poder adoptar periódicamente acuerdos por consenso, entiende que éstos pueden ser convenidos por unanimidad o por sim-

⁵⁸ SMEND, RUDOLF, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Ed. München U. Leipzig, 1928, traducción española: *Constitución y Derecho constitucional*, Ed. CEC, Madrid, 1986: 62 y ss.

⁵⁹ LITT, T. *Cfr.*: SMEND, R., *op. cit.*: 64 a 66.

⁶⁰ SMEND disecciona este proceso dialéctico en tres tipos de integración, a los que denomina: Integración personal, integración funcional e integración real.

⁶¹ DAHL, ROBERT A., *La democracia*, traducción española, Ed. Taurus, Madrid, 1999: 145.

ple amplio concierto. Pero añada que estas prácticas políticas requieren ciertas condiciones. A saber: *a*). Una identidad nacional que desaliente las exigencias de la separación directa; *b*). Un compromiso constituyente amplio, tanto sobre fines y valores básicos, como sobre los procedimientos democráticos a aplicar cotidianamente; *c*). Cierta talento para la conciliación; *d*). Alta tolerancia para el compromiso, y *e*). Líderes fiables que puedan negociar soluciones a conflictos que obtengan el asentimiento de sus seguidores. Y añade Dahl: “Allí donde (estas condiciones) no están presentes los arreglos consensuales serán poco probables”⁶².

Lo anterior nos pone ya sobre la pista de que, si no es siempre fácil elaborar una Constitución por consenso, mayores dificultades encierra aún lograr que éste se prologue hacia el futuro por una clase política más o menos condicionada por sus personales ambiciones, y no siempre configurada por los mejores —a lo que aspiraron, según ya ha quedado apuntado, Aristóteles, Platón, Montesquieu, Stuart Mill y Tocqueville, entre otros—, aunque se demande sobre materias que por su importancia o naturaleza lo requieran.

Ahora bien, entre nosotros es un hecho que la Constitución de 1978 requiere consensos futuros sobre toda una serie de ámbitos. A los más importantes de ellos hemos de hacer breve referencia.

1. Los consensos a alcanzar y reflejar en las leyes orgánicas

La reserva de Ley orgánica, si se me permite utilizar esta expresión, aunque sabemos bien que en la doctrina hay abierta una polémica formal sobre la idoneidad de su uso⁶³, se formula en nuestra Constitución para una serie de materias, lo que en la práctica significa que la Constitución prevé incorporar al ordenamiento jurídico, al menos, entre cincuenta y sesenta leyes de esta específica condición. Hoy su número es superior. Si tenemos en cuenta que la mayor parte de las constituciones Europeas no contemplan fuentes del Derecho de esta naturaleza y que, de entre todas las que incorporan en su ordenamiento la figura

⁶² *Ibíd*em: 174.

⁶³ Permanece abierta la discusión bizantina sobre si la CE contiene *reservas de LO*, propiamente dichas o simplemente *define* las leyes previstas en el art. 81.1 CE como *orgánicas*. Vid. ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR, “En torno al concepto de Ley Orgánica en la Constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, primer semestre 2000: 140 y ss.

de las leyes orgánicas⁶⁴, España es con mucho la nación que ha optado por un mayor número de ellas, obligado es aclarar las razones que nos llevaron a encabezar este *ranking*.

Motivación significativa, sin perjuicio de otras también de peso⁶⁵, fue la de prolongar un cierto espíritu de consenso en materias trascendentes (derechos fundamentales, instituciones básicas del Estado, régimen electoral... y un largo etcétera) sobre las que los preceptos constitucionales establecían criterios que precisaban de desarrollo legislativo.

Los dos grandes partidos constituyentes coincidieron en estimar positiva la pretensión de que en sucesivas legislaturas toda una serie de materias significativas hubieran de ser regladas por leyes orgánicas, para cuya aprobación no bastaba la mera mayoría simple y se exigía la absoluta del Congreso de los Diputados, cámara obviamente dominante en nuestro desigual bicameralismo. Un sector de la doctrina constitucionalista ha descrito esta motivación como el deseo de los constituyentes de “retener una parte del poder constituyente que entonces ejercían, ante la incapacidad de ejercerlo entonces, para el futuro”⁶⁶. Entendemos que esto no es exacto, ya que aquellas Cortes no retenían nada para sí, más bien imponían un deber de consenso mínimo a las futuras cámaras o, si se prefiere expresar en sus propios términos, retenían a favor de éstas (órgano constituido, que no constituyente) una parte del poder de complementar la obra del constituyente⁶⁷. Pero no seamos puristas, ya que todos insinuamos lo mismo aunque con diferentes expresiones. Obviamente, se incorporaba una cautela constitucional frente a la posibilidad de que materias capitales fueran regladas por leyes ordinarias aprobadas por meras mayorías simples.

⁶⁴ El caso que, desde una óptica de derecho comparado, merece más atención es, sin duda, el de la Constitución Francesa de 1958, que prevé una serie limitada de leyes orgánicas, cuyo método de aprobación parlamentaria queda definido en el artículo 46 de la propia Constitución.

⁶⁵ Entre las que es obligado constatar el dotar de estabilidad y cierto “rango” (tema éste polémico) a la legislación sobre derechos fundamentales e instituciones básicas del Estado; asegurar que ciertas materias habrían de regirse por leyes aprobadas por las Cortes Generales (con lo cual, los constituyentes procuraban enervar toda pretensión de las futuras asambleas legislativas autonómicas de regularlas mediante sus normas dotadas de rango de ley), e intentar, con éxito muy relativo, precisar la naturaleza jurídica de las leyes por que se aprueban los estatutos de autonomía.

⁶⁶ FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1981: 29 y ss.

⁶⁷ *Vid.* análoga posición crítica en BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *Fuentes del Derecho, vol. II: Ordenación general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992: 63 y 64, nota 40.

Y hay que contextualizar lo anterior recordando que nuestra Constitución surge de unas elecciones generales, las de 1977, que para muchos eran buena prueba de la dificultad, por no decir imposibilidad, de que un partido ganase unas elecciones para renovar las Cámaras de las Cortes por mayoría absoluta. Consecuentemente, se incorporan diversos dispositivos de ingeniería constitucional para facilitar que gobiernos minoritarios pudiesen desempeñar sus funciones, con esta salvedad que nos ocupa de exigirles diálogo en el Congreso para que el legislador orgánico normase por consenso sobre lo importante⁶⁸.

Es verdad que nuestra historia política reciente ya nos ha enseñado que la obtención de una mayoría absoluta de escaños en el Congreso de los Diputados no es un imposible para los grandes partidos. Pero lo que aquí resulta obligado resaltar es que en la primera legislatura, tras la constituyente, los grandes grupos parlamentarios acometieron la deliberación y aprobación de más del noventa por ciento de las leyes orgánicas previstas en la Constitución, alcanzando siempre un consenso sobre ellas.

No cabe desconocer que la transición, como se ha dicho, fue gradualista en su tránsito desde las leyes fundamentales del sistema anterior a unas Cortes con potestad constituyente. Y que durante el largo proceso constituyente se iba elaborando, al tiempo, el nuevo Estado democrático. Buen ejemplo de ello lo constituyeron las llamadas *preautonomías*. Este gradualismo de todo el proceso de la transición está empapado de consenso. El consenso es el método, y algo más: la filosofía hacia la libertad por el diálogo que presidía un proceso —que en la práctica hunde sus raíces en fechas anteriores y que en términos de Derecho positivo se inició, como mínimo en la Ley para la Reforma Política— que inevitablemente había de ser gradualista⁶⁹. No agotado el proceso en fase constituyente, pues la Constitución deja áreas fundamentales

⁶⁸ Defendí esta tesis ya en diciembre de 1978: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978: 542, quedándome en minoría frente a la posición mayoritaria. No obstante, se apoyó generosamente, en lo sustancial, mi modesta visión: FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *op. cit.*: 19 y 20. También en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, 7.ª ed, Madrid, 1995: 120 y 121. Hay que contabilizar también el respaldo a nuestra tesis de OTTO, IGNACIO DE, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987: 115, y así mismo, GÁLVEZ MONTES, JAVIER, “Comentario al artículo 81 CE”, en ALZAGA, ÓSCAR (director), *Comentarios a las leyes políticas*, EDESA, Madrid, 1985, tomo VII: 33 y 34.

⁶⁹ *Vid.* ARAGÓN REYES, MANUEL, *Estudios de Derecho Constitucional*, Ed. CEPYC, Madrid, 1998: 33 a 36.

abiertas a consensos de futuro, el gradualismo se extiende ciertamente hacia adelante, delegando algunos aspectos del cierre de la transición y de la propia Constitución en la legislación orgánica. Así, sólo se puede concebir ésta como alentada por nuevas dosis de consenso. Ésta era la visión, en 1998, del profesor Aragón Reyes cuando escribió: “Consenso no sólo como acuerdo entre las fuerzas políticas, sino también como pacto histórico, es decir, consenso tanto en sentido horizontal como vertical: consenso en el presente, pero también consenso con el pasado y consenso exigido para el futuro (y no sólo para el desarrollo de las autonomías y la aplicación de las leyes orgánicas)”⁷⁰. Compartiendo, como hago, esta visión de la transición como un amplio acuerdo que la Constitución extiende a un consenso postconstitucional, parece obligado atender a cómo se interpretó este deber en la primera legislatura, es decir, en la que sigue a la Constituyente a partir de las elecciones generales de 1979.

2. Las deliberaciones sobre las materias a regular por las Cortes Generales en virtud de reservas de ley

Si, con el texto de la Constitución en las manos, giramos nuestra atención desde las leyes orgánicas a las de carácter ordinario, nos saltará a la vista que el número de reservas de estas últimas leyes es elevadísimo. También en este punto nuestra Constitución se ubica en lo más alto del respectivo *ranking* europeo. Todo parece indicar que la figura de la *reserva de ley* en el Derecho constitucional español vigente —a abordar con refinados instrumentos de análisis de la dogmática jurídica— es la simple desembocadura de una compleja corriente histórica de *lógica garantista*⁷¹, cuyo primer afluente mana del reconocimiento por las monarquías medievales de que los tributos⁷² o ciertas penas debían ser

⁷⁰ ARAGÓN REYES, MANUEL, *Ibidem*: 34.

⁷¹ Es, en nuestra opinión, plenamente certero el análisis que al respecto llevó a cabo GARRORENA MORALES, ÁNGEL, *El lugar de la ley en la Constitución Española*, Ed. CEC, Madrid, 1980, ver especialmente: 61 y concordantes.

⁷² En materia tributaria, si seguimos los eruditos asertos de Martínez Marina, el consentimiento formal de las Cortes de los reinos de León y Castilla era preceptivo tanto al fijar la imposición de los tributos como su forma de recaudación o el control de su administración, y ello posiblemente antes aún que en Inglaterra. Efectivamente, hay un primer y claro precedente en la Junta del año 1091, durante el reinado de Alfonso VI de León y Castilla; y en las Cortes de Burgos de 1177 Alfonso VIII expuso las necesidades económicas para afrontar el asedio de Cuenca y las Cortes le

votados como leyes por las Cortes⁷³. Su configuración como categoría jurídico-formal se perfila primero con la Revolución del Parlamento en la Inglaterra del siglo XVII, se depura en el gran laboratorio de las ideas jurídico-políticas que fue la Revolución Francesa⁷⁴ y se articula formalmente por la dogmática del constitucionalismo de la Alemania monárquica decimonónica, en el contexto de la vigencia del principio de jerarquía de normas; de modo que, para la misma, en todo lo que concierne a la propiedad —derecho básico en la sociedad liberal burguesa, esencialmente propietarista— regirá lo que se da en llamar la reserva de ley, que, por extensión, abarcará los restantes derechos y libertades⁷⁵.

A modo de paréntesis obligado, recordemos que nuestra Constitución no acoge la figura de la “reserva de reglamento”, que tan grata es a la Constitución gaullista vigente en Francia⁷⁶. Y ello pese a que el proyecto de la ponencia siguió, en su artículo 79, miméticamente la fórmula francesa, lo que fue criticado desde esferas científicas y oportunamente suprimido⁷⁷. Ahora bien, si nos preguntamos si nuestros constituyentes fueron o no propensos a deslizarse por el plano inclinado que conduce al terreno de la primacía política real del Gobierno sobre el Parlamento, desde luego la respuesta ha de ser afirmativa. Pese a que el artículo 1.3 de nuestra Carta Magna declare que “La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”, por debajo de tal fórmula solemne asoma la realidad de un régimen de presidencialismo encubierto.

concedieron un subsidio extraordinario para tal fin. En las Cortes de Medina del Campo de 1328, el principio gana en solemnidad y alcanza generalidad de ley cuando Alfonso XI, a petición de los procuradores en Cortes, se compromete a “non echar, ni mandar pagar pecho desaforado ninguno especial ni general en toda mi tierra, sin ser llamados primeramente a Cortes e otorgando por todos los procuradores que hi vinieren”. *Vid.* MARTÍNEZ MARINA, FRANCISCO, *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas nacionales de León y Castilla*, Madrid, 1813, tomo II, capítulo XXXI (“En los reinos de León y Castilla no podían los Monarcas echar derramas y contribuciones sin acuerdo y consentimiento de las Cortes”): 385 a 397.

⁷³ Prueba de ello es que el principio *nulla poena sine lege*, cuna del principio de legalidad en el ámbito penal, está plasmado inicialmente en la venerable Carta Magna inglesa de 1212.

⁷⁴ Recordemos que en el contexto de la exaltación de los derechos y libertades de cada hombre, el artículo 4.º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) para tales derechos “sólo” admite los “límites... determinados por la ley”.

⁷⁵ *Vid.* OTTO, IGNACIO DE: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987: 135 y concordantes.

⁷⁶ *Vid.* artículo 37 de la Constitución Francesa de 1958. También, GARCÍA MACHO, RICARDO, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988: 86 a 106.

⁷⁷ Para una crítica de este aspecto del proyecto, *vid.* ARAGÓN REYES, MANUEL, *Estudios de Derecho constitucional*, Ed. CEPYC, Madrid, 1998: 46 a 57.

Pero, pese a todo ello, el consenso constitucional español incluyó el garantizar con énfasis la primacía de la ley sobre el reglamento. Y me parece importante preguntarse cuál es la lógica objetiva de esta apuesta constituyente.

Un sector de la doctrina sigue intentando dar una respuesta desde el esquema doctrinal más sencillo. La creencia en el dogma laico del imperio de la ley, en cuya fe ciega estamos educados todos los juristas⁷⁸, que se apoya en otro viejo dogma, el del principio democrático. Según éste, la potestad legislativa del Estado se confía a las Cortes Generales (artículo 66. 2 CE) porque éstas “representan al pueblo español” (como expresa el apartado 2º del propio art. 66 CE). Esta explicación de la primacía de la ley fue enteramente válida a fines del siglo XVIII, cuando se positivizó por primera vez en el artículo 6º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Hoy parece lícito dudar del valor de tal argumentación cuando el centro de poder político real ya no está en las Cortes y es obvio que se encuentra residenciado en el Gobierno, cuya legitimidad democrática no es menor que la de las cámaras, y cuando, así mismo, mantiene escasa vigencia la primitiva lectura del principio de división de poderes, conforme al cual el Ejecutivo era concebido como un mero brazo del Parlamento que actuaba siempre al servicio de las decisiones adoptadas por éste.

Actualmente, nadie pone en duda que los gobiernos ostentan una ancha función normativa. No en vano han transcurrido ya varios lustros desde que Finer afirmó con osadía, no huérfana de razón, que “gobernar es legislar” y que Friedrich, pese a estar dispuesto siempre a abogar a favor de la doctrina de la separación de poderes, tras citar a Bodino, expuso que, en la medida en que el Gobierno existe para aplicar políticas que promuevan el bienestar general, es esencial su facultad de dictar reglas generales⁷⁹, ya que es al Gobierno a quien deben atribuirse el mayor número de pautas de convivencia. En todo caso, es un hecho innegable que el Gobierno no es sólo titular de la iniciativa legislativa respecto de las leyes que aprueban las Cortes, sino que en la práctica la acapara casi por completo. No sería heterodoxo afirmar que los gobiernos son órganos colegisladores, y que en el proceso legislativo el Gobierno es el protagonista por excelencia.

⁷⁸ Vid. OTTO, IGNACIO DE, *op. cit.*: 140 y ss.

⁷⁹ FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, trad. española Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, vol. I: 199.

Reconocido con el debido realismo cuanto antecede, ¿debemos concluir que la vieja primacía de las leyes votadas en Cortes es una mera tradición sin lógica y que, en puridad, entre ley y reglamento carece ya de sentido real la relación jerárquica por la que formalmente aquélla prima sobre éste? La respuesta ha de ser contundentemente negativa, pero no tanto por la vigencia teórica del dogma del principio democrático, o por su carácter garantista en materia de libertades y derechos fundamentales a que antes nos hemos referido, como por el factor de legitimación que conlleva la ley y del que carecen los reglamentos. Me refiero a que la ley es una norma no sólo votada en Cortes, sino discutida en las cámaras. Es la vieja legitimación del diálogo. El diálogo, siempre enriquecedor si no se practica entre personas adictas al monólogo, supone estar abiertos a comprender las razones de quienes piensan en forma diferente y procurar, a la par, exponer los propios argumentos en búsqueda de una comprensión recíproca de sendas posiciones con la esperanza de poder diseñar soluciones compartibles por todos. Como Antonio Machado recomendaba en un verso sabio:

*Para dialogar,
preguntad primero...,
después escuchad.*

Consecuentemente, podemos afirmar que las numerosas reservas de ley que introdujo nuestra Constitución de 1978 tienen una razón de ser más actual que el viejo y venerable dogma del imperio de la ley. Mientras la ley se elabora con luz y taquígrafos, el reglamento se gesta en el tan respetable como oscuro seno del vientre materno gubernamental. Dicho en otras palabras, parte importante de lo que conserva de vigencia la doctrina de la división de poderes en la órbita de las relaciones entre legislativo y ejecutivo reside en que el Parlamento es la casa del debate, de la deliberación y de los disensos y consensos que surgen de la relación dialéctica Gobierno-oposición, con la máxima publicidad que garantiza su tribuna de prensa. Y el Gobierno, por su parte, es un órgano al que se accede previo juramento o promesa de guardar el secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros. De manera que, siendo las democracias de nuestro tiempo regímenes de opinión, el *rol* que desempeñan sendos órganos constitucionales tiene una diferente naturaleza.

Pues bien, la Constitución de 1978, fiel a su matriz de diálogo y consenso, establece unas reservas de ley pretendiendo asegurar altas

cuotas de debate con publicidad o, si se prefiere, de lo que hoy se da en llamar *democracia deliberativa*.

No se trata de una cuestión jurídico-formal consistente en que la Constitución pretenda que el debate parlamentario se desenvuelva en el seno de un buen *procedimiento legislativo*⁸⁰. Ni de que, en consecuencia, la clave estribe en los reglamentos parlamentarios⁸¹, en los que ya, en los viejos tiempos de la III República Francesa, Barthélémy y Duez depositaron toda su confianza en términos lapidarios: “a mal Reglamento, mal trabajo. Con buen Reglamento, buen trabajo”. Un político tan experimentado como Poincaré sostuvo esta posición en 1933, al afirmar que era suficiente modificar el Reglamento parlamentario para evitar lo que él llamaba “el viaje a Versalles”, símil con que aludía a eludir la reforma de las leyes constitucionales francesas de 1875. Le asistía la razón a quien fue académico ilustre de esta corporación, D. Nicolás Pérez Serrano, cuando escribió que “la superstición de la ley, con un innegable fondo de optimismo racionalista, trasciende al Reglamento parlamentario y no conviene fiar demasiado en su *vis medicatrix*. Un Reglamento malo —prevenía Pérez Serrano— perturba profundamente; un Reglamento bueno ayuda muchísimo; más de ahí no cabe honestamente pasar”⁸².

Ciertamente, la cuestión capital, desde la óptica de la calidad del sistema democrático, es asegurar la mejor deliberación posible en torno a cada proyecto de ley y a sus enmiendas⁸³. Y en el clima en que se fragua el consenso constituyente esta aspiración no era utópica; era de lógica elemental y conectaba con una cuestión clásica en la historia de la teoría política.

En efecto, la cuestión de la conexión entre la idea misma de democracia con la práctica de una deliberación óptima al elaborar las leyes,

⁸⁰ Vid. ARAGÓN REYES, MANUEL, “La función legislativa de los Parlamentos y sus problemas actuales”, en GARRORENA MORALES, ÁNGEL (editor), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990: 131.

⁸¹ Cuestión clave a este respecto es obviamente la de los vicios “in procedendo”. Vid. Cfr. ASIS ROIG, A.E., “Influencia de los vicios in procedendo en la eficacia de las leyes”, en *Primeras jornadas de Derecho Parlamentario*, vol. I, Madrid, 1985: 189 y ss.

⁸² PÉREZ SERRANO, NICOLÁS, “Naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, año 1960: 165.

⁸³ Vid. ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR, Conferencia pronunciada en el INAP, Madrid, el 6 de abril de 2004, bajo el título “La publicidad y el diálogo como principios cualificadores de las leyes”, publicada en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, segundo semestre de 2004: 133 y ss.

como sabemos, fue apuntada ya por Madison en *El Federalista*⁸⁴, aceptada por Hamilton al defender que la función de gobernar debe ser asumida por “el sentido deliberativo de la comunidad” mediante “una reflexión sosegada”⁸⁵. También fue defendida por Stuart Mill desde su preocupación por exponer que o prosperaba la deliberación entre legisladores cualificados — a los que comparaba con los buenos médicos— o sobrevendría la tiranía⁸⁶.

En nuestra época, las virtudes del escenario deliberativo están siendo sublimadas por la anglosajona escuela deliberativa de la democracia. Naturalmente, no podemos aquí extendernos ni en la exposición de sus tesis ni en sopesar su valor. Pero permítasenos anotar que quizá puede afirmarse que cada defensor de la concepción deliberativa de la democracia parece tener una visión propia de lo que debe ser la democracia deliberativa, hasta el punto de que, con frecuencia, defienden la democracia deliberativa en términos contradictorios con los defendidos al tiempo por otro sector de la misma corriente doctrinal⁸⁷. Obviamente, al hilo de nuestra cuestión, hemos de soslayar las teorías democráticas más radicales o utópicas —en cuanto esta expresión en griego significa “en ningún lugar”, es decir, no enraizables en la práctica— como las irreales construcciones que buscan institucionalizar una democracia de participación directa ciudadana con superación, al menos parcial, de los órganos colegiados representativos y las teorías justificativas de una democracia deliberativa socialista de Estado que desemboque en la plena superación del mercado. Tampoco aspiramos a considerar la obra de quienes sostienen que la deliberación constituye el mejor método para alcanzar soluciones justas, pues nada podemos aportar a lo finamente estudiado en el discurso pronunciado en esta casa por la Académica D.^a Adela Cortina⁸⁸.

⁸⁴ MADISON, J., *El Federalista*, X (de *El Correo de Nueva York*, 23-XI-1787), traducción española en 2.^a reimpresión, 2.^a edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006: 35-41.

⁸⁵ HAMILTON, A., *El Federalista*, LXXI (de *El Correo de Nueva York*, 18-III-1788), *op. cit.*, en nota anterior: 303-307.

⁸⁶ STUART MILL, J., Su artículo en *Examiner*; 4 de julio de 1832, citado por BURNS, J.H.: “J.S. Mill and Democracy, 1829-1861”, en *Political Studies*, 5, núm. 2, 1957: 160. También, STUART MILL, J., “Representative Government”, en *Three Essays*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1975: 284 y 285.

⁸⁷ Vid. MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, DIEGO, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, segundo semestre de 2005: 313 y ss.

⁸⁸ CORTINA ORTOS, ADELA, *Lo justo como núcleo de las Ciencias Morales y Políticas. Una versión cordial de la ética del discurso*, discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 2 de diciembre de 2008: 27 y ss., 77 y ss. y 85 y ss.

Hemos de reducir ahora modestamente nuestro interés sólo a las aportaciones actuales de los partidarios de una democracia deliberativa, aceptando con pragmatismo que la democracia de nuestra época no es directa sino representativa, y que se desenvuelve esencialmente en el Parlamento, allí donde la representación alcanza su “verdadero sentido escénico”⁸⁹. En torno a esa gran caja de resonancia, se esfuerzan en reforzar la idea básica de que la actividad parlamentaria no puede ser un mero y repetitivo recordatorio diario del número de representantes que tiene la mayoría y de cuantos poseen las minorías. El procedimiento parlamentario de elaboración de las leyes puede cumplir una pluralidad de fines del más alto interés para la convivencia nacional. Y de ello eran plenamente conscientes nuestros constituyentes.

Al menos, la deliberación parlamentaria debe perseguir varios objetivos, quizás esquematizables en unas pinceladas: Hay que alcanzar el mejor umbral posible de diálogo, que desemboque en la mejor racionalidad de las soluciones legislativas, aunque tenga un cierto regusto utópico el pensar lográble que la ley surja en la “situación ideal de diálogo”, siga el curso de lo que en palabras de Braybrooke llamaríamos un “debate lógicamente completo”, que estaría en la práctica sólo limitado por lo que Dahl denomina “el tiempo que permite la necesidad de decidir”⁹⁰ y culminase esencialmente por la fuerza del mejor argumento, como gustó en decir Jürgen Habermas⁹¹.

Tal esfuerzo deliberativo es plenamente compatible con desempeñar en lo posible la importante función social de *integración de intereses*, porque en una sociedad moderna debe buscarse el mejor equilibrio entre las razonables pretensiones de las muy diversas asociaciones y agrupaciones que componen el tejido social. Es necesario que los partidos compatibilicen sus intereses electorales con la búsqueda del bien común, aunque es notorio que la definición de éste en un sistema que proclama el valor del pluralismo político es más complejo de lo que lo era en los tiempos de Santo Tomás. Pero no cabe duda de que en nuestro entorno la sociedad, aun dividiéndose en diferentes convicciones

⁸⁹ SOLÉ TURA, JORDI y APARICIO, MIGUEL A., *Las Cortes Generales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984: 29.

⁹⁰ DAHL, ROBERT, “Procedural Democracy”, en LASLETT, PETER y FISKIN, JAMES (editores), *Philosophy, Politics and Society*, Ed. Yale University Press, New Haven, 1979, vol. V: 105 a 107.

⁹¹ HABERMAS, JÜRGEN, “A reply to my critics”, en THOMPSON J.B. y HELD, D. (editores), *Habermas: Critical Debates*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1982: 219 y ss. *Vid.*, también, HABERMAS, JÜRGEN: “El vínculo interno entre Estado y democracia”, en el compendio de trabajos del mismo autor: *La inclusión del otro*, traducción española, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, especialmente: 231 a 246.

que cada uno de nosotros tiene el derecho a asumir y defender con respeto a los demás, comparte la mayoría de los ingredientes que integran una visión del bien común, si se quiere, del interés general o, como algunos prefieren decir, de los intereses generales.

Y en esta búsqueda de los intereses generales, mejor que resolver conforme a la regla de la mayoría suele ser esforzarse en fraguar consensos. Desde esta perspectiva, diríamos que una buena legislatura es la que trabaja con éxito para tejer intereses entrecruzados. Y que la atención al bien común supone un cierto límite razonable al ideal deliberativo; porque la democracia deliberativa que algunos autores, como Rawls⁹², proponen incorpora restricciones, lo que a los viejos juristas no puede extrañarnos en primer término, ya que ni siquiera son concebibles los derechos y las libertades fundamentales ni las prácticas democráticas sin límites. En definitiva, porque hay que tener una actitud perfeccionista a sabiendas de que, como ha sostenido Fishkin, las instituciones en cuyo seno ha de desarrollarse la deliberación exhiben diversas formas de imperfección: imperfección con respecto a argumentos que sólo se abocetan; imperfección en las oportunidades de los proponentes de una posición determinada para responder a los argumentos expresados de una posición, e imperfección en el conocimiento o en las capacidades de los participantes en el debate para comprender o evaluar los argumentos que se les esgrimen de contrario⁹³. Esta última nota nos recuerda el viejo problema de que la calidad de la deliberación en un sistema democrático está correlacionada con lo que era gran motivo de preocupación de Stuart Mill: La competencia mental de los legisladores. Para él, un ciudadano debía elegir a un parlamentario como elige a su médico. “Ningún hombre pretende dar instrucciones a su médico. Ningún hombre exige una promesa de su médico de que le prescribirá un tratamiento particular”⁹⁴.

Probablemente, con la experiencia acumulada en las democracias occidentales, nuestros constituyentes no podían compartir sin reservas todos los ideales deliberativos, difícilmente compatibles con la partitocracia, pero sí aspiraban, o aspirábamos, a que se proyectase hacia el

⁹² RAWLS, JOHN, “Una revisión de la idea de razón pública”, en la compilación del mismo autor: *El derecho de gentes*, traducción española, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

⁹³ FISHKIN, JAMES, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, traducción española, Ed. Ariel, Barcelona, 1995: 71.

⁹⁴ STUART MILL, JOHN, artículo en el *Examiner*; 4-VII-1832. Citado en la nota 86 de este discurso.

futuro el clima de diálogo y la búsqueda de comprensión recíproca y de acuerdos más o menos amplios, como se había hecho esforzadamente durante la legislatura constituyente; por supuesto, para cumplir los principales mandatos al legislador del texto constitucional, pero también en otras áreas de la acción legislativa, en cuanto desarrollo, en ocasiones de segundo grado, de la Constitución.

Algunos pensadores de nuestro tiempo creen que la escuela deliberativa no acaba de captar que actualmente, lejos de caminar hacia que la vida pública se zambulla en un clima de reflexión y deliberación progresivamente más perfecta, asistimos al término de una época en que hubo espacio reservado al debate y a la deliberación. Y así, nos advierten, la palabra va siendo desplazada por la imagen y la puesta en escena. Las fórmulas clásicas de persuasión política estarían progresiva y discretamente siendo sustituidas por las técnicas de la imagen y de las formas de “presencia” que los políticos procuran optimizar al asomarse a la escena. Entre nosotros, Marchán ha advertido que “desde hace algunos años asistimos a un cambio de la cultura política logocéntrica por una iconografía en que la estética de la presencia decide muchas situaciones”⁹⁵. A lo que añade la apostilla de que la política se escenifica cada vez menos en los parlamentos para trasladar sus escenarios a los medios, sobre todo a las pantallas de televisión y a los portales de Internet; cabría añadir que incluso a la simple fotografía de un gesto que sirve a la prensa escrita de portada.

De forma que la estética y la fuerza de la fijación de un político en la retina y en la memoria de los ciudadanos a través de la presencia se transmite a través de la corporalidad, la entonación, la gestualidad, en suma, la telegenia. Hay así quien opina que quien no da bien ante las cámaras no tiene futuro político y que, por ello, Lincoln —hombre, a lo que parece, más bien feo— no habría llegado a la presidencia de los Estados Unidos en esta era dominada por la televisión. Quizás haya algo de exagerado en estas advertencias, pero es indudable que en nuestras sociedades mediáticas la palabra cede peso, de día en día, ante la imagen.

Pero lo anterior no significa que ello margine necesariamente la búsqueda y el alcance de consensos. Éstos se buscarán mediante reuniones y diálogos a cubierto del alcance de las cámaras y, una vez logrados, eso sí, los apretones de manos y los abrazos tendrán, con toda pro-

⁹⁵ MARCHÁN FIZ, SIMÓN, *La estética ético política en la modernidad y después...*, UNED, Madrid, 2009: 58.

babilidad, mayor eco en la sociedad que los discursos que los acompañen. Los cuales no podrán faltar mientras existan potentes cadenas radiofónicas.

Es decir, tras el escaparate de la imagen de un político sofisticadamente puesta en escena por los asesores en la estética de la comparecencia sigue siendo imprescindible, a la hora de la verdad, que el hombre público esté nutrido de pensamiento y de capacidad de expresarlo a través del diálogo. Probablemente, la actual presidencia norteamericana constituya un buen ejemplo de que ello se concibe como compatible y necesario. Como necesario continúa siendo en nuestras modernas sociedades mediáticas que a la postre, se busque en materias capitales el consenso entre posiciones políticas enfrentadas. Aunque ya sabemos que, una vez logrado, se autoescinficará no con la mejor retórica, sino con la más cuidada estética de la presencia.

Además, la aspiración a los consensos entrecruzados de que nos habla Rawls⁹⁶ es hoy, en abstracto, más viable que hace algunas décadas, puesto que la profecía de Raymond Aron, a fines de la década de los cincuenta, sobre el fin de las ideologías —basándose en argumentos de naturaleza económica nada desencaminados— se cumplió con la caída del muro de Berlín y el desplome del propio marxismo. Actualmente, en Europa hay ideas e ideales, pero las ideologías, como esquemas esclerotizados de ideas vacías o acartonadas, sólo sirven para adoctrinar con clichés primarios a mentes no menos primarias. Sobre ello habremos de volver.

Lo anterior no excluye que haya leyes que afecten a convicciones o principios sobre los que la transacción es a la hora de la verdad, más que difícil. Obviamente, la democracia tiene a mano el último recurso de aplicar la regla de la mayoría. En estos supuestos, los parlamentos recuerdan, como le ocurre al británico, que su origen es la evolución de un Tribunal de Justicia. Entonces la dinámica a seguir se ha de basar en el viejo *principio de contradicción*, esencial en todo proceso judicial; los representantes de las partes ya no hablan para convencer de la bondad de sus posiciones a la contraparte, sino a ese alto Tribunal que, en la democracia de nuestro tiempo, es la opinión pública, la cual dictará sentencia en los siguientes comicios. Ello conduce a la preocupación, muy presente en nuestras legislaturas constituyente y primera, por la objetividad y neutralidad de los medios públicos de comunicación social y de

⁹⁶ RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, traducción española, Ed. Crítica, 1.ª reimpresión, Barcelona, 2006: 165 a 205.

la independencia de los medios privados para evitar una manipulación partidista de la opinión pública, y debe igualmente inspirar una preocupación no menor por la evidencia de que la televisión que tenemos empobrece drásticamente la información y la formación de los ciudadanos⁹⁷.

Hay otro presupuesto para que un debate parlamentario en la discusión de un proyecto de ley sea óptimo y que, por obvio, debo estar excusado de glosar: El alto nivel intelectual de los miembros del Gobierno que lo proponen y defienden y la capacidad de quienes encabezan partidos políticos y grupos parlamentarios y, por supuesto, de los propios diputados y senadores que han de llevar el peso de diálogos y debates. Que nadie piense que me sitúo en el terreno de la utopía, en el espacio inalcanzable ubicado entre lo más alto de los guindos y la estratosfera, allí donde anidan ideales abstractos, imposibles de enraizar en la vida real. Siempre me pareció acertado el aviso que para profesores jóvenes dio, hace ya algunos años, un constitucionalista riguroso, el profesor Rubio Llorente, cuando escribió que “no es lícito construir la imagen de un parlamento que nunca existió para achacar después a los Parlamentos presentes defectos que éstos sólo tienen por contraste con un ideal que no se ha dado nunca en la realidad”⁹⁸.

3. La elección y renovación por consenso de los magistrados del Tribunal Constitucional y de los miembros de otros órganos constitucionales colegiados

Las constituciones suelen crear grandes órganos colegiados independientes a los que se asignan funciones *ad hoc*. Nos referimos a la categoría de órganos a los que D. Manuel García Pelayo denominó *órganos constitucionales*, que abocetó en estos términos: “Que los órganos constitucionales estén directamente establecidos y estructurados por la Constitución es una consecuencia lógica de la consideración de tales

⁹⁷ Vid. SARTORI, GIOVANNI, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, trad. española, Ed. Taurus, Madrid, 7.ª ed., 2005, entre otras: 131 y ss.

⁹⁸ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, Intervención en la mesa redonda sobre *El futuro de la institución parlamentaria*, en GARRORENA MORALES, ÁNGEL (editor), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990: 3894. Vid., también: PÉREZ ROYO, JAVIER, “El mito de la crisis del Parlamento”, en TUSSEL, J., LAMO DE ESPINOSA, E. y PARDO, R. (editores), *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española*, Alianza Editorial, Madrid, 1996: 53 y ss.

órganos como troncales para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución o, dicho de otra manera, como constitutivos de la modalidad de ser y existir de un orden constitucional dado. Cada Estado históricamente concreto tiene sus peculiares órganos constitucionales de acuerdo con los principios, valores y criterios organizativos que lo inspiran, cada estructura constitucional tiene unos órganos que le son propios, *necessari e indefettibili*, cuya desaparición afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional⁹⁹.

Y la Constitución española de 1978, como bien sabemos, no constituye excepción. Creemos que, en puridad, en esta categoría de órganos colegiados constitucionales emergen indiscutiblemente dos: El Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial. Y muy posiblemente, en cierto sentido, también algún otro como, particularmente, el Tribunal de Cuentas. Por supuesto, cabe engrosar no poco la lista, pero a costa de adentrarse en la discusión de si la suma es de sumandos de la misma naturaleza, por adicionarse órganos sólo parcialmente calificables como tales órganos constitucionales¹⁰⁰.

Optaremos por limitarnos a reflejar brevemente cómo en la inicial composición y puesta en marcha de estos dos órganos colegiados —Tribunal Constitucional y Consejo General del Poder Judicial— en nuestra transición se mantuvo plenamente vivo el espíritu de consenso de la fase constituyente. Empezaremos por referirnos a las primeras provisiones de magistrados del Tribunal Constitucional.

Permítasenos rememorar brevemente la coherencia con que se actuó en la España de 1979 y 1980 por la entonces mayoría gubernamental y por el principal partido de la oposición a la hora de constituir el primer Tribunal Constitucional. Ambas fuerzas políticas eran conscientes de que al redactarse por consenso la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se habían establecido lo que un fino estudioso¹⁰¹ denominó “los frenos al peligro de vinculación partidista de

⁹⁹ GARCÍA PELAYO, MANUEL, “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, año 1981: 14 y 15.

¹⁰⁰ Efectivamente, algunos autores incluyen —en términos respetables, pero que no compartimos— en la categoría de *órganos constitucionales*: la Junta Electoral Central, el Consejo Económico y Social, y el Consejo de Estado, entre otros.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992: 1057 a 1070. El mismo autor ha desarrollado esta materia posteriormente en su “Comentario al artículo 159 CE”, en ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR (director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Ed. Cortes Generales y EDESA, Madrid, 1999, vol. XII: 79 a 161.

los magistrados constitucionales”¹⁰², que a su juicio eran cinco. Y a ellos se sumaban las notas propias del estatuto jurídico de los magistrados ordinarios. Pues bien, el primer freno a que se aludía era la exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos para la elección parlamentaria de los ocho magistrados a designar por las cámaras. Mayoría reforzada que la Ley Orgánica del Poder Judicial extiende a los dos magistrados a designar por el Pleno de tal órgano¹⁰³. No nos corresponde ahora entrar en el debate doctrinal¹⁰⁴ de si el constituyente debió elevar el listón a los dos tercios que es donde se sitúa en casi toda Europa¹⁰⁵. Lo que sí deseamos enfatizar es que existió la opción entre la seguida de liberar dicho “freno” casi por completo, vía *cuotas* entre los grandes partidos, o la de caminar por el sólido, aunque empinado, camino de la búsqueda del consenso sobre los mejores nombres posibles.

4. La actualización de la Constitución a través de reformas que se puedan llevar a cabo en vía ordinaria

La idea de las constituciones sempiternas —que tiene en nuestra tierra un precedente en la *Ley perpetua* de los comuneros castellanos— nunca pasó de ser, en los siglos XVIII y XIX, un ideal de revolucionarios huérfanos de realismo, incursos, en ocasiones, en el extendido pecado de la *vanidad legislativa*, y que, en todo caso, veían en sus constituciones unas conquistas históricas de tal magnitud que bien debiera concebírselas como inmutables. Poco a poco, la idea de poner las máximas trabas a su reforma fue perdiendo prestigio y adeptos en favor de abrir las puertas a la posibilidad de reforma, al menos, con tres finalidades que, en palabras del profesor De Vega, pueden resumirse así: “En primer lugar, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la rea-

¹⁰² En el fondo, ésta es una cuestión clásica en Derecho Constitucional. *Vid.*, por ejemplo, CRISAFULLI, VEZIO, “La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento”, en *Scritti in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, vol. IV: 273 y ss.; BARILE, “La Corte costituzionale organo sovrano, implicazione pratiche”, en *Giur. Cost.*, año 1957: 907 y ss.; VERGOTTINI, GIUSEPPE DE, *Diritto costituzionale*, Ed. CEDAM, Padova, 3.ª ed, 2001: 612 a 614.

¹⁰³ Artículo 127.2.

¹⁰⁴ Para un análisis, parcialmente crítico, de la composición de nuestro Tribunal Constitucional, *vid.* ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR, “Sobre la composición del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11, primer semestre de 2003: 149 a 180.

¹⁰⁵ Nuestra doctrina acostumbra a citar los casos de Italia y Alemania, pero cabe añadir que tales precedentes han sido seguidos, cuando menos, en Bélgica, Portugal, Hungría y Polonia.

lidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía”¹⁰⁶. Efectivamente, la posibilidad de abordar la reforma constitucional es vital para asegurar la adecuación de la Constitución a la realidad social cambiante y, por ende, su permanente lozanía. Con razón ha sostenido, en fecha aún reciente, el profesor Rubio Llorente que “sólo una Constitución reformable es democráticamente legítima”¹⁰⁷.

Sabido es que se puede hablar del poder de reforma como institución de garantía porque, al requerir para modificar la Constitución (obra de un consenso constituyente extraordinario) un procedimiento rígido, se demanda que se produzca un nuevo concierto o consenso extraordinario entre las grandes fuerzas políticas, y se excluye que la reforma sea mera obra de la mayoría, más o menos amplia, que apoya al Gobierno del momento. La rigidez tiene así una lectura que no es meramente *ius positivista* (prevalencia de la *lex superior* en la pirámide normativa regida por el principio jerárquico), pues entronca con el valor de asunción por toda una comunidad, en términos de concordia, de principios, valores, instituciones y reglas asumidas por todos para regir su convivencia. La reforma constitucional debe llevarse a cabo sin quiebra de la continuidad jurídica ni ruptura del espíritu de concordia.

No puede ser más lógico, en consecuencia, que el mecanismo de rigidez en los procesos de reforma constitucional más utilizado en el Derecho comparado occidental sea el de los quórum y mayorías parlamentarias cualificadas. Pero, partiendo de esta premisa, como sentenció el Maestro Pérez Serrano: “Los grados de rigidez son infinitos, pues la matización no tiene límites”¹⁰⁸. Hoy hay práctica unanimidad en la doctrina sobre la pertinencia y eficacia de requerir mayorías parlamentarias cualificadas para aprobar una reforma constitucional. Como expone con buen criterio Loewenstein: “Con ello no sólo se alcanzará *un consenso más amplio* entre los partidos elegidos en el Parlamento y entre las fuerzas sociales representadas por ellos, elevando así el grado de la legitimidad de la reforma, sino que también se concederá a la minoría disidente un veto que puede jugar el papel de un eficaz control

¹⁰⁶ VEGA, PEDRO DE, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986: 67.

¹⁰⁷ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “La reforma de la Constitución. Sobre la posibilidad, conveniencia y dificultad de llevarla a cabo”, en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 188, diciembre 2008: 6.

¹⁰⁸ PÉREZ SERRANO, NICOLÁS, *Tratado de Derecho Político*, Ed. Civitas, Madrid, 1976: 471.

intraórgano”¹⁰⁹. Estas palabras nos ponen sobre la pista de que en cualquier latitud, incluida la nuestra, sin consenso no es posible la reforma, lo que puede afirmarse casi con independencia de los mecanismos específicos de rigidez establecidos en una Constitución concreta.

Es innecesario exponer hoy aquí que el Título X y último de nuestra Carta Magna instaura, por un lado, un procedimiento ordinario y, por otro, una vía extraordinaria para la reforma total o para una parcial que afecte al título preliminar, al capítulo segundo, sección primera del Título I, o al Título II. Esta vía extraordinaria por agravada —en ocasiones denominada “de revisión constitucional”¹¹⁰— supone seguir el procedimiento de reforma constitucional en dos legislaturas y la imprescindibilidad de su ratificación en referendium.

Esta vía extraordinaria ha sido criticada por la mayoría de los especialistas¹¹¹ y desde luego crea un mecanismo dotado de tal super-rigidez que se sitúa a la cabeza de los procedimientos europeos dificultativos de una reforma¹¹², con efectos petrificadores para las áreas de la Constitución a que es de aplicación.

Pero con menor frecuencia se habla o escribe sobre que la vía ordinaria del artículo 167 CE, que abarca la mayor parte de la Constitución (varias partes del Título I, y la totalidad de los Títulos, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X), opta por un procedimiento de rigidez fácilmente superable —mayoría absoluta del Senado y mayoría de dos tercios del Congreso, con posibilidad de que se solicite o no la celebración de un referéndum— siempre que se forjen consensos sobre la posible reforma entre los grandes partidos. Pensamos que los constituyentes abrimos esta vía de reforma asequible porque, con visión realista, éramos plenamente conscientes de que, por grandes que fuesen las dosis de reflexión aportadas a la elaboración de la Constitución de 1978, ésta incluía órganos, instituciones y procedimientos plasmados en un texto constitucional

¹⁰⁹ LOEWENSTEIN, CARL, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Ed. Ariel, Barcelona, 1964: 177.

¹¹⁰ PÉREZ ROYO, JAVIER, *La reforma de la Constitución*, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987: 187 y ss.

¹¹¹ JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, año 1979; y RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *op. cit.*: 5. En contra de Jiménez Campo, *vid.* PÉREZ ROYO, JAVIER, *op. cit.*, PÉREZ ROYO, J., “Comentario al artículo 168”, en ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR (director): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Ed. EDERSA y Cortes Generales, Madrid, 1999: 483 y ss.

¹¹² *Vid.* AMÉRIGO ALONSO, J. y JEREZ CALDERÓN, J., “El procedimiento de reforma constitucional en dos legislaturas: Un análisis comparado e histórico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, enero-abril 2006.

por vez primera en nuestra historia, sin que cupiese formular previsiones ciertas sobre el juego real que iban a dar.

La práctica sería la que enseñaría en el futuro posibles defectos e insinuaría el contenido de las reformas pertinentes. Esta apertura a la reforma no podía generar extrañeza alguna, ya que las grandes democracias de la Europa occidental por aquellas fechas ofrecían un panorama en que Alemania, Francia, Italia, Suecia y los restantes países significativos europeos ajustaban, vía reforma, periódicamente sus respectivas constituciones políticas; y no por consideraciones doctrinarias como las de Jefferson sobre la supuesta imposibilidad de que una generación vincule a las futuras a vivir en un determinado sistema político¹¹³, sino por la más realista de que las constituciones deben, como la generalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico, adaptarse a los requerimientos de la realidad. Sólo los libros sagrados se han escrito para permanecer inmutables en el tiempo.

De las anteriores reflexiones se deducen de forma natural algunas conclusiones resumibles así: Para la mayor parte del texto de nuestra Constitución el camino de la reforma es recorrible, ya que está dotado de un grado de rigidez razonable. Los constituyentes, con certero conocimiento de que estaban operando *in vitro* (desde una cultura política libresca y sin el apoyo de una experiencia vital sobre la operativa de unas u otras instituciones democráticas en nuestra áspera piel de toro), con la debida modestia, partían de que el curso de la práctica política pondría de manifiesto ajustes necesarios a abordar mediante el pertinente consenso entre los grandes partidos. Consecuentemente, no establecieron dificultades jurídico-formales de grueso calibre para la reforma. Cuestión distinta es que ésta no parece fácilmente hacedera hoy ante las dificultades para desarrollar un diálogo que fructifique en consenso. Pero de ello vamos a hablar después.

¹¹³ En palabras de RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “la reforma constitucional no es respuesta a una situación patológica, sino un hecho fisiológico... La vieja discusión sobre la imposibilidad ética de que una generación sometiese a su voluntad a las generaciones futuras, que todavía llevó a Jefferson a exigir que la Constitución fuese sometida a plebiscito cada veinticinco años, quedó ya muy atrás. La licitud ética y la conveniencia política de las constituciones rígidas están fuera de cuestión desde hace más de doscientos años. En parte por las razones que ya Madison defendió con elocuencia; en parte por la evidencia de que la rigidez constitucional, por grande que sea, no impide que las generaciones futuras cambien la Constitución sin reformar su texto, limitándose a leerlo de otra forma, o incluso dejando caer en el olvido alguno de sus preceptos”, en “La necesidad de la reforma constitucional”, en AA.VV., *La reforma constitucional*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2005: 27.

V

**APUNTES SOBRE SIGNIFICATIVOS
EXPERIMENTOS DE CONSENSO
DURANTE LA PRIMERA LEGISLATURA**

Creo que puede admitírseme declarar en estrados, en calidad de modesto testigo de cómo se entendió este cometido, ya que desde el inicio de aquella primera legislatura, marzo de 1979, declinando otras responsabilidades, asumí ser el portavoz de UCD en la Comisión Constitucional del Congreso y, poco después, acepté presidir simultáneamente la Comisión de Justicia, que, tras unos meses, se convirtió en Comisión de Justicia e Interior, al absorber a ésta. Consecuentemente, coordiné una parte significativa del quehacer del primer legislador orgánico.

Recordemos cómo se debatieron y acordaron, entre otras, una multitud de leyes que bien recogían formalmente los estatutos de autonomía, bien regulaban el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, o bien estaban llamadas a regir la composición y el funcionamiento de: El Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, la financiación de las comunidades autónomas y tantas otras instituciones o áreas capitales. La mayor parte de esas leyes siguen vigentes treinta años después, algunas en sus propios términos y otras revisadas mediante reformas de muy diverso calado.

Es de justicia levantar acta de que en aquella primera legislatura los grandes partidos estuvieron casi siempre, incómodas excepciones al margen, a la altura del requerimiento que les hacía nuestra *Lex normarum* para cerrar por consenso la obra constituyente. Y puede añadirse que, cuando las circunstancias lo permitieron, buscaron extender el consenso a otros partidos menores y que, cuando la materia afectaba a la médula de la unidad del Estado, se procuraba alcanzar primero un acuerdo básico entre las grandes fuerzas políticas nacionales para, acto seguido, completar el arco del acuerdo con aquellos partidos dotados de menor representación.

Como sabemos, ya en aquellas fechas, la presencia de importantes partidos nacionalistas en Cataluña y en el País Vasco condicionaba la forma de entender la práctica del consenso. Hoy nuestros politólogos parecen inclinarse por describir este fenómeno con la terminología

de sistema multinivel de partidos políticos¹¹⁴, aunque personalmente no considero superada científicamente la explicación que en 1967 expusieron Lipset y Rokkan acerca de que cuando en un régimen político hay partidos nacionalistas el sistema de partidos debe analizarse como bidimensional, y es preciso operar con dos ejes: El primero refleja una dimensión territorial, con oposición entre las élites del sector de la población que se cree cultural e incluso políticamente una nación diferente, que no está cómoda con la posición que ocupa dentro de otra nación de la que espera distanciarse más o menos paulatinamente. Y el segundo expresa la clásica dimensión funcional, sobre actitudes ubicadas a la derecha o a la izquierda a la hora de propugnar fórmulas políticas, en el terreno económico-social y en otros. Lo que ordena el espacio político en una doble dimensión, a la manera de los ejes de abscisas¹¹⁵.

En mi opinión, la forma de construir entre nuestros grandes partidos consensos básicos en materia de leyes orgánicas, a los que se procuraba sumar a los partidos nacionalistas, durante la primera legislatura bien merece una buena tesis doctoral sobre el diálogo y los consensos que se fueron tejiendo al debatir y aprobar la primera edición de nuestras leyes orgánicas, tesis que reflejaría una forma de construir un entramado de acuerdos políticos más rica, compleja y amplia, aunque con límites y dificultades importantes, y bien diferente a la que más tarde se ha practicado.

Acabo de referirme a los problemas y obstáculos con que tropeizamos en la tarea de legisladores orgánicos. Haber esperado otra cosa hubiera sido simplemente utópico. Y ningún constitucionalista puede desconocer la distancia que separa la teoría de la realidad. Posiblemente Platón fue el primer gran apasionado por el ideal utópico de la construcción del gobierno perfecto por parte de reyes sabios y filósofos; pero no olvidemos que, cuando viajó a Siracusa para convertirla en la *ciudad ideal*, acabó vendido como esclavo en Egina y seguramente su gran talento comprendió que, junto a la importancia “de los grandes *principios*” como el del consenso, no debe olvidarse la que un práctico denominaría “la de los *finales*”. Al consensuar aquellas pri-

¹¹⁴ Por ejemplo, LAGO, I. y MONTERO, J.R., “Coordinación entre arenas electorales en países con sistemas políticos multinivel”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 140, abril-junio 2008: 33 y ss.

¹¹⁵ LIPSET, SEYMON M. y ROKKAN, STEIN, “Cleavage Structures, Party Systems”, en LIPSET, S.M. y ROKKAN, S., *Party Systems and Vote Alignments*, 1967.

meras leyes orgánicas, se puso en evidencia que en política es esencial encontrar un equilibrio entre los ideales que nutren la teoría y las dificultades que pueblan la dura realidad y obligan a huir de la inútil especulación¹¹⁶.

Entre mis apuntes de aquellos esfuerzos por trabar consensos en la primera legislatura no faltan algunos singulares, buenos ejemplos de que se puede pecar por exceso en la práctica del consenso, alcanzando arreglos pura y llanamente inconstitucionales.

Traeré brevemente a colación dos casos.

El primero me tocó vivirlo en mi condición de presidente de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso durante el año 1980. Todas las mañanas de los miércoles acudía a una reunión con el equipo directivo del Ministerio del Interior, presidida por su entonces titular. Progresivamente, se fueron amontonando sobre la mesa propuestas legislativas para facilitar la acción policial en la dura lucha contra las organizaciones terroristas, que por aquel entonces cometían atentados atroces en alto número; se aspiraba a dictar algunas en desarrollo de los artículos 55 ó 166 de la Constitución, con excesos que me esforcé por atemperar. Otra iniciativa, muy singular, se construyó mediante unas ingeniosas extensiones de los supuestos de delitos flagrantes a otros de muy diversa naturaleza, a los que se pretendía una aplicación por vía de interpretación analógica para obviar la previa autorización judicial en la profanación de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones.

Cuando, en sucesivas reuniones, me opuse al intento por su notoria inconstitucionalidad, el argumento de los altos cargos del Ministerio, ante el atento silencio del Ministro Sr. Rosón, fue el de que habían alcanzado un consenso suficiente *ad hoc* con el principal partido de la oposición y el único obstáculo eran mis deformaciones de constitucionalista. Ante mi férrea terquedad, se creó una incómoda situación, de la que nos sacó el Ministro con la afirmación galaica de que todos estábamos en nuestro papel. A lo que añadió socarronamente que, en su

¹¹⁶ Aún hoy conservan plena vigencia, a nuestro juicio, las reflexiones que sobre el realismo en la teoría política formuló NIEMEYER, GERHART en su *Prólogo* a la obra capital de HELLER, HERMAN, *Teoría del Estado*, trad. española, 5.ª ed. México, 1963, particularmente: 8 y ss. Así mismo, *vid.* FRIEDRICH, CARL J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, trad. española de la 4.ª ed., Madrid, 1975, *vid.*, especialmente, vol. I: 29 a 91; y BURDEAU, GEORGES, *Traité de Science politique*, 2.ª ed., París, 1966, en especial, vol. I: 22 a 25.

condición de modesto alumno de las largas clases que yo había impartido en aquel “aula” (*sic*), él había quedado preocupado porque se temía que me podía asistir la razón.

Aquellos folios plagados de ocurrencias se guardaron en alguna carpeta ministerial, hasta que unos años después los propios tecnócratas del Departamento los desempolvamos para ofrecérselos como bálsamo de Fierabrás al Ministro Sr. Corcuera, que los acogió con gran entusiasmo para aprobar la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección ciudadana (bautizada por la prensa como “Ley de patada en la puerta”), declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre.

Pero los excesos en la procreación de consensos inconstitucionales no siempre provenían de un Ministerio, tensionado *per natura*, como sin duda lo es Interior. Tras el 23 F, continuando yo como portavoz de UCD en la Comisión de Asuntos Constitucionales, me encontré con que un Ministro de nuestro Gobierno centrista, políticamente muy influyente, había descubierto un atajo para resolver los problemas del Estado autonómico, había alcanzado un consenso con el principal partido de la oposición y había solicitado un *dictamen de parte* a prestigiosos profesores de Derecho Administrativo, que avalaban y pulían aquella vía. Tras por mi parte trasladar sin el menor éxito que aquella solución legislativa me parecía inconstitucional, cuanto logré fue quedarme fuera de la ponencia que había de debatir el proyecto de la ley que se denominó “Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico”, en siglas: LOAPA¹¹⁷. Llegado el momento del debate en comisión sobre aquel invento, pedí reunirme con el Ministro para convencerle de que aquello carecía de todo encaje constitucional, a lo que se me replicó que, ya que yo era un amante del principio del consenso, debía dejarme de exquisitices constitucionales y asumir que el proyecto estaba ampliamente consensuado, término que a la sazón era traducible por que había sido objeto de bendición *urbi et orbi* por el partido de la oposición, aunque éste presumiese de su laicidad. Comprendí que no eran tiempos parlamentarios para un modesto constitucionalista de corta imaginación y presenté sobre la marcha al Ministro mi dimisión como portavoz del grupo parlamentario del Gobierno en la Comisión Constitucional del Congreso. La Ley murió poco después de aquella

¹¹⁷ Aprobada con fecha 30-VI-1982.

sobredosis de consenso. El Tribunal Constitucional¹¹⁸ declaró que no podía tener carácter de ley orgánica, ni condición de ley armonizadora y declaró igualmente inconstitucionales las partes significativas de su contenido dispositivo, incluyendo hasta el título de la ley. Había sobrado consenso, aunque había faltado el suficiente para seguir el único camino técnico-jurídico transitable al efecto: el de la reforma constitucional.

Cambiando el tercio, de las leyes orgánicas a las ordinarias, anotemos que en aquella primera legislatura éramos conscientes de que en la Constitución de 1978 habíamos pretendido, mediante las numerosas reservas de ley, que estas fuentes del Derecho estuvieran legitimadas por la libertad, anchura y calidad de los debates, sin rodillos ni cortapisas ortopédicas. Y es cierto que estos fueron habituales durante la primera legislatura en todas las leyes ordinarias significativas, empezando por la reforma del Código Civil. En suma, ello fue posible en la novicia palestra parlamentaria de nuestra naciente democracia.

Pero, a la hora de emitir unas breves glosas sobre la práctica del consenso en la primera legislatura, es obligado traer a colación la forma en que se plasmó un acuerdo impecable para el nombramiento de los componentes del primer Tribunal Constitucional. El Gobierno y la oposición optaron por consensuar la totalidad de los magistrados, incluyendo los dos cuya designación correspondía al Gobierno, y logrando que el consenso se encarnase en juristas dotados del máximo nivel de prestigio en sus respectivas especialidades¹¹⁹.

¹¹⁸ STC 76/1983, de 5 de agosto, que prácticamente aceptó por entero los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y por la Generalitat de Cataluña. Declaró la nulidad de 14 de sus 38 artículos.

¹¹⁹ Así, el Congreso de los Diputados eligió a D. Manuel Díez de Velasco, D. Aurelio Menéndez, D. Francisco Rubio Llorente y D. Francisco Tomás y Valiente. El Senado eligió a D.^a Gloria Begué, D. Luis Díez Picazo, D. Manuel García Pelayo y D. Ángel Latorre, todos ellos, como es notorio, catedráticos de diferentes facultades de Derecho de nuestras universidades de la época. Tras la pronta dimisión de D. Aurelio Menéndez, el Congreso de los Diputados eligió a D. Antonio Truyol, también catedrático de Universidad. Por su parte, el Gobierno designó a D. Rafael Gómez-Ferrer y a D. Jerónimo Arozamena, el primero catedrático y el segundo magistrado. Seguidamente, el Consejo General del Poder Judicial eligió a D. Ángel Escudero y a D. Plácido Fernández Viagas, naturalmente ambos de la carrera judicial. En cuanto a la elección de estos dos últimos magistrados por el CGPJ, ciertamente hubo consenso pleno, pero enteramente ajeno a la dinámica política.

RR.DD. 301/1980 a 310/1980, de 14 de febrero. *BOE*, núm. 46 de 22 de febrero: 4160 y 4161, con los nombramientos de los miembros del Tribunal Constitucional propuestos por el Congreso de los Diputados, el Senado y el Gobierno.

RR.DD. 2514 y 2515/1980, de 7 de noviembre. *BOE*, núm. 278, de 19 de noviembre: 25855, con el nombramiento de los dos magistrados propuestos por el Consejo General del Poder Judicial.

En aquella ocasión se demostró que el consenso era viable y alcanzable con rapidez, al tiempo que se obtenía el más alto nivel en cuanto a la competencia de los nuevos magistrados y la sobresaliente calidad de la doctrina que sentaron en sus resoluciones de toda índole. Y, lo que era muy importante, ningún magistrado debía el nombramiento a un grupo parlamentario o a un partido político. Con ello se resolvió el problema que abrumaba al padre de la justicia constitucional concentrada en un Tribunal Constitucional, Hans Kelsen, quien dejó constancia escrita de su preocupación por la necesidad de evitar lo que denominaba *una influencia oculta e incontrolable de los partidos políticos sobre el Tribunal Constitucional*¹²⁰.

No es preciso abusar de la paciencia de todos Vds. rememorando la forma análoga de amplio consenso que enmarcó la primera composición del Consejo General del Poder Judicial.

Sin embargo, sabido es que la forma en que posteriormente se han configurado los acuerdos de proposición de magistrados del Tribunal Constitucional y de miembros del Consejo General del Poder Judicial en ambas cámaras parlamentarias no han gozado de la misma calidad de consenso, y sobre ello hemos de volver.

¹²⁰ HELSEN, HANS, "Quién debe ser el defensor de la Constitución", en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, trad. española, Ed. Tecnos, Madrid, 2009: 289 y ss.

VI

NOTAS SOBRE LA SEGUNDA Y ULTERIORES LEGISLATURAS: DISCORDIA Y VIDA POLÍTICA EN LA PRÁCTICA DE NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Pasemos ahora a observar ciertas dificultades para la práctica del diálogo y el logro de consensos que, *prima facie*, partieron de la gran mayoría absoluta que soportó al Gobierno investido en el arranque de la segunda legislatura. Pero que también pueden tener raíces que se extiendan a cuestiones más complejas que la mera aritmética parlamentaria. Estas dificultades parecen haberse ido acrecentando en los últimos lustros, con independencia de que los gobiernos se encontrasen apoyados, o no, en mayorías monocolors absolutas.

Sólo un observador muy ingenuo podía pensar que entre nosotros la Constitución de 1978 *había conquistado la práctica del diálogo y la concordia y las había instalado* en nuestra convivencia política para siempre. En palabras de un prestigioso hispanista, “el éxito nunca es definitivo”. Centremos consecuentemente nuestra visión en la distancia que separa, de un lado, las esperanzas y las pretensiones que los constituyentes concebimos acerca del desenvolvimiento futuro del diálogo y el consenso para el desarrollo de nuestra vida política, a que nos hemos venido refiriendo, y de otro, lo que ha dado de sí la práctica aplicativa de la Constitución en el ruedo de la fiesta política nacional, una vez olvidado el clima constituyente.

Fijémonos en particular en el estado en que en los últimos años se encuentran los caminos —que ya hemos mencionado— para aprobar leyes orgánicas, para desarrollar la democracia deliberativa en las cámaras parlamentarias al calor del debate sobre las nuevas leyes, para concertar los nombres de las personas que han de componer los órganos colegiados constitucionales o para discutir sobre la pertinencia de ir reformando la Constitución para adaptarla a las demandas y experiencias de la realidad.

Un interesante tema sugerible a un joven constitucionalista para abordar en su tesis doctoral sería un estudio comparado entre cómo se debatieron y consensuaron las leyes orgánicas en la primera legislatura, materia a la que nos hemos referido anteriormente, y cómo se tramitaron y aprobaron en las últimas legislaturas este mismo tipo de leyes.

Para dar una idea básica de la distancia que separa los conciertos alcanzados en la primera legislatura de los monólogos preponderantes en las siguientes legislaturas voy a limitarme a facilitar algunos datos: una vez transcurrida la primera legislatura, todos los años últimos de cada legislatura sucesiva, con independencia del color de Gobierno, suelen ser años *record* en el elevado número de leyes aprobadas, incluido un alto cupo de orgánicas, lo que forma parte de la respectiva estrategia del partido en el Gobierno en los prolegómenos de cada campaña preelectoral. Así, constatemos, por vía de ejemplo, que en el último año de la V Legislatura, con gobierno minoritario socialista, se aprobaron setenta y una leyes, de las que dieciocho eran orgánicas, pactadas por lo general sólo con partidos pequeños; en el último año de la VI Legislatura, con gobierno minoritario popular, se aprobaron setenta leyes, de las que cinco eran orgánicas, pactadas de ordinario también con partidos pequeños; en el último año de la VII Legislatura, con gobierno mayoritario popular, se aprobaron ochenta y dos leyes, y la mayoría monocolor permitió que veinte fuesen orgánicas sin precisarse de particulares consensos, y en 2007, último año de la VIII Legislatura, con gobierno minoritario socialista, se aprobaron sesenta y ocho leyes, de las que dieciséis eran orgánicas, consensuadas con pequeños partidos.

Si acuñásemos una teoría sobre cómo se constitucionalizaron implícitamente límites a la confrontación política entre Gobierno y oposición, ciertamente los requerimientos de consenso en torno a las leyes orgánicas merecerían un importante capítulo. Pero la lucha partidista podía desbordar, como efectivamente ha hecho, tales barricadas de papel para convertir, de ordinario, tan sustanciales supuestos de legislación cualificada por su condición de orgánica en simples armas electorales, montadas, de la mano de partidos menores, para ser utilizadas en la apertura de la batalla de los correspondientes comicios contra el gran partido opositor de turno, aunque sea obligado mencionar la excepción del amplio consenso que arropó la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, de 19 de junio.

Pero las carencias de consenso fueron ya siempre más numerosas que los acuerdos. Incluso nunca se ha llegado a consensuar, tramitar y aprobar “el Reglamento de las Cortes Generales”, previsto, junto a los reglamentos de cada cámara en el artículo 72.2 CE¹²¹.

¹²¹ Vid. PÉREZ-SERRANO JAUREGUI, NICOLÁS, “Constitución y constitucionalismo hoy”, en *Libro bomenaje al cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo*, Madrid, 1999: 266 a 271.

Si propusiésemos a otro doctorando que elaborase su tesis analizando analogías y diferencias entre la forma en que se discutían en Ponencia, Comisión y Pleno las leyes ordinarias en cada una de nuestras dos cámaras legislativas, de un lado, en la primera legislatura y, de otro, en las siguientes, nos haría observar que el procedimiento legislativo de las cámaras se ha ido menguando hasta dejarlo en un mínimo que se considera formalmente imprescindible, toda vez que se parte de la premisa de que los debates profundos constituyen un lujo inútil que debe ser evitado. Si ello fuese prueba de austeridad pública seríamos un gran modelo a exhibir. Lástima que no sea el caso.

Incluso, en ocasiones, los proyectos de ley más significativos tienen exposiciones de motivos retóricas, con ribetes doctrinarios e incluso catequéticos que denotan la inspiración partidista de la norma y dificultan el diálogo con la oposición en sede parlamentaria, y en ese sentido se ha pronunciado recientemente el Consejo de Estado, que llega a sugerir “evitar, en todo lo posible, en la exposición de motivos y sobre todo en el texto normativo las declaraciones de principio y las definiciones doctrinales”¹²².

Por otro lado, en lo referente a la cobertura de las vacantes del Tribunal Constitucional ya sabemos que ambas cámaras parlamentarias han de formular su propuesta mediante una mayoría cualificada de tres quintos de sus miembros, lo que obviamente demanda que la mayoría gubernamental consensúe tales nombramientos. Hemos hablado del pleno consenso con que se procedió a designar a los primeros magistrados que integraron el Tribunal. Ahora no podemos sino constatar que los usos políticos aplicativos del artículo 159 de la Constitución han derivado, en la mayor parte de los casos, en una dirección bien diferente. Actualmente, es práctica habitual que, cuando llega el momento de renovar las cuatro vacantes que corresponde cubrir a una de las cámaras, el partido político que está asumiendo la responsabilidad de gobernar se considere con derecho a cubrir dos vacantes con juristas de su confianza. A la vez se reconoce al principal partido de la oposición

¹²² CONSEJO DE ESTADO, Informe, de fecha 17-IX-2009, sobre el *anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo*, pp. *in fine*. En este informe se sostiene: “La ley suele ser, afirma la experiencia, más sabia que el legislador y por ello puede ser útil separar la lógica interna del texto y de su contexto —lo que se ha denominado canon de inmanencia— de lo que fuese la primitiva intención política de los autores de la ley, en ocasiones harto frecuentes muy lejana de la realidad actual del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, esto es lo que la doctrina ha denominado canon de consonancia (*vid.* Código Civil, artículo 3)”.

el derecho de designar a otro y, *de facto*, sólo el cuarto es objeto de detallado diálogo y subsiguiente consenso.

La práctica anterior tiene una modalidad algo más compleja en aquellas legislaturas en que el partido gobernante obtuvo en las elecciones generales una mayoría parlamentaria no absoluta. En tales casos, el partido con mayor número de escaños en el Congreso ha solido cerrar algún acuerdo con algún pequeño partido para poder gozar de la mayoría cualificada requerida.

Tales dinámicas, que hemos procurado relatar con parquedad, pueden resumirse en la afirmación de que la *lotización* convenida entre los partidos para cubrir, por ejemplo, los órganos colegiados de las Cajas de Ahorros se ha convertido en una filosofía política de general aplicación, a la que no escapa en verdad la composición de los *órganos constitucionales*, empezando por la del Tribunal Constitucional, pese a las trascendentales misiones que le están confiadas por la propia Constitución.

El principal problema que emana de esta realidad radica en que, en buena parte de casos, en la propuesta de los miembros del Tribunal pesa, junto a su reconocida competencia —que, obviamente, se reconoce en todo caso por el hecho del nombramiento—, su *reconocida afinidad* si no con la organización del partido que los propone, al menos con algunas de sus actitudes básicas. Aunque, desde luego, la nota habitual es que los miembros gocen del mejor nivel como juristas. Pero si comparamos esta dinámica con la seguida para la primera configuración del alto Tribunal, parece obvio que aquélla aseguraba mejor la autonomía de los magistrados constitucionales respecto de los diversos partidos y que también permitía reunir al mejor plantel de juristas disponibles al efecto.

No obstante, puestos a ser honrados, hemos de reconocer que nuestras discutibles prácticas no son un tortuoso invento de la clase política española, sino que tienen significativos precedentes en la forma de cubrir las vacantes seguida en los tribunales constitucionales que nos han servido de modelo, el italiano y el alemán especialmente.

En efecto, la mayoría cualificada es exigida por la ley italiana¹²³, junto a otros requisitos, como el voto secreto, que parecen buscar una

¹²³ En artículo 3.º de la ley constitucional núm. 2, de 22 de noviembre de 1967, dispone: “Los Jueces del Tribunal Constitucional que nombra el Parlamento son elegidos en sesión conjunta de las dos Cámaras, mediante escrutinio secreto y por mayoría de dos tercios de los componentes de la Asamblea. Para las votaciones sucesivas a la tercera será suficiente la mayoría de los tres quintos de los componentes de la Asamblea”.

elección de magistrados constitucionales del máximo prestigio, al margen de sus vínculos con los grandes partidos. Sin embargo, la realidad ha ofrecido un panorama bien diferente, que en palabras del profesor Pizzorusso se describía en 1999 así: “No están previstas candidaturas, pero en el caso del Parlamento generalmente se reconoce a favor de los partidos mayores un derecho de propuesta, según una convención no escrita, actualmente en curso de modificación como consecuencia de los cambios que se han producido en los últimos años en las fuerzas políticas. La convención vigente hasta 1992, ante una fuerte estabilidad de los resultados electorales, preveía que el derecho de propuesta correspondiese a la Democracia Cristiana para dos puestos, al Partido Comunista y al Partido Socialista para uno cada uno y a los partidos *laicos menores* (Partido Republicano, Partido Liberal y Partido Socialdemócrata), por turno, para el último puesto. Después de 1992, tres puestos (precedentemente ocupados por un candidato de la Democracia Cristiana, por uno del Partido Comunista y por otro del Partido Republicano) se asignaron a un candidato del *Ulivo*, a uno del partido del diputado Berlusconi y a otro de Alianza Nacional (ex Movimiento Social Italiano, que con anterioridad nunca había logrado candidatos propios)”¹²⁴. En definitiva, el régimen italiano, aunque severamente atemperado por la independencia de los cinco magistrados constitucionales nombrados por el Presidente de la República y, en menor medida, por la indisciplina reinante en ocasiones en el seno de los respectivos grupos parlamentarios, ha derivado hacia un sistema de cuotas que vacía en la práctica buena parte del significado de la exigencia constitucional de una mayoría cualificada para estos nombramientos.

Si tornamos la vista hacia Alemania, observamos que formalmente¹²⁵ los jueces del Tribunal Constitucional propuestos por el *Bundestag* son elegidos mediante elección indirecta, ya que esta Cámara baja elige un colegio electoral de doce compromisarios que es el que formula las propuestas, requiriéndose para ser elegido juez constitucional al menos ocho votos, equivalentes a una mayoría de dos tercios. A su vez, el *Bundesrat* elige la otra mitad de los jueces constitucionales mediante mayoría cualificada de dos tercios¹²⁶. Ahora bien, si buceamos bajo la letra de

¹²⁴ PIZZORUSSO, ALESSANDRO, “La Justicia Constitucional en Italia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, año 1999: 158.

¹²⁵ Artículo 6.º del Texto de Ley Refundido sobre el Tribunal Constitucional Federal, de 3-II-1971.

¹²⁶ Artículo 7.º de la Ley citada en la nota anterior.

la Ley para escudriñar el sistema real de nombramiento de los jueces constitucionales alemanes observaremos con facilidad que los dos grandes partidos, CDU (con la suma de la CSU bávara) y SPD, llevan décadas designando cada uno de ellos tres candidatos por cada Sala, que se adjetivan, curiosa y preocupantemente (si volvemos la oración por pasiva), de *neutrales* y que son elegidos alternativamente por los mismos dos grandes partidos políticos. El mecanismo se completa con la convención de que cuando uno de esos grandes partidos gobierna con el apoyo de un partido menor cede a favor de éste el derecho de presentación de un candidato, de lo que durante algunas legislaturas se beneficiaron los liberales o los verdes. La disciplina germánica no suele dejar resquicios a la emoción que en Italia han aportado en ocasiones las prácticas hiperdemocráticas intra partidarias, es decir, a la indisciplina grupocrática al amparo del voto secreto.

Hay que completar la exposición precedente de las convenciones constitucionales, si es que pueden ser así denominadas, vigentes en Italia y Alemania con una reflexión. Efectivamente, las prácticas *lotizadoras* de la *grupocracia* imperante en el parlamentarismo español hunden sus raíces en las de muy análogo corte de los modelos constitucionales contemplados a la hora de establecer en nuestra Constitución de 1978 el Tribunal Constitucional, donde la *lotización* es una realidad innegable; pero en ambos países, al cubrir las vacantes, no falta diálogo y consenso, obviando los espectáculos de bloqueo de las renovaciones y largos períodos de prórroga en sus butacas de los magistrados cuyo mandato ha expirado, amén de que en Alemania se estableció, en evitación de espectáculos tan poco edificantes, un régimen alternativo de nombramientos que subviene a eventuales bloqueos¹²⁷.

Lo más preocupante del panorama patrio quizá sea que el incumplimiento de los plazos de nombramientos para cubrir vacantes es el fruto de una ausencia de prácticas de consenso, una vez plenamente implantado y consolidado el conflicto crónico como connatural a la lucha política. Efectivamente, de las cinco renovaciones por las cáma-

¹²⁷ Artículo 7.º bis de la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional alemán. *Vid.* otros mecanismos establecidos en diferentes países occidentales para salir al paso a eventuales faltas de acuerdo en el interesante trabajo colectivo del SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (debatido el 3-VII-2000 en la sede del propio Tribunal), "Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, año 2001: 209 y ss.

ras de nuestras Cortes, relativas a bloques de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, todas han supuesto un incremento del retraso de los nombramientos respecto al proceso vivido en la renovación anterior, con la única excepción de la materializada en noviembre de 2001 en el Congreso de los Diputados, en que el consenso “sólo” se demoró cuatro meses respecto del plazo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En el momento en que terminamos de redactar este discurso se está batiendo un nuevo *record* de duración de la *prorrogatio* del mantenimiento en la función de magistrados que fueron elegidos por un período de tiempo consumido en fecha casi inmemorial.

No necesito entretener mucho más la docta atención de los presentes para decirles que la alergia al consenso que se vive a la hora de cubrir vacantes, por expiración del mandato, en el Consejo General del Poder Judicial es una patología idéntica a la descrita respecto del Tribunal Constitucional. Efectivamente, las cinco renovaciones producidas en el seno de este alto órgano de “gobierno del Poder Judicial”, se han ido demorando cada vez más, también con la única excepción de la que tuvo lugar en noviembre de 2001, y produciéndose un grave retraso en la última renovación, que, por cierto, ha permitido un debate con andanadas de alta escuela entre los profesores Santamaría Pastor y Aguiar de Luque¹²⁹ acerca de la figura de la *prorrogatio* en estos trances.

Del caso del Tribunal de Cuentas debe decirse, en cambio, que estos problemas se han producido en grado mínimo, pues el consenso en su seno ha solido subsistir en términos encomiables, pese a que el ambiente general en que ha de desenvolverse el acuerdo no pareciese propicio.

Nos resta repasar la notoria incapacidad de lograr la reforma de nuestra Constitución en sus más de treinta años de vigencia, más allá del puntual retoque con dos palabras del artículo 13.2 de nuestra Constitución¹³⁰ por su incompatibilidad con el artículo 8.B,1 del Tratado de

¹²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, “La prorrogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, septiembre-diciembre 2008: 11 y ss.

¹²⁹ AGUIAR DE LUQUE, LUIS, “Una nueva reflexión sobre la prorrogatio de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J.A. Santamaría”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, año 2009: 83 y ss.

¹³⁰ Que se limitaba a añadir a la expresión “...para el derecho de sufragio activo...” las palabras: “y *pasivo*”. Reforma de 27-VIII-1992.

Maastricht¹³¹. El que este supuesto, único hasta el presente, de reforma de nuestro texto constitucional se tramitase al abrigo del procedimiento de reforma simple (art. 167 CE) es plenamente lógico. No lo es tanto que se modificase el texto constitucional sin que mediase debate parlamentario de ningún género¹³².

Por un lado, afloró la resistencia de nuestra élite política a reflexionar y debatir sobre si el Tratado de Maastricht abría una necesidad o conveniencia de adaptar la Constitución nacional a los progresos de la integración europea. Por otro, al mismo tiempo, en buena parte de los países miembros de la Unión, encabezados por Alemania y Francia, se había abierto un gran diálogo sobre cómo afrontar la cuestión de la adaptación, por consenso, de las respectivas constituciones a la realidad del nuevo marco europeo. Se afrontó una discusión política de altura sobre si afectaba a las bases de los respectivos estados de Derecho la transferencia de nuevas competencias a las instancias europeas, sobre si la Constitución recibía algún impacto por la desaparición de la respectiva moneda nacional y la pérdida de competencias sobre la política monetaria. En suma, en estos lares nadie quiso ni enterarse de que en el país cabecera de la Unión, Alemania, el debate había desembocado en un consenso para actualizar, mediante la oportuna reforma, los artículos 23, 24, 45, 50 y 52 de la Ley Fundamental de Bonn. Otros países que nos son muy próximos, como Francia (reforma constitucional por Ley Constitucional 554/1992, de 25 de junio) y Portugal (su tercera reforma constitucional, por Ley Constitucional 1/1992, de 25 de noviembre), siguieron dinámica análoga a la alemana, pero nosotros no pudimos hacerlo. Simplemente, nuestras fuerzas políticas habían perdido la ilusión y la esperanza de poder engendrar nuevos diálogos y consensos

¹³¹ Vid. ARAGÓN REYES, MANUEL, "La Constitución Española y el Tratado de la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, año 1994: 9 y ss. También, LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, "Maastricht y la problemática de la reforma constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, año 1993: 143 y ss.; PÉREZ TREMPES, PABLO, "Las condiciones constitucionales al proceso de ratificación al Tratado de Maastricht en el Derecho Comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 18, año 1994. Así como WEBER, ALBRECHT, "El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, año 1995: 31 y ss.

¹³² Al término de la votación, ya fuera del hemiciclo, el portavoz del PNV en el Congreso de los Diputados declaró socarronamente a la prensa que tomaban buena nota de que se podía reformar la Constitución "en forma tan simple y tan discreta".

constitucionales de altura, aunque su alcance fuera el de una simple reforma adaptativa.

He traído a colación el momento de la ratificación del Tratado de Maastricht porque fue común para todos los países miembros de pleno derecho de la Unión Europea, y el contraste entre la unidad del escenario y la divergente forma de comportarse los representantes políticos españoles respecto de sus homólogos de los principales estados europeos fue muy llamativo. Pero estamos lejos de reflejar una fotografía instantánea correspondiente a un raro segundo.

Desde la fase de la aprobación de las diferentes constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial, éstas han estado sujetas a un constante proceso de adaptación a las circunstancias cambiantes que configura una larga película formada por centenares de imágenes de otros tantos procesos de reformas constitucionales, unas veces más de detalle y otras en que se aborda con amplitud la revisión de la composición de órganos constitucionales, su funcionamiento o procedimientos de interrelación.

Con unos brochazos podemos abocetar este panorama fecundamente revisionista. La Constitución Austriaca de 1929, por poner un ejemplo de solera, se ha modificado en unas setenta ocasiones.

La Constitución Belga de 1831, tras casi un centenar de reformas, fue objeto de un texto refundido el 17 de febrero de 1994, que ya ha conocido nuevas reformas.

En Italia, las reformas acometidas en su Constitución de 1947 son casi innumerables. La última importante, y *non nata*, fue la aprobada por el Parlamento italiano el 16 de noviembre de 2005, instada por el Gobierno italiano del momento con ambición de introducir cambios en amplias zonas de la parte orgánica de la Constitución, incluyendo las relaciones entre el Estado y las regiones, o la reformulación del Senado, que finalmente no prosperó, ante el resultado adverso registrado en el referéndum subsiguiente.

La Constitución Francesa de 1958 ha superado ya la veintena de reformas constitucionales, con su consiguiente modernización.

Pero quizá la Constitución europea con mayor aureola entre los constitucionalistas españoles sea la alemana Ley Fundamental de Bonn de 1949, modelo de norma permanentemente actualizada y mejorada por las fuerzas políticas. Efectivamente, ha sido objeto de revisión y mejora en cincuenta y siete ocasiones, terminando el cómputo en la de 29 de julio de 2009, última aprobada en los momentos en que redacta-

mos este discurso¹³³. Alguien podría hacernos notar, con razón, que el logro del consenso para la revisión de la Ley Fundamental no siempre fue fácil y que así, por ejemplo, sus dos cámaras legislativas crearon, en los días 16 y 17 de octubre de 2003, una Comisión conjunta cuyo objetivo, conforme al artículo segundo de aquellos acuerdos, era elaborar propuestas tendentes a la modernización del régimen federal de la República Federal de Alemania y, en lo que las sugerencias afectasen a

¹³³ Las fechas de las reformas de la Ley Fundamental de Bonn y los preceptos respectivamente objeto de reforma son los que pasamos a mencionar. El cuadro que presentamos enseña bien a las claras que estamos ante un proceso de permanente mejora y actualización de la norma constitucional.

REFORMA NÚMERO	FECHA	ARTÍCULOS DE LA LEY FUNDAMENTAL REFORMADOS
1	30-VIII-1951	143
2	14-VIII-1952	120, a
3	20-IV-1953	107
4	26-III-1954	73, 79 y 142 a
5	25-XII-1954	107
6	23-XII-1955	106 y 107
7	19-III-1956	1, 12, 36, 49, 60, 96, 137, 17 a, 45 a, 45 b, 59, a, 65 a, 87 a, 87 b, 96 a y 143
8	24-XII-1956	106
9	22-X-1957	135 a
10	23-XII-1959	74
11	6-II-1961	
12	6-III-1961	96 a
13	16-VI-1965	74
14	30-VII-1965	120
15	8-VI-1967	109
16	18-VI-1968	92, 95, 96, 99 y 100
17	24-VI-1968	9, 10-12, 19, 20, 35, 53 a, 59 a, 65 a, 73, 80 a, 87 a, 91115 a, 142 a, y 143
18	15-XI-1968	76 y 77
19	29-I-1969	93 y 94
20	12-V-1969	109, 110, 112-115
21	12-V-1969	91 a, 91 b, 104 a, 105-108, 115 c, y 115 k,
22	12-V-1969	74, 7
23	12-VII-1969	76
24	28-VII-1969	120
25	19-VIII-1969	29
26	26-VIII-1969	96
27	31-VII-1970	38, 91 a
28	18-III-1971	75 y 98
29	18-III-1971	74
30	12-IV-1972	74
31	28-VII-1972	35, 73, 74 y 87

la reforma de la Ley Fundamental, debía de proponer fórmulas concretas. El plazo que se le concedía al efecto expiraba a fin del 2004, dentro del cual la presidencia de la Comisión levantó acta de la imposibilidad de alcanzar el consenso necesario¹³⁴.

Pero los partidos alemanes, conscientes de que la reforma de su federalismo era necesaria, continuaron buscando soluciones funcionales para su modernización que pudieran adoptarse por consenso. Y así el día 7 de julio de 2006 el *Bundesrat*, con la abrumadora mayoría de sesenta y dos votos a favor de los sesenta y nueve posibles, aprobó la más importante reforma de la Ley Fundamental de Bonn de entre las

REFORMA NÚMERO	FECHA	ARTÍCULOS DE LA LEY FUNDAMENTAL REFORMADOS
32	15-VII-1975	45 c
33	23-VIII-1976	29, 39, 45 y 49
34	23-VIII-1976	74
35	21-XII-1983	21
36	23-IX-1990	Preámbulo, 23, 51, 135 a, 143 y 146
37	14-VII-1992	87 d
38	21-XII-1992	23, 24, 28, 45, 50, 52, 88, 115
39	28-VI-1993	16 y 18
40	20-XII-1993	73, 74, 80, 87, 106 a, y 143 a
41	30-VIII-1994	73, 80, 87, 106 a, y 143 a
42	27-X-1994	3, 20 a, 28, 29, 72, 74, 75-77, 80, 87, 93, 118 a y 125 a
43	3-XI-1995	106
44	20-X-1997	28 y 106
45	26-III-1998	13
46	16-VII-1998	39
47	29-XI-2000	16
48	19-XII-2000	12 a
49	26-XI-2001	108
50	26-VII-2002	20 a
51	26-VII-2002	96
52	28-VIII-2006	22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 75, 84, 85, 87 c, 91, 93, 98, 104, 105, 107, 109, 125 y 143 c
53	8-X-2008	2 y 6 (i)
54	19-III-2009	106, 107 y 108
55	17-VII-2009	45 d
56	29-VII-2009	87 d
57	29-VII-2009	91, 104 b, 109, 115 y 143 d

¹³⁴ Lo que se suscribió el 17-XII-2004. Sobre esta reforma *non nata* de la Ley Fundamental alemana, *vid.* GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO, "La fallida reforma del federalismo alemán", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, año 2005: 377 y ss., donde el lector encontrará una ordenada exposición de la problemática de esta reforma, de los trabajos de la Comisión y de las propuestas que se debatieron.

numerosísimas que se han introducido en ella a lo largo de sesenta años de vigencia. La reforma oficialmente persiguió “solventar los obstáculos en las relaciones entre la Federación y los *Länder* para asegurar el carácter democrático y eficiente de las mismas, delimitar responsabilidades de manera más clara y reequilibrar los elementos federales de la solidaridad y la cooperación, de un lado, y la competencia, de otro, con el fin de optimizar la capacidad de decisión y de actuación, tanto de la Federación como de los *Länder*; así como de los entes locales”¹³⁵. La reforma no podemos glosarla aquí, pero baste mencionar que reduce el poder de bloqueo de los *Länder* en el Senado, reordena las competencias legislativas de la Federación, de los *Länder* y las llamadas competencias concurrentes, se suprime la “legislación marco”, se garantiza una cierta protección financiera a los entes locales y se ponen las bases para una futura reforma de la “Constitución económica”, entre otras reformas significativas, para comprender la ambición con que se ha acometido con éxito la racionalización del federalismo alemán.

Ningún español necesita que le expliquen que nuestro Estado autonómico agradecería un esfuerzo racionalizador, alentado, de una parte, por análogo rigor y profundidad en el estudio de los problemas, con participación de los mejores especialistas disponibles en Derecho público y, de otro lado, con ilimitadas dosis de diálogo y generosidad para lograr un consenso no aparente, sino real, para mejorar la calidad de su funcionamiento y el ejercicio de la autonomía en el marco de la solidaridad.

Pero nuestra Constitución de 1978 lleva más de treinta años sin ser objeto de un esfuerzo de mejora. Es demasiado tiempo sin “pensar en grande”, para decirlo en palabras de D. José Ortega. Y es el único caso de tal pasividad que se observa en el ancho campo de las grandes democracias europeas, porque la actual Grecia, que es en esto otra excepción similar a la nuestra, no esté claro que pueda ser objeto de tal calificación. Y es cierto que Bélgica¹³⁶ nos hace compañía en el capítulo

¹³⁵ BT Drucksache 16/813, de 7-III-2006: 7. Sobre esta reforma, *vid.* MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES, “La reforma del federalismo alemán. Una visión general”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, año 2006: 337 y ss.

¹³⁶ Su Constitución de 17 de febrero de 1994 no parece haber reducido la gravedad de la crisis de gobierno cuasi permanente que vive esta Nación. *Vid.* SÁNCHEZ NAVARRO, ÁNGEL J., “Actualidad política y constitucional belga (2007-2008): Apuntes para entender una crisis”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, año 2008: 381 y ss. También, véanse las notas a la Constitución Belga de RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y DARANAS PELÁEZ, MARIANO (editores), en *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ed. Ariel, Barcelona, 2007.

de países de Europa occidental con una problemática de ordenación territorial del poder no solventada en términos sobresalientes. Pero el caso belga quizás es de mayor complejidad objetiva que el nuestro por el predominio de fuerzas centrífugas que hacen difícil lograr entendimientos entre los partidos flamencos y los francófonos. Obviamente, nosotros tenemos en nuestra cartografía política partidos nacionalistas de carácter centrífugo, pero a ello se suma la nota preocupante de que la dificultad de diálogo, desde hace lustros, es altísima entre los partidos ubicados en el eje derecha-izquierda.

De lo expuesto cabe al menos extraer una clara conclusión: la capacidad que tienen las democracias de nuestra época de reformar sus constituciones, es decir, de modernizarlas y solventar con fórmulas eficaces las disfuncionalidades detectadas, guarda una correlación estrecha con el nivel de calidad de su sistema político y, a la par, con la capacidad real de diálogo, concordia y consenso que existe entre sus partidos. No descubro un océano al afirmar que en España no superamos la prueba del 9 en capacidad de abordar reformas constitucionales. La dolorosa verdad es simple: En este *test* capital para una democracia europea hoy viajamos en el vagón de cola.

Y cuando se obstruye el cauce de la reforma de la Constitución las nuevas realidades discurren, a través de regueros de *facto*, hacia la jurisdicción del Tribunal Constitucional, en búsqueda de que su doctrina subsane la carencia de las reformas necesarias. Pero ello supone una andadura en dirección no digna de elogio, pues implica otorgar al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, no ya una potestad meramente nomofiláctica, sino nomotética¹³⁷, un verdadero poder constituyente permanente. Y si se llega a tal extremo, amén de otros efectos negativos obvios, se hará gravitar una losa de granito tan pesada sobre el alto Tribunal que posiblemente agriete sus paredes maestras.

No voy a pretender en esta exposición profundizar en cómo se perdió la predisposición al diálogo y al consenso, de lo que ya hubo más que gérmenes en la primera legislatura, aunque el extravío fuese

¹³⁷ Vid. PUNSET, RAMÓN, "Prólogo" a ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO, *La lealtad constitucional en la Constitución Española de 1978*, Ed. CEPYC, Madrid, 2008: XVI.

El que los jueces constitucionales asuman (o tengan que asumir) un poder excesivo no es nuevo. Recordemos que la literatura jurídica estadounidense denunció tal realidad, como expuso a los europeos con finura Edouard Lambert en su gran libro *El gobierno de los jueces*, París, 1921

más amplio en fechas posteriores. En su momento, tuve ocasión de consultar las finas reflexiones que sobre el olvido y la recuperación del diálogo formuló desde esta tribuna el académico D. Pedro Cerezo, partiendo de la evolución del propio Platón, detectable en la comparación de su Estudio sobre *La República* y el dedicado a *Las Leyes*¹³⁸. Sinceramente, mi limitada capacidad de pensamiento no se atreve a presentar nuevas aportaciones sobre las dificultades de un camino tan enriquecedor como complejo.

Quizá hoy, a la vista de un panorama político huérfano de consensos, quepa formular la pregunta de si el consenso constituyente, amén de no poder quedar cerrado en su día en lo tocante al título VIII, fue o no tan profundo como hemos dado por sentado. No voy a intentar dar respuesta a tan delicada pregunta, pero permítaseme dejar al menos la cuestión sobre la mesa para que mejores mentes profundicen sobre la materia. Lo que pienso que merece reflexión es si quizás en aquel período de la transición, tras las amplias secuelas de una tremenda contienda civil, para algunos la única alternativa viable era lograr un simple *modus vivendi* constitucional¹³⁹ que realmente no alcanzaba la condición de consenso profundo. Se logró quizá nada menos, pero nada más, que un acuerdo sobre derechos y libertades consagrados en las democracias europeas, sobre unos órganos entre los que distribuir el poder político y sobre los procedimientos básicos a seguir por un sistema parlamentario a los que la dialéctica ulterior dotaría de contenido.

Me asalta la duda de si nuestro consenso de post contienda civil fue tan profundo como el que lograron los norteamericanos tras la gran crisis de su guerra de secesión, y me temo que allí el consenso democrático y federal fue superior, aunque mi opinión tiene escaso peso. Me interrogo sobre si nuestro consenso de 1978 alcanzó el calado del que los alemanes, tras su derrota en todos los frentes, han logrado en el largo curso de su vida cívica que va desde el fin de la contienda mundial hasta los momentos presentes, y aunque, desde luego, no me creo autorizado para dar respuestas ex cátedra, confieso que me embarga un sentimiento de sana envidia. Surge de ver en el territorio alemán la práctica, cada vez más pulcra, de un pluralismo razonable en que el respeto a las propias convicciones convive con el respeto al discrepante, el esfuerzo

¹³⁸ CEREZO GALÁN, PEDRO, *Reivindicación del diálogo*, discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 28 de octubre de 1997, especialmente: 54 a 85.

¹³⁹ Vid. RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, trad. española, Ed. Crítica, Barcelona, 2006: 190 y ss.

por encontrar y respetar la parte de sus tesis que encierran dosis de lógica y la búsqueda diaria del mejor compromiso hacedero en aras del interés general. Las políticas norteamericana y alemana parecen transcurrir por vías en que el consenso no es clima extraordinario, sino ordinario, y los ciudadanos traspiran un sentimiento de comunidad democrática cada día más perfecta.

Por nuestros lares, cada año, a la llegada del día 6 de diciembre, celebramos con el oportuno boato el magno consenso constituyente. Inmediatamente después, buena parte de los concelebrantes echan mano de las armas de sus recíprocos arsenales para lanzarse las mayores andanadas con afán destructivo, no ya de las propuestas formuladas de contrario, sino de las personas de los propios contendientes. Es un acto de solemne proclamación de —se dice— común lealtad constitucional, aunque este concepto, en buena teoría del Derecho Constitucional español, pertenezca al plano de la retórica o de los deberes metajurídicos, pues es simplemente equivalente a la obligación de cumplir las disposiciones constitucionales, a lo que todos estamos sujetos, por imperativo del artículo 9.1 de nuestra propia *Lex superior*¹⁴⁰. El recuerdo del consenso mitificado dura así menos de dos horas por año. Poco tiempo para algo que no sólo no es exclusivo de momentos constituyentes sino que debería retomarse con frecuencia. Deberíamos procurar renovarlo permanentemente y nunca estar cansados de él. Como sostuvo Pascal: “Estariamos hastiados de comer y de beber, si el hambre y la sed no se renovaran cada día”.

Hilvanadas las consideraciones anteriores sobre nuestra actuales carencias en la práctica del consenso en el quehacer político, y cansado ya no poco el auditorio, parece obligado que quien hace uso de la palabra aporte algunas propuestas positivas. Pero en este trance me temo que no pueden ustedes hacerse muchas ilusiones.

¹⁴⁰ Cfr: PUNSET, RAMÓN, “Lealtad constitucional, limitación de derechos y división de poderes”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16-XII-2002: 13 a 28.

VII

UNAS NO CONCLUSIONES: EL TEMOR A LA INSTAURACIÓN DE UNA DINÁMICA DE LA DISCORDIA

Al comienzo de este discurso hice sincera confesión de mis limitaciones. Y anuncié que, consecuentemente, soy más apto para plantear cuestiones que para aportar soluciones. No era falsa modestia. En diversas ocasiones he recordado la anécdota que en mi juventud oí narrar a Zubiri sobre Husserl. El gran filósofo alemán una mañana hizo colgar un cartel en la puerta de su aula donde se leía: “El profesor Husserl anuncia que hoy no podrá impartir su clase dado que no ha acabado de ver claro el tema sobre el que debe disertar”. Aunque me encuentro en situación semejante, me ha faltado valor para colgar en la puerta tan sincero aviso. Pero sí les anuncio lealmente que no voy a desembocar esta tarde en unas conclusiones. Tan sólo esbozaré dubitativamente algunos temores que albergo.

Retomemos nuestra disertación acerca de que la concordia no es una virtud cívica que sólo deba cultivarse en los momentos más graves de la Historia, sino que requiere una práctica cotidiana. Como punto de partida, concebimos la concordia como una planta de hoja perenne. Y a la par, más como una actitud dinámica que estática. Consecuentemente, la clase política debe estar preparada para dialogar. Para exponer sus razones y para escuchar las de los discrepantes, con independencia de que sean o no adversarios políticos.

La concordia conlleva el esfuerzo de superar el impulso de los extremismos, que conducen hacia el radicalismo en espiral y a enfrentamientos cada vez más crispados, de resultados imprevisibles y, en todo caso, inquietantes. La práctica del diálogo es sustituir tal impulso hacia el choque, hacia la confrontación incluso violenta, por un impulso alternativo de moderación, convergencia y búsqueda de posiciones de encuentro, de consenso.

Si tomamos en nuestras manos el opúsculo de Francesc Cambó *Por la concordia*, vemos que, en octubre de 1927, escribe en su introducción: “En el mes de enero de 1923 di en la Asociación Catalanista de la Barceloneta una conferencia que revistió caracteres de testamento político.

“Había llegado yo entonces —sigue afirmando Cambó— a la conclusión de que las resistencias y prevenciones de Madrid y las inquietudes e impacencias de Barcelona quitaban por mucho tiempo toda eficacia a mi acción de tantos años, encaminada a buscar una solución española, de efusiva concordia, al problema de Cataluña”¹⁴¹.

La concordia de que escribía el prócer catalán la adjetivaba de *efusiva* con buen criterio, porque esa nota de afecto generoso es la que distingue la mejor convivencia de la mera coexistencia. Pero, a la vez, la estimaba difícil de alcanzar.

Efectivamente, la dificultad de instaurar un clima de diálogo, entendimiento y convivencia en el contexto de la pugna política es un tema clásico. Lo encontramos, por ejemplo, en los cimientos de la democracia norteamericana. Cuando Alejandro Hamilton, en apoyo a la naciente Constitución norteamericana de 1787, envía —bajo el pseudónimo *Publio*— su primer artículo a un diario de Nueva York, que se convertiría en el primero de los setenta y siete capítulos de *El Federalista*, se dirige “al pueblo del Estado de Nueva York” fundamentalmente con dos avisos. El primero, frente al “espíritu de intolerancia que ha caracterizado en todos los tiempos a los partidos políticos (porque, añade) se dará suelta a un torrente de iracundas y malignas pasiones (fruto de) la conducta de los partidos opuestos (que esperan) aumentar el número de sus conversos a través de la estridencia de sus peroraciones y la acritud de sus invectivas”. El segundo versa sobre la importancia de la moderación y la necesidad de abonarla y protegerla¹⁴².

Es cierto que un autorizado sector de la moderna politología se define a sí misma como una teoría del disenso. Si se quiere, puede incluso denominarse como una teoría de las borrascas, de los vendavales y de las tormentas. Es decir, una *Sturmlebre*, como dijera Jacobo Burckhardt¹⁴³. Y mucho hay de verdad en ello, porque las sociedades sin disensos no son utópicas, son imposibles¹⁴⁴. Aunque es preciso diferenciar el disenso razonable del conflicto radical. Como ha escrito Robert Dahl, una democracia estable es aquella en que no siempre se navega con buen tiempo,

¹⁴¹ CAMBÓ, FRANCESC, *Per la concordia*, Ed. Lliberia Catalonia, Barcelona, 1927: 7. Para la versión castellana, véase: *Por la concordia*, Ed. Alianza Editorial/Enciclopedia Catalana, Madrid, 1986: 9.

¹⁴² HAMILTON, A., *El Federalista*. Citamos por la traducción española de la 2.ª reimpresión de la 2.ª edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006: 4.

¹⁴³ BURCKHARDT, JACOBO. *Cfr.* ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR, “En torno a un posible nuevo enfoque de la asignatura denominada Derecho Político”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 4, año 1979: 19.

¹⁴⁴ MOSCOVICI, SERGE, *La société contre Nature*, Union générale d'Édition, París, 1972: 84.

ya que a veces conlleva que el cabotaje se haya de pilotar en aguas peligrosas, hasta el punto de que las democracias más antiguas y prestigiosas son las que han conseguido capear vendavales y huracanes en su historia. Para este autor, a la postre, un país logra navegar en tiempo borrascoso si las ideas, valores y prácticas democráticas están arraigadas en la cultura política de esa comunidad¹⁴⁵.

Así, una cultura cívica democrática asume entre sus bases que la democracia se asienta en el principio del pluralismo político. Se reconoce la obvia existencia de tesis y posiciones divergentes, y aun contrapuestas, en la arena política. Pero sus sostenedores son adversarios en forma más o menos coyuntural o permanente, pero no enemigos. El concepto de enemigo ya en Roma implicaba una relación de hostilidad, y ésta presuponía la guerra. En el célebre trabajo que suscribió en 1938 Carl Schmitt, a la postre sólo entiende que haya en política amigos y enemigos, y simplemente el enemigo es, para él, el “no amigo”, frente al cual hay una contraposición de hostilidad psíquica, moral, económica, propagandística, que obliga a su destrucción por todas las vías, pues es preciso hacerle lo que llamó “la guerra total”¹⁴⁶. Esta visión sirvió, como sabemos, de alimento ideológico al totalitarismo más cruento.

Ciertamente, cabe otra visión de la relación en una sociedad pluralista entre quienes tienen intereses o concepciones diferentes, que pasa por el respeto recíproco de sus personas e ideas, aunque no se compartan. Si bien hay un límite. Me refiero a que la comunidad que asume el reto de vivir en democracia, en el marco de los principios y valores propios de la Constitución, tolera las discrepancias, aunque ha de ser intolerante con la violencia y el terrorismo, porque no puede la tolerancia ser tolerante con la intolerancia violenta sin asfixiar a la propia tolerancia.

Ahora bien, asumido mayoritariamente lo anterior, emerge en la escena política lo que quizás sea el problema de nuestro tiempo en nuestra tierra: La visión estratégica de grandes partidos sobre la utilidad práctica electoral no ya de la confrontación política sino de una dialéctica de radicalización de tal confrontación política, en cuanto vía útil para lograr el poder y, en su día, conservarlo mediante las correspondientes victorias electorales.

¹⁴⁵ DAHL, ROBERT, *La democracia*, traducción española, Ed. Taurus, 1999: 177 y 178.

¹⁴⁶ SCHMITT, CARL, *El concepto de lo político* (“Corolario 2: Sobre la relación existente entre los conceptos de guerra y enemigo”), Berlín, 1938. Citamos por la traducción española, Ed. Folios, Buenos Aires, 1984: 99 a 108.

Por supuesto, todos recordamos la vieja y realista definición de Cambó de la política como “la lucha para conseguir el poder y, desde él, convertir en realidad todo o parte —casi siempre, parte— de un programa. En países regidos por instituciones democráticas un partido no acaba la lucha cuando ha llegado al poder. Lo único que entonces hace es cambiar su posición en la lucha: pasa de la ofensiva a la defensiva, porque el partido o partidos adversos comenzarán a maniobrar para conquistar el poder”¹⁴⁷. Y posiblemente, en lo esencial, la definición se encuentra vigente, si bien es certera la matización del profesor Downs, para quien el objetivo de los partidos consiste en “formular políticas como un medio para ostentar el poder, más que buscar el poder para llevar a cabo políticas preconcebidas”¹⁴⁸. En el interregno entre ambas definiciones se había desarrollado la técnica de encuestar las actitudes electorales de los ciudadanos.

En nuestro tiempo, es posible que elaborar una estrategia de desgaste del adversario sea más complejo que antaño, por ser los programas básicamente análogos y por el ensanchamiento de las clases medias y existir menos distancia entre las actitudes de los electores. Y ciertamente es más complejo si los partidos intentan acortar la distancia que les separa de los electores no incondicionales, pero posibles; es decir, convencer a los electores ubicados en la zona fronteriza entre los partidos en pugna, lo que algunos denominan el territorio del centro. Ello requiere definir una pugna política refinada y de alta escuela, y demanda políticos con formación acorde con lo complejo del empeño. Pero lo que interesa aquí subrayar es que ello conduce hacia lo que en la Gran Bretaña de los años cincuenta del pasado siglo se denominó: el “consenso butskellista”¹⁴⁹, por la similitud de las políticas económicas desarrolladas durante aquella época en el Reino Unido por laboristas y conservadores. Es decir, conduce a aproximar posturas y facilitar el diálogo y, llegado el caso, el consenso.

Claro es que hay otras estrategias diferentes. Algún politólogo sostiene que durante los últimos años en España priman las campañas

¹⁴⁷ CAMBÓ, FRANCESC, *Las dictaduras*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 3.ª ed., 1929: 181-182.

¹⁴⁸ DOWNS, ANTHONY, *An Economic Theory of Democracy*, Ed. Harper Collins, Nueva York, 1957: 296.

¹⁴⁹ El término lo acuñó *The Economist* para referirse a la proximidad existente entre la política económica y tributaria practicada por Hugh Gaitskell, canciller del Exchequer en el Gabinete presidido por el *premier* laborista Clement Attlee, y la análoga política seguida por Richard A. Butler, también canciller del Exchequer bajo el liderazgo del primer ministro conservador, Winston Churchill.

negativas¹⁵⁰. Tales como, por ejemplo negar toda capacidad para gobernar al adversario y toda valía de su liderazgo, o bien, negar la honradez del equipo contrincante al que se considera sumergido en una amplia corrupción. Se trata, en suma, de la estrategia de la plena descalificación del adversario. El seguimiento de esta vía por los grandes partidos no busca captar electores moderados, sino llevar a la abstención a electores que, en principio, son próximos al partido adverso, pero que pueden preferir no asumir la responsabilidad moral de votar un partido cercano pero no potable. Consecuencia directa de la práctica diaria de este tipo de estrategia es una polarización máxima, la radicalización del debate político, la voladura de los cauces de interlocución y la imposibilidad de cualquier consenso entre fuerzas políticas que se descalifican *in radice*.

Creo que este panorama que ofrecen las estrategias de confrontación radicalizada en España sólo se viene registrando sistemáticamente en otro país de Europa occidental, Grecia. En el resto de Europa parece que los partidos siguen, con mil variantes, la vieja regla de acortar distancias con el elector medio, situado en la franja central del espectro, para convertirse en el partido más próximo al mismo y sumar su voto, a la vez que se le resta al partido contraparte¹⁵¹.

Para no ser prolijo, me limitaré a constatar que la renuncia a priorizar la aproximación a los electores moderados se refleja en las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), que buscan establecer un mapa de las posiciones ideológicas de los votantes en una escala del 1 (extrema izquierda) al 10 (extrema derecha)¹⁵². En los últimos años, en España, a resultas de las estrategias entrecruzadas de confrontación generalizada, la mayor bolsa de electores indecisos y que, llegado el día de los comicios, se abstienen o emiten voto blanco o nulo se encuentra entre los que se definen próximos a la posición 5, es decir, centristas¹⁵³.

¹⁵⁰ Vid. MARAVALL, JOSÉ MARÍA, *La confrontación política*, Ed. Taurus, Madrid, 2008, especialmente: 19 a 127.

¹⁵¹ Es el célebre valor doble del voto sumado de un elector centrista, dado que, junto a tal suma, ha de contabilizarse la resta del mismo al partido contrario.

¹⁵² Ello es así desde 1983. Anteriormente, durante los gobiernos de UCD, la escala fue del 1 al 7.

¹⁵³ No interesa a nuestros efectos el debate entre los sociólogos sobre si la escala a manejar en tales encuestas debiera ir del 0 al 10, en lugar del 1 al 10, ya que en la primera el 5 refleja exactamente el centro y en la segunda éste tiene un desplazamiento del 0,5, lo que normalmente no capta el encuestado. Obviamente, el encuestado centrista contesta identificándose con las cifras sitas entre el 4 y el 6. La media histórica del CIS permite concluir que la media de los españoles de este último cuarto de siglo ha estado en el 4,7. Y el máximo de votantes indecisos en todas las elecciones se da entre los que se autoubican en torno al 4,5.

El partido que ha logrado privar al partido contrincante del mayor número de electores de entre quienes inicialmente parecían dispuestos a votarle considera, con satisfacción, que los costes de la crispación le han aportado una gran rentabilidad. A la postre, este contexto nos enseña que el problema no es que los partidos no logren dialogar y entenderse, es que simplemente no quieren entenderse.

Obvio es que, cuando intento terminar este discurso, no debo abrir los delicados problemas de que se obtienen intereses para los políticos y sus partidos a costa de la convivencia colectiva, o el tema aún más clásico, pero siempre central, de si en política el fin justifica los medios. No tenemos tiempo ni espacio para tratar estas cuestiones. Pero, como jurista ni creo que se pueda construir un Estado de Derecho desde la subordinación del interés general al electoral de cada partido en liza, ni me parece aceptable el olvido de la ética de los medios. Y como constitucionalista me preocupa en grado sumo que todo ello desemboque en la inviabilidad de gozar de un clima mínimo para la gestación de los debidos y necesarios consensos que demanda nuestra Constitución. Porque, finalmente, todo parece indicar que se ha perdido el diálogo y la búsqueda del consenso no ya para que sólo tengamos sobre el tapete de la vida pública incontables disensos, sino, lo que es aún más grave, para que parte de tales disensos tengan verdadera naturaleza de conflictos de cierta gravedad constitucional, que van abriendo abismos entre varias Españas. Y todo ello sin que se tiendan puentes que faciliten la comunicación que precede al entendimiento.

Claro que sabemos que no faltarán intelectuales orgánicos que defiendan la progresiva crispación en la confrontación política en defensa del respetable y constitucionalizado principio del pluralismo político, y del derecho a comulgar con la propia ideología y defenderla por todos los medios. Y las tesis de tales intelectuales nos acecharán, como en día de borrasca nos amenaza la nube negra con descargar sobre nuestra modesta cabeza una tromba de agua. Nos puede caer desde ciertos medios de comunicación convertidos en meros epifenómenos de los respectivos partidos.

Por supuesto, nuestro sistema se apoya en el principio del pluralismo político real, pero también debe buscar asiento en el de la moderación en la pugna. Está constitucionalizado el pluralismo razonable, por decirlo en el léxico de Rawls¹⁵⁴, no el pluralismo radical, obsesio-

¹⁵⁴ RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, trad. española, Ed. Crítica, Barcelona, 2006: 194 y ss.

nado con la hipertrofia de la crítica. El pluralismo radical consiste en la práctica en una crítica sistemática de los adversarios y huérfana de pensamiento. Es el permanente lanzamiento de sablazos a ciegas y por doquier. Se trata de practicar una *cultura de lo contrario* y una crítica permanente, agresiva y punzante contra los *adversarios*, a los que se trata como *enemigos*. Con razón escribió Sartori que “sólo Dios sabe cuánta crítica es necesaria y cuántas son las cosas que merecen la crítica. Pero si debemos contrariarlo todo, entonces, por fuerza, los beneficios de tanto criticar llegan a ser dudosos. Quien critica a cualquier precio, por el simple hecho de contrariar, es sólo un zapador”¹⁵⁵.

Cada partido tiende entre nosotros a convertirse en *adversario ritual* de su contendiente. Tiene en sus filas dirigentes que gritan con estruendo, y entre unos y otros pueden llegar a preocuparnos con la visión de una espiral de autodestrucción. Aunque todo tenga un ángulo o faceta criticable, porque la perfección no es planta que crezca sobre la tierra, la crítica debe estar al servicio de una sociedad mejor. Si no es así, el deporte de la crítica política agria es muy fácil, pero poco honesto.

A veces, para legitimar la práctica del pluralismo de artillería pesada, se esgrime una coartada de aparente nobleza: La ideología con que se comulga y a la que hay que defender con denuedo. Yo nunca negaría que la democracia es hija de ideas, y especialmente de lo que llamaríamos “ideas fuerza”, que movieron la Revolución Inglesa del siglo XVII y que se destilaron en ese gran laboratorio de las ideas, que fue la Revolución Francesa. Mi respeto por las ideas y los ideales generosos es, naturalmente, pleno. Pero a las ideologías hay que acercarse con mayor prevención.

Obviamente, no estamos hablando de ideología en la *teoría del conocimiento*, sino de ideología en la órbita de la política¹⁵⁶. Más concretamente creemos, con Friedrich, que “las ideologías son sistemas de ideas relacionadas con la acción”¹⁵⁷. Añadamos que comúnmente se admite que la ideología política es la parte del sistema de creencias de una persona con la que ésta se desenvuelve en política. Y sólo habremos de apostillar que, en aparente paradoja, el pragmatismo es, a la hora de

¹⁵⁵ SARTORI, GIOVANNI, *¿Qué es la democracia?*, trad. Española, Ed. Taurus, Madrid, 2003: 394-395.

¹⁵⁶ Vid. HEAD, BRIAN WILLIAN, *Ideology and Social Science, Destutt de Tracy and French Liberalism*, Dordrecht, 1985. También, BELL, DANIEL, *The end of Ideology*, Nueva York, 1962; hay traducción española: *El fin de las ideologías*, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

¹⁵⁷ FRIEDRICH, CARL. J., *Man and His Government*, Ed. Mc Graw-Hill, Nueva York, 1963: 89.

la verdad, el factor más relevante del sistema de creencias de gran parte de los políticos.

De forma que las ideologías no son sistemas repletos sólo de ideas, ni mucho menos. Las ideas, para ser tales, son fruto o asunción de la acción de pensar. Las ideologías políticas son ideas y creencias tenidas por ciertas por quienes no las han pensado, y por tanto cumplen la función de obviar de plano o, al menos, economizar en gran medida el esfuerzo de pensar. De modo que la ideología se convierte en lo que denominaríamos un *pensamiento de grupo* o un *pensamiento de masas*, confortable para unos consumidores a los que alimenta de cierto *instinto agresivo* que se cree respetable, y que se caracteriza por no albergar ningún sentimiento de culpa individual, que recae siempre en “los otros”. Todo ello facilita, a la hora de la verdad, que en una ideología política coexistan factores contradictorios, aunque unidos por vínculos funcionales.

Las ideologías, naturalmente, sirven de alimento, en mayor o menor grado, a cuantos políticos, militantes y electores sufren de pereza mental y gustan de ponerse en manos de la inercia. Al respecto, traigamos a colación la distinción que formuló Rokeach entre mente *cerrada* y mente *abierta*. Entiende este autor que mente *abierta* es la de la persona que puede recibir, seleccionar y actuar basándose en el mérito intrínseco de la información relevante. Mientras que la mente *cerrada* se caracteriza por un estado cognitivo en el cual la persona no distingue la información sustantiva de la fuente de la información. Consecuentemente, la esencia de la cuestión es que la mente *cerrada* se confía en política a los mensajes de los dirigentes de los partidos, que a su vez emiten a través de los medios de comunicación que les son incondicionales¹⁵⁸.

En suma, como ya señaló Merton, en nombre de las ideologías, de un lado se desemboca en un *dogmatismo reforzado* y, de otro, en un *nihilismo intelectual*¹⁵⁹. Los mejores intelectuales tenderán a emitir un juicio negativo sobre la cerrazón ideológica, pero la experiencia enseña que a muchos políticos nada les suele parecer mejor ni más eficaz que

¹⁵⁸ ROKEACH, *The Open and Closed Mind*, Ed. Basic Books: 39-51. Vid. también: FESTINGER, L., *A Theory of Cognitive Dissonance*, Ed. Stanford University Press, Stanford, 1957, hay traducción española: *Teoría de la disonancia cognitiva*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975; y SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de Teoría Política*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1992: 101 y ss.

¹⁵⁹ MERTON, R.K., *Teoría y estructuras sociales, 1957*, trad. española, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992: 503.

un partido estructurado como un ejército de militantes dotados de las más cerradas mentes, embarcado en polémicas no racionales, sino emocionales¹⁶⁰. Porque la ideología, como ha escrito Robert Dahl, es “la variable decisiva para explicar la movilización y la manipulación de las masas”¹⁶¹. Y ello no sólo en sistemas totalitarios, sino en democracias con pluralidad de partidos en que los dirigentes hayan optado por la adhesión a ideologías en las cuales los elementos distintivos centrales sean sólidos, incompatibles y excluyentes de los que sostiene la ideología del partido adverso, por lo que las tesis no son reconducibles a la reconciliación.

El contrapunto lo ofrecen los sistemas políticos con partidos con elementos distintivos flexibles, con zonas de convicciones aptas para la convergencia con las de otros partidos. En tales sistemas de partidos políticos hay posibilidad de amalgamar objetivos y establecer en diversos planos esfuerzos de cooperación.

Desde la óptica de la práctica constitucional, el primer sistema conduce a conflictos cuasi permanentes, unos de principios y otros institucionales. Mientras que el segundo propicia el diálogo y el consenso, incluyendo acuerdos legislativos o incluso sobre la adaptación de las normas constitucionales.

La realidad que nos rodea y preocupa es la de la primera opción, con controversias agrias que no precisan de particular rigor intelectual para desplegar su virulencia.

Al hilo de lo anterior, nos asaltará la preocupación de que hemos sustituido la utópica ambición platónica del gobierno de los sabios, la preocupación por el mejor elitismo liberal —con Alexis de Tocqueville y Stuart Mill, entre otros, a la cabeza— por lograr que la democracia supusiese el gobierno de los mejores, por un presente en que asistimos al esfuerzo por alistar en los partidos *mentes cerradas*. Ello, junto a otras consecuencias que, por obvias, no precisan de glosa, conlleva un efecto colateral: se acoge a un tipo de cabezas que ni seleccionarían los cuerpos de élite de las administraciones, ni serían demandadas por las mejores empresas privadas, ni estarían llamadas a triunfar en las profe-

¹⁶⁰ Vid. HALPERIN, MARK y HARRIS, JOHN E, *The Way to Win*, Ed. Random House, Nueva York, 2006: 39 y concordantes.

¹⁶¹ DAHL, ROBERT, “Ideology, conflict and consensus. Notes for a theory”, comunicación presentada al VII *IPSA World Congress*, Bruselas, 1967. Cfr. SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de Teoría Política*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1992: 118.

siones liberales. Es decir, personas que, una vez alistadas en la política, en muchos casos no tienen otro futuro profesional ni otra seguridad económica que los obtenibles en el curso de su vida política. Y, por supuesto, no es pertinente deducir aquí y ahora de este hecho las últimas preocupaciones.

La convocatoria de las que Rokeach denomina “mentes cerradas” conlleva otras facetas. La primera es que la selección de militantes se hace entre gentes que tienen, o están dispuestas a adquirir, el adoctrinamiento en una ideología política. De ello deriva una primera e importante realidad: los militantes son más radicales que los electores del propio partido; buscan una confrontación radical con el partido oponente e incrementar la bipolarización, aun a costa de alejarse de los electores templados del partido.

La segunda derivada es más relevante a los efectos de nuestro tema y, en todo caso, más preocupante. Esta suerte de convocatoria de militantes y dirigentes supone dejar la política en manos de gentes poco proclives al diálogo o a acuerdos, más o menos amplios, con sus oponentes.

Dicho en otras palabras, se otorga una amplia parcela del protagonismo político a personas más dispuestas a desenvolverse en el *pluralismo radical* que a propiciar el desarrollo de un *pluralismo razonable*, y quizá no muy preocupadas por estimular las diversas facetas de la virtud de la fraternidad en la vida política: la virtud de la razonabilidad y el sentido de la equidad, un espíritu de compromiso y una disposición a acercar posiciones con los “distintos”. Virtudes todas ellas que están vinculadas con la disposición a cooperar con los demás en términos aceptables públicamente al elaborar y aprobar las grandes disposiciones legislativas, al nombrar los componentes de los órganos constitucionales, al revisar la Constitución para mejorar las instituciones y los mecanismos de su parte orgánica y para abordar otros puntos que requieran de cirugía precedida del debido consenso¹⁶².

Pero la ausencia de un clima de consenso puede aparejar males de superior calado a los que los constitucionalistas podamos solventar con las herramientas que nos proporciona la ingeniería constitucional. Los constitucionalistas debemos ser humildes y reconocer que, si se instaura un clima de discordia, carecemos de pócima terapéutica alguna. Lo más que podemos los de nuestro oficio es proponer lo que clásicos

¹⁶² Cf.: RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, Ed. Crítica, Barcelona, 2006: 195 y 196. Vid, también: GINER SALVADOR, *Cartas sobre la Democracia*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996: 175 a 183.

como Constant, Rossi o, entre nosotros, Ramón Salas denominaron medidas de *política constitucional*. Pero la radicalización de la lucha política obstruye toda posibilidad de abordar reformas constitucionales. En el deterioro del sistema político de Weimar esto ya quedó claro. Después, la doctrina constitucionalista italiana viene insistiendo con razón en que para esta suerte de enfermedad no tenemos tratamiento. Cuando la enfermedad afecta a los protagonistas colectivos del sistema pluralista, es muy discutible la utilidad del bagaje que ofrece la ingeniería constitucional, como acertadamente intuyeron, entre otros: Scalfaro, Lavagna, Frossini, Pellicani y Di Ciolo¹⁶³.

Pero una cosa es que los constitucionalistas seamos un lujo inútil en este trance y otra que no podamos diagnosticar algo obvio: Si los disensos cotidianos se van convirtiendo en conflictos que afectan al buen funcionamiento de las instituciones recogidas en la Constitución y al sustrato de la convivencia democrática que, según el preámbulo de la Constitución, es el primer fin de la misma, se está poniendo en cuestión el edificio político de la Nación española.

En efecto, sabido es que tienen verdadero prestigio entre sociólogos y iuspublicistas las concepciones volitivas de las naciones. Su primera expresión está formulada en la brillante conferencia que Renan pronunció en 1882 en la Universidad de la Sorbona. Como bien conocemos, allí sostuvo que una nación es un principio espiritual que se basa en dos cosas, “La una es la posesión en común de un rico legado de recuerdos”. La otra “se resume en el presente por un hecho tangible: El consenso, el deseo claramente expresado de continuar la vida común”. Y añade: “La existencia de una nación es (perdónenme esta metáfora) un plebiscito de todos los días, como la existencia del individuo es una afirmación perpetua de vida”. Para añadir poco después: “Una gran agregación de hombres, sana de espíritu y cálida de corazón, crea una conciencia moral que se llama nación”¹⁶⁴.

Suele decirse que con tal línea de pensamiento de Renan conecta Mommsen en su *Historia de Roma*, cuando escribe que “La historia de toda nación, y sobre todo de la nación latina, es un vasto sistema de

¹⁶³ Vid. para una buena exposición sobre estas tesis, LUCAS VERDÚ, PABLO, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, capítulo VI: “La ingeniería constitucional como sector experimental de la política constitucional”, Ed. Tecnos, Madrid, 1984: 124 a 134.

¹⁶⁴ RENAN, ERNEST, *¿Qu'est ce qu'une nation?*, París, 1882. Recopilado este texto por primera vez en *Discours et conférences*, París, 1897: 26 y ss. Hay múltiples traducciones españolas, entre las que debemos destacar: IEP, Madrid, 1957; CEC, Madrid, 1983 y Alianza Editorial, Madrid, 1987.

incorporación”¹⁶⁵. Sabido es que la expresión *incorporación* proviene de la traducción francesa. Pero en el original en alemán en vez de *incorporación* se habla de *Synoikismos*, es decir, *convivencia*. Luego para Mommsen una nación, y en concreto la latina, es fruto de la voluntad de convivir juntos.

La misma convicción late en todo el celeberrimo ensayo de Ortega, *España invertebrada*, del que se suele destacar la tesis de que la nación es el resultado de la incorporación a un proyecto común. Pero, junto a ello, es de justicia recordar que nuestro gran filósofo considera que tal cosa requiere de un presupuesto esencial, “el saber convivir”. Así afirma: “No basta para vivir la resonancia del pasado, y mucho menos para convivir”¹⁶⁶. Y escribe más adelante: “¿Cómo se mantiene despierta esta corriente profunda de solidaridad? Vuelvo una vez más al tema que es leitmotiv de este ensayo: La convivencia nacional es una realidad activa y dinámica, no una coexistencia pasiva y estática como el montón de piedras al borde de un camino”¹⁶⁷. Para rematar poco después esta idea con estas palabras: “Una nación es a la postre una ingente comunidad de individuos y grupos que cuentan los unos con los otros”¹⁶⁸. Al gran pensador de la Universidad Central de Madrid le preocupa la “anómala ausencia de una minoría suficiente” en una sociedad sin “minoría eminente”, y finalmente quiere creer en nuestra capacidad de recuperarnos y se pregunta “¿Tendrá (España) la voluntad de rehacerse”. Y se contesta “Yo no lo sé”¹⁶⁹.

Ciertamente, hay dos consideraciones difícilmente cuestionables. La primera se refiere a los costes que acarrea un clima político constitucional de graves y permanentes conflictos. Con buen criterio sostuvo Salustio en su senectud: “Concordia parva res crescunt, discordia maximae dilabuntur” (*La concordia hace crecer las cosas pequeñas, la discordia arruina las grandes*)¹⁷⁰. Y la segunda, a la imperiosa necesidad de la recuperación del diálogo y de la capacidad de consenso, que sabemos que es cuestión de voluntad colectiva. Como decía D. Ramón Menéndez-

¹⁶⁵ MOMMSEN, THEODOR, *Historia de Roma, 1855-1856*, Citamos por la traducción española de Ed. Aguilar, Madrid, 1962, vol. I: 21 y ss.; 563 y concordantes.

¹⁶⁶ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *España invertebrada*, Madrid, 1921. Citamos por la 5.ª ed, Ed. *Revista de Occidente*, Madrid, 1946: 37.

¹⁶⁷ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *op. cit.*: 40 y 41.

¹⁶⁸ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *op. cit.*: 50.

¹⁶⁹ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *op. cit.*: 118

¹⁷⁰ SALUSTIO, CAIO, *De bello Iugurthino*, 10, 6.

Pidal: “La voluntad lo puede todo, es decir, todo lo que sólo depende de nosotros mismos”¹⁷¹. Sería reconfortante que unos y otros hombres públicos superasen sus reticencias hacia los adversarios y se acercasen a ellos para decirles, en palabras de Pérez de Ayala: “Aquí estoy, contra mi voluntad. Y por mi voluntad”¹⁷².

Hemos de terminar. El óptimo funcionamiento de nuestro sistema constitucional implica un esfuerzo colectivo de concordia. Porque *concordar*; como dijo Covarrubias, es componer voluntades discordes. Es decir, labrar consensos. Y ello para trascender todos los antagonismos y tensiones existentes político-partidistas, económico-sociales o de otro tipo en un orden jurídico que institucionaliza la primacía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, y que se encuentra regido por los órganos y reglas de funcionamiento propios de un Estado de Derecho. Y todo ello desde un *status* de ciudadanía compartida con *afectuosa concordia*, que dijera Cambó; porque concordia etimológicamente significa, por un lado, unión de los corazones (*cum corde*), especialmente cuando son corazones que impulsan voluntades discordes, y por otro, tiene el sentido de armonía musical de sonidos (*cum cordis*), de lo que creo ya era consciente Lope de Vega cuando en *La Dorotea* afirma que la armonía es *concerto* y el concerto, o en otra palabra el *consenso*, es concordia del son grave y del agudo. Y tal significado evoca que nuestro sistema político puede conformarse diariamente en la convivencia constitucional, agregando consensos al constituyente para actualizar permanentemente nuestro régimen de convivencia, situando con buen sentido las diversas sensibilidades y opiniones como notas de un pentagrama, de forma que los sonidos configuren para los oídos de todos una grata melodía, dotada de la mejor armonía.

Nada más. Muchas gracias por su atención.

¹⁷¹ MENÉNDEZ-PIDAL, RAMÓN, En revista *Papeles de Son Armadans*, núm. XXXIX, año 1959: 26.

¹⁷² PÉREZ DE AYALA, RAMÓN, *Los trabajos de Urbano y Simona*, Novilunio, Madrid, 1923.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

POR EL

EXCMO. SR. D. LANDELINO LAVILLA ALSINA

ACADÉMICO DE NÚMERO

SESIÓN DEL DÍA 16 DE MARZO DE 2010

MADRID

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS



Asumo con honda satisfacción el encargo de contestar, en esta solemne sesión académica, al discurso de recepción de D. Oscar Alzaga Villaamil, que accede hoy a la titularidad plena de la Medalla n.º 43 como Académico Numerario de esta Corporación.

La satisfacción es consecuente al honor que supone el encargo recibido, genéricamente vinculado a mi valoración suma de esta Real Academia, de su historia y de su presente, y específicamente asociado a la singular y entrañable sintonía entre mis ideas germinales y mis responsabilidades públicas y las que, con serenidad y sin estridencias, constituyen señas de identidad de Oscar Alzaga como maestro universitario, como jurista profesional y vocacional y como actor político por sendas que hemos recorrido juntos, a veces en paralelo y nunca en discrepancia. Oscar Alzaga y yo siempre estuvimos en el mismo lado de entre los que protagonizaron —protagonizamos— la concordia, el diálogo y el consenso que acaban de ser glosados por el nuevo Académico, y que se trabaron y fructificaron por la voluntad compartida de lograr una Constitución de todos, con todos y para todos.

Los títulos académicos, las publicaciones, las conferencias del profesor Alzaga, su docencia e investigación, su trayectoria política componen una biografía cabal. No voy a abrumarles con la relación circunstanciada de sus méritos. Pero no cumpliría mi función si no evocara los rasgos más acusados, y para mí más admirables, de su rica personalidad. De todos ellos hay reflejo en cada línea de su curriculum, y todos ellos acreditan la coherencia y solidez de la obra de Oscar Alzaga como hombre de ideas y como hombre de acción. Son rasgos que evidencian la diversidad de ámbitos y dedicaciones en los que ha proyectado sus preocupaciones vitales.

El profesor Alzaga ha compatibilizado, siempre y sin dificultad, su atención a los ideales y saberes científicos y su sensible respuesta a los requerimientos de la realidad, alcanzando así la fecunda madurez propia de una persona de elaborado pensamiento y de sereno y agudo sentido práctico.

Es reputado especialista en Derecho Constitucional, comprometido con la dimensión valorativa de esa rama del Derecho y, por elevación, del conjunto de las ciencias jurídicas. Especialmente notable en la interpretación y aplicación del derecho vigente es, a fuer de buen jurista, sutil y certero indicador de los defectos e insuficiencias de las leyes y, por lo mismo, ha brillado —brilla— en la propuesta y preparación de normas nuevas orientadas a satisfacer mejor las necesidades sociales y a procurar la superior calidad del ordenamiento jurídico, de ese ordenamiento hoy presidido por la Constitución de 1978 que él contribuyó a alumbrar. La exposición de Oscar Alzaga no se apega a los términos y al texto de la Constitución, sino que encarece su valor como hecho político, como expresión decidida y fecunda de una voluntad de convivencia que tanto repudia los negros presagios fundados en presuntas y congénitas limitaciones de los españoles para convivir, como, sobre todo, ensalza la capacidad de los españoles para afrontar su futuro cuando hay propósito de entendimiento y dirigentes capaces de ilusionar al pueblo español e iluminar su camino en pos de metas de progreso y bienestar.

En el discurso de Oscar Alzaga destaca su elocuente y mesurada valoración de los supuestos y presupuestos de la transición política que cuajó en el vigente orden constitucional, pero también inquieta su no menos comedida alerta sobre los síntomas de que, al hilo quizá de un cambio generacional, lo que había sido expresión, en apariencia concluyente, de ansias de paz y de voluntad compartida de convivencia pueda verse frívola e innecesariamente cuestionado, al iservicio de intereses partidistas y a impulso de quienes buscan réditos electorales en la confrontación, cultivan la discordia, hurgan en los agravios y, con memorias apócrifas y promesas falaces, aspiran a la cancelación y hasta al repudio del consenso constituyente.

A lo largo de nuestra historia política, una aspiración de entendimiento conciliador que, a juicio del Académico recipiendario —como al mío propio—, latía en lo más sano del pueblo español tuvo su tradición y se vio reiteradamente frustrada al no encontrar generosidad suficiente en los grupos ni capacidad civil de concordia en los políticos. El resultado fue que se impusieron con frecuencia los enfrentamientos y los dogmatismos irreconciliables, cuya expresión fueron textos constitucionales de corta vigencia, en permanente e inestable proceso de revisión.

Continuismo y ruptura fueron, en la terminología de los años de la transición política, la versión actualizada de la reacción y la revolución.

Por fortuna para todos, un clima social exigente y su perspicaz potenciación por quienes asumieron la obligación generacional de abrir y conducir el proceso situaron a éste en el carril de una reforma que nada tuvo que ver con sedicentes reformismos alicortos en su concepción y timoratos en su ejecución. La transición supuso el decidido cambio de sistema, no la introducción de simples modificaciones en el sistema.

La reforma fue cualitativamente distinta de sus precedentes históricos en España. En primer lugar, por la generosidad y la limpieza con las que se concibió y ejecutó. En segundo lugar, porque fue una operación rigurosamente agresiva al servicio de la convivencia integradora. En tercer lugar, porque, huyendo de las reminiscencias y tentaciones de un ejercicio ilustrado del poder, no se planteó sólo una reforma «para todos», sino que se propuso y se llevó a cabo «con todos». Ésas son las razones de la autenticidad de la transición, generadora de su credibilidad, prenda de su eficacia y garantía de su éxito.

Los tres rasgos distintivos que caracterizaron el proceso de cambio son: la reforma, como estrategia general seguida en oposición a la acción revolucionaria que —cruenta o no— está en los orígenes de prácticamente todas las democracias europeas; el consenso, como táctica en la gestión política y como técnica en la acción legislativa, atemperando la aplicación de la regla de oro de la mayoría en un sistema democrático establecido; una moral de sentido provisional y de raigambre cartesiana, como orientación ética de todas las fuerzas políticas participantes en el proceso, a falta de un esquema de valores profundamente enraizado propio de una sociedad democrática ya madura.

Treinta años después, y según los resultados de diversas encuestas, parece que en España los ciudadanos confían poco en sus instituciones. El dato requiere una investigación solvente sobre sus causas y una consciente actuación orientada a rectificar la tendencia advertida; justifica, en todo caso, la oportunidad de algunas reflexiones por parte de quienes tienen —tenemos— sensibilidad hacia los problemas de nuestra convivencia, lo mismo si se halla agudizada, o quizá lastrada, por el bagaje de la propia experiencia que si brota con espontaneidad de una comprensible preocupación por el futuro de todos.

Existen argumentos para atemperar desazones y calmar impacencias. Quizá la ilusión inicial dé paso a un sosegado realismo, en cuya maduración los aparentes vanos de desconfianza, y hasta signos de decepción, no sean más que simples adherencias en un proceso de sedimentación primordialmente sano, pese a la aparición de algunos síntomas

negativos. Pero lo importante es advertir que el pueblo español no necesita meras promesas atractivas, sino ver rehabilitada su confianza en las instituciones y en los políticos a través de una razonable concordancia entre las palabras que se le dicen, los problemas que padece y las soluciones que comprueba.

Este planteamiento puede no tener otro valor reconocido que el de una bienintencionada admonición moralizante, sin virtualidad alguna ante la sucesión, con frecuencia excesiva, de procesos electorales; responde, sin embargo, a una realidad y se formula sin intención de generar una sensación ni tranquilizante ni alarmista.

La baja confianza en las instituciones se alimenta, desde luego, de directas experiencias de frustración e ineficacia. Debe preocupar la difusa intuición de que las instituciones no laten al compás del pulso popular, acusan desviaciones y pueden sufrir degradaciones. No aludo con ello, por supuesto, a episodios que el juego político cotidiano magnifica; trato más bien de mostrar el riesgo de que valores y principios proclamados por la Constitución puedan disolverse con irresponsabilidad en el fragor de la contienda política.

En estas condiciones, la voluntad de una convivencia democrática asumida por el pueblo español, y proclamada en términos de decisión política y jurídica, puede encontrar dificultades para hacerse firme realidad en un régimen de Derecho, en una construcción política acabada, en un control eficaz de los afanes de dominación y en una incontrovertida vigencia de modos y hábitos democráticos.

El ejemplo de ciudadanos afirmando su ilimitada libertad, sin consideración para la de los demás; la imagen de poderes claudicantes ante ciertos desafíos, desorientados ante determinados problemas, y con frecuencia avasalladores en su proclividad a la ocupación institucional, provocan la razonable duda acerca de si el principio de constitucionalidad rige o queda en una ambiciosa formulación que naufraga en la pugna partidista, en la incontenible expansión del poder, en la opacidad institucional o en el debilitamiento de algunos valores democráticos.

El asentamiento del orden constitucional y, por ende, de una convivencia estable en él fundada requiere, desde luego, la permanencia del espíritu de concordia que lució en el acto constituyente, certeramente sustantivado por el nuevo Académico, y que fue expresión primaria de la voluntad de vivir juntos en un régimen de libertad y democracia; requiere también el natural sometimiento de todos, en su diario comportamiento, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico;

pero requiere, de un modo muy singular, una ejemplar y leal actuación de los poderes públicos en su proyección directa sobre la sociedad, sobre los ciudadanos y en el propio ámbito de sus recíprocas relaciones.

Si la democracia se funda en el diálogo y en la pacífica composición de ideas e intereses en conflicto, puede decirse sin exageración que ponen en riesgo la democracia —y su fundamental expresión y cobertura, que es la Constitución—, cuantos desde posiciones cualificadas de responsabilidad política o desde la insolidaridad y el egoísmo proscriben el diálogo, lo imposibilitan o simplemente lo desnaturalizan. Puede atentarse contra la democracia —incluso, paradójicamente, con directa y nominal invocación de la democracia— si se siguen o propician conductas capaces de frustrar el acuerdo constituyente, si se cede ante las crudas tentaciones del poder, si se subordinan los valores democráticos a simples intereses o al confort y comodidad de una posición alcanzada.

El Estado es la organización política de la sociedad, y el orden democrático constituido se funda en el reconocimiento de la dignidad de la persona, en la inviolabilidad de sus derechos, en el libre desarrollo de su personalidad. Las reglas de la democracia no son, no pueden ser en sí mismas, tan formales que alguien pueda convertir su acceso democrático al poder en título legitimador de un voluntarismo normativo que desconozca aquellos fundamentos del orden constitucional.

Si el Estado democrático es la organización de la sociedad sobre el presupuesto de su pluralismo, está fuera de lugar la confusión del todo con la parte, por importante y significativa que ésta sea. Y esa confusión deviene especialmente peligrosa cuando se profesa una concepción del poder como algo susceptible de conquista que los vencedores disfrutan incondicionalmente y los vencidos han de soportar resignadamente. En puridad, el Gobierno, cualquier Gobierno, por grande que sea su respaldo electoral o social, no debe, no puede considerarse titular del poder “del” Estado, sino del poder “en el” Estado. El reconocimiento de la oposición como partícipe del poder “del” Estado, aunque no sea su titular “en él”, rescata la correcta concepción de la política democrática como campo de diálogo y conciliación, de suerte que el acto de poder venga a ser, en definitiva, visible efecto de una actuación cooperativa. En otro caso, se difumina el consenso deseable bien que decreciente y selectivo con respecto al constituyente objeto de las agudas reflexiones del profesor Alzaga— y se impone el espíritu de dominación potencialmente disgregador.

El régimen parlamentario, en su más significativa y actual versión, presupone reconocer en una Asamblea la representación del pueblo (artículo 66 de la Constitución Española), del que emanan los poderes del Estado (artículo 1.2); a esa Asamblea —el Parlamento, las Cortes Generales en la identificación institucional española— corresponde ejercer la potestad legislativa y controlar la acción del Gobierno, un Gobierno que, por ser parlamentario, se legitima por la obtención y mantenimiento de la confianza del Parlamento (artículos 99 —investidura—, 113 y 114 —moción de censura— y 112 —cuestión de confianza— de la Constitución Española), ante el que responde solidariamente en su gestión política (artículo 108).

Esta sintética descripción es suficiente para justificar la afirmación de que el primero y esencial diálogo de la democracia es el que se establece entre el Parlamento y el Gobierno, lo mismo para el normal desenvolvimiento y articulación de sus respectivas funciones en el proceso legislativo que para la efectiva acción de control parlamentario sobre el Ejecutivo. La importancia de esa dialéctica institucional podrá sin duda ser diferente, de hecho y con relevancia política, según sean el grado y condiciones del respaldo parlamentario con que se forme y actúe un Gobierno determinado, pero en ningún caso puede diluirse la dualidad institucional (Parlamento/Gobierno), de modo que, siendo el Ejecutivo sujeto pasivo del control parlamentario, encorsete al propio órgano controlador a través de la mayoría de la Cámara; como tampoco puede desvirtuarse el diálogo de suerte que las razones con que se traba cedan ante la razón numérica de los votos, no ya para cerrar un debate sincero y abierto, sino como final anunciado de un mero trámite —el debate— apriorísticamente cerrado a la apreciación y valoración de los argumentos intercambiados.

La sensibilidad a los valores constitucionales postula que el diálogo cardinal de la democracia parlamentaria entre las Cortes y el Gobierno sea auténtico y fecundo, y que, como tal, se perciba por la opinión pública, cuya confianza en el orden político se cimenta en la convicción de que los problemas reales son objeto de tratamiento y que se alcanzan soluciones como fruto de una equilibrada composición de los diversos puntos de vista, y no de la sistemática e indefectible imposición de uno de ellos.

Una práctica política coherente con esa necesidad se orienta directamente a enraizar los valores democráticos en la conciencia social y apuntalar la confianza del pueblo en la Constitución y en sus instituciones. Y esos objetivos sólo son fiel y eficazmente servidos cuando

cada institución ejerce limpia y plenamente sus competencias, sin interferencias indebidas y sin menoscabo del respeto recíproco, y cuando, además, así lo percibe en términos convincentes la opinión pública.

El sentimiento y el espíritu constitucionales han sido frecuente objeto de meritorios estudios y de sagaces apreciaciones, bien sea para referir a ellos el sostén de sociedades estables, bien sea para descubrir en su ausencia o debilidad la raíz de inestabilidades comprobadas, bien sea, en fin, para subrayar la necesidad de actuaciones que propicien su florecimiento en la entraña popular como requisito de una razonable convivencia.

La lealtad constitucional presupone el espíritu y el sentimiento en el mundo interiorizado del pensamiento y de la emoción, pero exige también su consecuente proyección externa en la acción y en la conducta.

A nadie puede ofrecer duda la importancia, para el orden político y social, del leal acatamiento a la Constitución por los poderes públicos y por los ciudadanos; imprescindible es su encarnación en el cotidiano ejercicio de convivencia y en los hábitos de comportamiento que forman la trama real de la vida colectiva; imprescindible es la lealtad como foco iluminador de los diálogos básicos de la democracia parlamentaria (diálogos entre Gobierno y Parlamento, entre mayoría y minoría).

No es menos necesaria la lealtad en las relaciones entre el poder central y los poderes de ámbito territorial limitado; no lo es menos, sino que lo es más cuando España se ha propuesto, como meta de gran calado histórico, la consecución de una organización territorial en la que se acomete la tarea de una distribución del poder político, atendiendo de consuno a la realidad de identidades históricas y a racionales objetivos de eficacia en la organización y actuación de los poderes públicos.

A partir de este planteamiento, es rigurosa y recíprocamente exigible un leal comportamiento constitucional del poder central y de los poderes autonómicos; lealtad que se quiebra cuando no luce una auténtica aceptación de la unidad de la Nación española y de sus requerimientos o una sincera abdicación de posiciones en la redistribución de poderes. Tanto puede faltarse a la verdadera lealtad constitucional por una desmedida aspiración expansiva de los nuevos poderes como por una cerrada constricción desde el encastillamiento del poder central.

Y los ciudadanos, a quienes es exigible, desde luego, un deber de lealtad, están investidos de plena legitimación para exigir a poderes e instituciones una actuación leal que no genere gratuitos conflictos ni degeneren en presiones ilegales o en demagógicas movilizaciones populares.

Así he entendido el magnífico discurso de D. Oscar Alzaga. Un discurso que es de buen augurio respecto de la contribución del nuevo Académico a las tareas de la Corporación. Un discurso que deja puestos voz y acentos convincentes para el hoy de nuestra España.

Bienvenido, Sr. Académico. Enhorabuena.