LÍMITES Y SOBERANÍA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA**

Resumen: En este trabajo se estudian las manifestaciones constituyentes de la soberanía, en cuanto poder originario e ilimitado de configuración política. En ese sentido, se presta atención a cuatro manifestaciones, dos de ellas plenas, desde un punto de vista jurídico: la Constitución y la Reforma constitucional, aunque la primera sólo sea ilimitada en el plano jurídico pero no en el material ni en el lógico. La Reforma de la Constitución es limitada desde el punto de vista jurídico, pues no puede destruir la Constitución ni es originaria. Como manifestaciones débiles de soberanía pueden considerarse los Estatutos de autonomía y los Derechos históricos; aquél no manifiesta verdadero poder constituyente y los derechos históricos no anteceden, ni en el plano lógico ni en el jurídico a la Constitución, en la que necesariamente han de enmarcarse.

Palabras clave: Soberanía, Constitución, Reforma constitucional, Estatutos de Autonomía, Derechos históricos.

Abstract: The article analyses the Constitutional expressions of sovereignty, as a primary and unlimited power of political building. In this sense the article considers four expressions, two of them broadly from the legal perspective: the Constitution and the Constitutional Reform, although the first one is unlimited from the juridical point of view but not in the material neither the logical perspective. The Constitutional Reform is limited from the legal point of view since it could not undermine the Constitution. Sovereignty weak expressions would be the Autonomous Statutes and the Historical Rights, the first ones are not an expression of the Constituent power and the second ones are not preceding, from the logical or legal perspective, the Constitution, which necessarily ought to comply with.

Keywords: Sovereignty, Constitution, Constitutional reform, Autonomous Statutes, Historical rights.

SUMARIO: I. EL PODER CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO COMO EXPRESIÓN DE SOBERANÍA Y SUPUESTO DE LA IDEA NORMATIVA DE CONSTITUCIÓN; 1. La historia de la soberanía; 2 Soberanía y Estado federal; II. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO; 1. Nación y Constitución. El nacionalismo constitucional; III. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN: MODALIDADES, LÍMITES MATERIALES, CAUCES PROCEDIMENTALES, POSIBLE CONTROL DE LA MISMA; 1. La delimitación del ámbito material de la reforma; 2. Problemas procedimentales de la Reforma; 3. La Reforma y su control; IV. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO MA-

* Fecha de recepción: 30 de junio de 2009.

Fecha de aceptación: 14 de julio de 2009.

** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

MANIFESTACIÓN DE UNA POTESTAD SEMICONSTITUYENTE DE NACIONALIDADES Y REGIONES; 1. Manifestaciones de la cuasiconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía; V. AUTODETERMINACIÓN Y DERECHOS HISTÓRICOS COMO RASGOS HIPOTÉTICOS DE SOBERANÍA ORIGINARIA; 1. Los derechos históricos forales no son derechos de soberanía; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PODER CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO COMO EXPRESIÓN DE SOBERANÍA Y SUPUESTO DE LA IDEA NORMATIVA DE CONSTITUCIÓN

La idea normativa de Constitución atribuye a ésta el establecimiento del sistema político de la comunidad, convirtiéndose en el fundamento de legitimidad del poder y medida de su ejercicio, pasando a ser la primera norma del ordenamiento, que determina la validez y alcance de las demás. Esta concepción de la Constitución seduce sin duda *desde un punto de vista lógico* en cuanto ordenación racional del sistema político y ley superior del orden jurídico, que explica su coherencia y determina la validez de las normas que lo integran. Respondería entonces tal noción constitucional a determinadas exigencias, si se quiere de orden intelectual.

Desde este punto de vista, la idea normativa de Constitución está ligada a determinada época histórica, coincide básicamente como sabemos con los esfuerzos de la Ilustración por establecer un orden político, también –como el mundo de la naturaleza–, conformado por estándares de racionalidad, previsión y orden. Políticamente lo que el constitucionalismo representa es la pretensión de la Revolución para acabar con los abusos, el desorden y la arbitrariedad del antiguo régimen. Ciertamente cabía encontrar antecedentes al constitucionalismo y señalar fenómenos históricos, sobre todo la secularización del orden político sin los cuales la idea de constitución no se hubiera podido afirmar.

Pero la idea normativa de Constitución depende de modo innegable de *sus supuestos democráticos*, de modo que en última instancia es su condición de norma querida por el pueblo, expresión inmediata y eminente de su soberanía, lo que explica la inexorabilidad de su obediencia y la legitimidad de su pretensión de contener la ordenación completa de la vida del Estado y presidir y regir su orden jurídico. Veamos esto con algún detalle. En efecto, la idea normativa de Constitución lleva también a la consideración del poder constituyente, pues la fuerza de obligar de la Constitución y su supremacía en relación con el resto del ordenamiento, derivan de la condición del poder constituyente en cuanto manifestación extraordinaria de la soberanía. La expresión primera de la soberanía de la comunidad se realiza cuando ésta, actuando como poder constituyente, decide sobre su configuración política, adoptando determinada organización o forma para su futuro. La Constitución obligará como ninguna otra norma precisamente por su origen democrático, en cuanto decisión primera y fundante de la comunidad sobre el propio orden político.

La remisión final, en el sentido de origen más remoto y decisivo, de la Constitución a la soberanía no puede dejar de sorprender, pues *la soberanía* es un concepto bastante problemático, de significación política antes que teórica, y por ello muy ideologizado. Se trata además de un concepto equívoco: parece inevitable, en cuanto remite al fulcro o elemento esencial del Estado, pero al tiempo es claramente banalizable, así cuando impropriadamente aludimos a la cesión de soberanía que estaría haciendo el Estado hacia unidades políticas infra estatales o supra estatales; metodológicamente, por otra parte, no deja de ser cuestionable el recurso a la soberanía, pues parece remitir a planteamientos esencialistas o abstractos para entender el Estado, objetivo más fácilmente conseguible partiendo del examen de los sistemas políticos concretos, en los que la soberanía parece inaprehensible, y por ello cabe considerarla una categoría prescindible.

1. La historia de la soberanía

La historia de la soberanía presenta dos momentos claves: nos referimos primeramente a la reflexión que tiene lugar en el antiguo régimen, por parte, especialmente de BODINO y HOBBS; y, en segundo lugar, a la teoría constitucional de la Revolución cuya sistematización (realizada, por cierto, no de modo inocente) correrá a cargo del positivismo jurídico alemán. Nos interesa resaltar lo que podríamos llamar destilación conceptual de esta doble reflexión y que consiste en lo siguiente: hay que distinguir primeramente lo que es la *manifestación ordinaria* de la soberanía, en la que ésta aparece como el poder de los órganos del Estado actuando según sus competencias, esto es como potestad pública. Se trata entonces de un poder estatal, irresistible, pero constituido y limitado.

Pero la soberanía tiene asimismo una *manifestación extraordinaria*, la soberanía de los grandes días, o poder sobre el Estado, precisamente acerca de su constitución o configuración política; trátase entonces de un poder no sólo irresistible sino ilimitado. En cualquiera de las dos manifestaciones de la soberanía la dimensión jurídica de la misma es inevitable: es precisamente su disposición del poder jurídico, el modo de decisión sobre el derecho, lo que diferencia las diversas concepciones de la soberanía. En BODINO, pensador francés del siglo XVI, la ley es el mandato normador del soberano, esto es la decisión libre del rey sobre lo que obliga a la comunidad. En la Revolución la soberanía es establecer el orden constitucional, ejercer el poder constituyente. Pero repárese en que más allá del propósito del teórico y de los propios términos –ideológicos– que se empleen para describir la potestad legislativa del monarca, para BODINO el poder del soberano no es poder absoluto, pues ni decide sobre lo que es público, ni sobre la base constitucional de su poder: el rey es poder constituido incapaz de alterar las leyes fundamentales –el orden constitucional– que están sobre el monarca y son la base de su justificación.

La soberanía sólo se hace poder absoluto, ilimitado, cuando es poder constituyente (esto es, en *la Revolución*), aunque este poder sólo tienen un objetivo: constituir el Estado.

Pero en esa actuación constituyente, exclusiva en su objeto y episódica en el tiempo, el soberano no tiene límite alguno: jurídicamente, la configuración política del Estado puede hacerse según su única voluntad, sin atención a ligaduras éticas o compromisos históricos, que la Revolución no tolera; aunque se trata de una actuación limitada al gran día, de modo que tras su aparición el poder constituyente se oculta o desvanece.

2. Soberanía y Estado federal

El juego del *concepto de soberanía en el Estado federal* merece una breve referencia en cuanto que se trata de un modelo muy próximo a nuestro Estado autonómico. En el Estado federal la soberanía se muestra en el momento constituyente de modo extraordinario, como poder originario e ilimitado, y reaparece como poder constituido, si se quiere decir como soberano debilitado, en el Tribunal Constitucional para resolver conflictos entre el Estado central y los Estados miembros. Así, la cuestión de la soberanía sólo se plantea como tal en el momento constituyente; después, lo que hay es un reparto competencial, que reconoce una situación de liderazgo a la Federación (poder de supremacía) y que garantiza la unidad del Estado al encomendar el respeto del orden constitucional a un Tribunal cuyo parámetro de actuación obviamente no es la voluntad de la Federación, sino exclusivamente la Constitución. De otro lado, las Constituciones de los Estados también tienen su base constituyente originaria y propia, aunque sea compartida y limitada.

II. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Como hemos señalado, la soberanía se manifiesta antes de nada como poder constituyente, entendiendo por tal la capacidad originaria e incondicionada de una comunidad de dotarse de un orden constitucional propio y disponer del mismo. Soberanía es la propiedad del Estado, dice JELLINEK, “en virtud de la cual corresponde únicamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo”.

El poder constituyente corresponde exclusivamente al pueblo. Así, el poder constituyente originario aparece como el presupuesto inexcusable de una Constitución democrática, que lo es no sólo porque determina y organiza la intervención popular en la constitución y funcionamiento de las instituciones políticas (al establecer el derecho de sufragio e instituir determinados órganos cuya formación y funcionamiento son democráticos), sino, evidentemente, porque ella misma es obra del pueblo, que muestra su soberanía, precisamente constituyéndose, decidiendo libre, originaria e ilimitadamente sobre su propia existencia política: de modo que la Constitución es ante todo la manifestación obvia de la soberanía, el resultado eminente del ejercicio de la misma.

La originariedad del poder constituyente impide deducirlo de un acto anterior, autorizatorio o habilitante, que no sea la propia decisión soberana del pueblo; la libertad del mismo se refiere a la independencia de su actuación, de suerte que no se acomode a condicionamientos o exigencias de poder exterior o interior alguno al propio pueblo; su condición ilimitada apunta a la inexistencia de impedimentos jurídicos para regular cuantos asuntos desee de la vida de la colectividad.

Esta concepción del poder constituyente –como poder originario, libre e ilimitado– se establece exclusivamente en términos jurídicos, y naturalmente no equivale a una visión demiúrgica del mismo, que podría, aparentemente, encontrar apoyo en la función constitutiva del orden político desarrollada por la Constitución (la Constitución determina la organización del Estado y prescribe, en los términos de sus normas, su funcionamiento) y en el orden jurídico por la preeminencia de la Constitución, como norma más alta y medida de las demás. En efecto, el poder constituyente no puede saltarse el canon de Constitución, establecido por el art. 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, ni puede regular todos los aspectos de la vida de la colectividad, ni ignorar los condicionamientos históricos del pueblo: no se puede disponer de todo, al menos de una vez; ni mudarlos todo sin tener en cuenta las resistencias y condicionamientos de la realidad política. “El constituyente sólo puede configurar de nuevo la vida del pueblo, únicamente en algunos rasgos, pero sin pretender abarcar todo de una vez. Porque no se puede sacar al pueblo de su historia, suspendiendo su vida” (J. ISENSEE).

1. Nación y Constitución. El nacionalismo constitucional

La atribución del poder constituyente al pueblo, como manifestación más obvia de su soberanía, presenta otros dos aspectos de máximo interés: la Constitución como obra del pueblo, en ejercicio de su soberanía, contribuye a su autoidentificación, a la asunción o toma de conciencia por éste de su identidad. El pueblo, es cierto, es un colectivo plural, desgarrado por divisiones y enfrentamientos derivados de las diversas solicitaciones en su seno de lealtades particularistas, de las que las más peligrosas para la unidad son, sin duda, las de base territorial; pero, con todo, trátase de un colectivo capaz, a través de su representación, de adoptar decisiones fundamentales sobre su constitución y su organización política, sobre su propio futuro. El momento constituyente, *el gran día*, es la oportunidad de afirmación colectiva de la comunidad, que consigue un acuerdo sobre su configuración y porvenir políticos. El acto constituyente refuerza la identidad colectiva: es la ocasión en que el pueblo define (actuando solemnemente y dotando del rango normativo máximo al acuerdo) los intereses y los propósitos de la colectividad.

En el acto constituyente hay entonces una evidente resonancia nacionalista, pues si la nación presupone una vinculación especialmente fuerte, una conciencia de la pertenencia a un grupo humano en cuyo destino nos sentimos voluntariamente partícipes, no cabe duda de

que el momento constituyente identifica al grupo nacional (una nación es un pueblo que se autodetermina jurídicamente) y refuerza su identidad (la prueba, una más, de la existencia de una nación es su capacidad para autodeterminarse). Esta proximidad entre el acto constituyente y la nación permite hablar, ciertamente, primero, de una legitimación nacionalista de la Constitución: la Constitución se justifica por su carácter nacional, en cuanto instrumento de autogobierno propio, por su aportación a la constitución política de la nación, a la que dota de su correspondiente organización, de modo que la Constitución se acepta no sólo por su utilidad o necesidad en cuanto soporte de una determinada idea –democrática, liberal– del orden político, asumida de acuerdo con patrones universales de racionalidad o eficiencia técnica, sino porque es *la nuestra*, la que nos hemos dado según nuestras necesidades, conforme a nuestra experiencia y cultura histórica. Naturalmente, como se ha puesto de manifiesto en alguna otra ocasión, el que no se renuncie a la legitimidad nacionalista, desechando la aglutinación política resultante de la congruencia nacional, no equivale a atribuir a la nación el monopolio de la lealtad política ni la negación a compartir vínculos políticos de naturaleza territorial, ya estemos hablando de un espacio de integración superior a la nación –Europa– o inferior a ella –la nacionalidad o Comunidad autónoma–.

En segundo lugar, la dimensión nacional del acto constituyente permite referirse al nacionalismo constitucional: la Constitución –los valores que proclama, los principios que admite– como referente y condensación del nacionalismo popular; de modo que no es ya el nacionalismo el que justifica la Constitución, sino la Constitución la que cifra o identifica el contenido del nacionalismo. Si el nacionalismo es el elemento espiritual que unifica la comunidad o pueblo es importante que su referente básico no sea la historia o determinados rasgos étnicos, culturales o institucionales, sino ese soporte de libertad, democracia y respeto de la dignidad humana asumido como decisiones fundamentales en la Constitución. Tal idea del nacionalismo constitucional puede salvar al nacionalismo, liberándolo de tendencias etnicistas y desvinculándolo de las imposiciones de la historia.

La relación entre la Constitución y la soberanía nacional sirve asimismo para reforzar la unidad del Estado, como organización política, y del ordenamiento, como sistema jurídico, lo cual es especialmente importante en un sistema como el nuestro, políticamente compuesto y jurídicamente complejo. Por ello, la afirmación, primero, de la unidad del Estado, en cuanto conjunto institucional, dotado de homogeneidad mínima en todo el territorio y cuyas autoridades en el marco de sus atribuciones atestigüen la presencia individualizada de cierta acción y decisión políticas y, en segundo lugar, del ordenamiento como regulación normativa, cierta y sistemática, aunque compleja, y no, respectivamente, de un mero conglomerado político y un *totum revolutum* normativo, no son simples presupuestos o exigencias, antes que nada lógicas, sino la correspondencia de una unidad operante en la base del orden jurídico y político, que en tal unidad refleja su propia homogeneidad. Así, la unidad política y jurídica del Estado no es sino la manifestación de la del sujeto cuya voluntad le sirve de base.

III. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN: MODALIDADES, LÍMITES MATERIALES, CAUCES PROCEDIMENTALES, POSIBLE CONTROL DE LA MISMA

La actuación del poder constituyente constituido (o poder de reforma) tiene en cambio un significado menor desde el punto de vista de la soberanía, pues en este caso no se ejerce un poder originario, ni libre, ni incondicionado. Se trata, en efecto, primeramente de un poder derivado, pues la capacidad de disponer de la Constitución aunque denota un poder que sólo tiene el soberano procede —no la antecede, como ocurre en el caso del poder constituyente originario— de la Constitución: esta procedencia determina una vinculación constitucional en la operación de la reforma especialmente fuerte en el plano formal, pero que no sólo hay que entender temporal y procedimental, pues al poder constituyente constituido le es dado actuar únicamente por medio de los órganos a los que la Constitución originaria ha reservado el ejercicio de la función constituyente y a través de los procedimientos impuestos al mismo. En efecto, también materialmente el poder constituyente originario impone límites a su sucesor, de modo que a través de la reforma difícilmente puede acometerse una actividad fundante del orden político y en ningún caso verificarse una rectificación que impida —en la definición o en el funcionamiento del sistema político— seguir considerando democrático al orden constitucional tras dicha reforma. Por ello resulta aceptable cambiar la Constitución, introduciendo modificaciones en ella, que pueden tener incluso una pretensión global o general o “total”, como dice el artículo 168 de la Constitución española; pero es inasumible, a nuestro juicio, *cambiar de Constitución*, lo cual no es ejercer un poder de revisión, sino de destrucción de la misma. Esto es lo que acontece cuando se muda la titularidad del poder soberano, se le dificulta su actuación en el futuro o se impide un funcionamiento democrático al sistema político en virtud de supresiones o limitaciones intolerables de los derechos fundamentales.

1. La delimitación del ámbito material de la reforma

Estas consideraciones conviene tenerlas en cuenta a la hora de proceder a la delimitación correcta del ámbito material de la reforma que se contempla en los artículos 167 (por exclusión) y 168, respectivamente, de nuestra Constitución. En efecto, el artículo 168 CE contempla los llamados supuestos de reforma total o parcial asimilada. El primer supuesto del artículo 168 CE es por tanto el de la reforma total.

¿Cómo hay que entender esta expresión? ¿Como sinónimo de reforma sobre las raíces o estructuras básicas, sobre los mismos supuestos del orden constitucional; o estamos, más bien, ante una reforma caracterizada por su extensión, ante una reforma general, en el sentido de generalizada, más que en el de una modificación completa o esencial? A nuestro

juicio, estaríamos ante una reforma desde luego referida a diversos institutos o preceptos, ante una reforma que pudiese afectar a los rasgos típicos, incluso a esas decisiones configuradoras del constituyente, las que dan a la Constitución su estructura y rasgos propios y conocidos, por ejemplo los correspondientes a su forma de estado desde el punto de vista de la distribución territorial del poder o sobre su carácter social, etc., por supuesto a la forma de gobierno, de modo que el Estado español pudiese pasar de monarquía parlamentaria a república parlamentaria o no, etc. Pero con el límite del respeto de la condición de sistema democrático, en su reconocimiento y en su ejercicio.

Quiere esto decir que parece indiscutible la existencia de límites, estén o no reconocidos en la Constitución, lógicos o inmanentes, o como se les quiera llamar, pero en cualquier caso indisponibles al poder de reforma de la Constitución. De modo que, como se adelantaba anteriormente, una cosa es *cambiar la* Constitución, introduciendo modificaciones en ella, que pueden tener incluso una pretensión global o general, o “total” como dice nuestro artículo 168 C.E., y otra cosa es *cambiar de* Constitución, lo cual no es ejercer un poder de revisión sino de destrucción de la misma. La primera modificación (cambios en la Constitución) es lícita constitucionalmente hablando, la segunda (cambio de Constitución) es inmantenible, pues, a nuestro juicio, en este tipo de cambios no puede afirmarse continuidad verdaderamente jurídica entre el primer documento constitucional y el segundo, por lo menos en el plano material.

La incongruencia radical entre un orden democrático y un sistema autoritario impide deducir jurídicamente éste de aquel, presentando al segundo como la modificación del primero, aunque no se haya interrumpido formalmente el tracto entre ellos, proponiendo una verdadera vinculación mutua. Subrayando esta mera apariencia de continuidad jurídica entre las dos situaciones, deberíamos señalar la imposibilidad de considerar desde un punto de vista jurídico válida la renuncia popular a la libertad, y por tanto constitucionalmente admisible, pues un pueblo que renuncia a la democracia no decide en libertad, sino que (ya) no es libre para decidir.

Precisamente, la conexión con la democracia se plantea al proponerse, en términos jurídicos, la posibilidad de una reforma constitucional que rectificara la organización territorial autonómica, de modo que se reimplantara el sistema centralista o se rebajase el significado político de la autonomía a una simple descentralización administrativa. Evidentemente, tal reforma –visto el alcance de su planteamiento– afectaría a las decisiones constitucionales que se adoptan en el Título Preliminar; pero estamos apuntando más allá y señalando que, en la medida en que la reforma autonómica pueda relacionarse con la propia condición democrática del Estado, estaríamos ante uno de los límites implícitos indisponibles para el poder constituyente constituido, ni siquiera recurriendo al procedimiento de revisión del artículo 168 de nuestra Constitución.

La doctrina constitucional alemana ha deducido del principio del Estado de derecho, precisamente de la variante propiamente constitucional de aquél, un subprincipio que, al

imponer la eficacia del legislador en el cumplimiento constitucional, establece la irreversibilidad de la protección de este tipo. Como esta teoría se refiere principalmente a los derechos fundamentales, el deber constitucional de que estamos hablando se incumpliría en el caso de que la protección conferida a los mismos, con independencia de sus garantías acentuadas, se rebajase al nivel preconstitucional. Ciertamente se trata de un deber del legislador respecto del constituyente, pero podría pensarse que la prohibición de retroceso o irreversibilidad habría de obligar especialmente al constituyente. Volviendo al supuesto de los derechos fundamentales, las especificidades formales de la ley orgánica (la exigencia de la mayoría absoluta en el Congreso para su aprobación o modificación) operan precisamente como una garantía de firmeza de determinados contenidos –materialmente de importancia cuasi constitucional–. ¿Por qué no atribuir esa función estabilizadora también a las exigencias procedimentales en la actuación del poder constituyente constituido?

Ciertamente, con todo, que los procedimientos agravados establecidos al respecto jurídicamente no tratan de impedir la reforma, sino de dificultarla, pero sin predeterminedar su significado, de modo que, al menos en teoría, cabría una reforma restrictiva, que no supresora, de las oportunidades democráticas de ejercicio del poder, por más que el escenario político en que ocurriese tal reforma es difícilmente imaginable. Si afirmamos, cosa que hoy nadie dudaría, la determinación descentralizada de la democracia española, una rectificación cualitativa de nuestro sistema autonómico, a la vista de la afectación a la condición democrática de nuestro Estado, sería considerada desde un punto de vista jurídico más una supresión insoportable que una restricción aceptable.

La determinación del ámbito material de la reforma en el caso de los otros supuestos del artículo 168 CE tampoco es fácil: ello depende *del objeto* al que esas modificaciones se refieran y *del carácter* de esas modificaciones, deducidas de la expresión utilizada por el constituyente para su descripción. La modificación constitucional puede recaer sobre el Título Preliminar, el Capítulo segundo (Sección 1ª) del Título I y el Título II. Repárese en que lo que el constituyente reserva al procedimiento del artículo 168 CE es una reforma referida a bloques normativos de la Constitución *in toto*; esto es, no se seleccionan diversos preceptos o determinadas figuras de esos sectores constitucionales, sino los mismo títulos y capítulos en su totalidad, sea cual sea la figura jurídica que abarquen o el precepto que incluyan y no como en otros tipos de reserva (piénsese en la materia cuya regulación impone el constituyente a la ley orgánica, cuando se reserva este tipo de norma para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluidas, al lado de otras figuras como se sabe en la Sección 1ª del Capítulo 2º, o cuando se prohíbe al Decreto-ley una determinada normación sobre los derechos deberes y libertades del Título I, aunque naturalmente el Decreto-ley no esté vedado para la normación de otras materias contenidas en tal sede constitucional ni para la de esas mismas figuras cuando de ellas no resulten titulares los ciudadanos). Piénsese además que lo que el constituyente reserva al procedimiento del artículo 168 CE no es sólo una enmienda referente directamente a dicho objeto material consistente en la alteración (o modificación), supresión o adición del texto sino cualquier cambio que

“afecte” a dicho ámbito material. El problema es importante porque verdaderamente es muy difícil, en una interpretación rigurosa del término afectar, imaginar cualquier cambio constitucional, que a la postre no acabe “afectando” a otro ámbito material que el objeto directo de la modificación, especialmente si nos referimos al Título Preliminar, donde se albergan principios que son materia de especificación en el resto de la constitución, de modo que cabe pensar en un cambio referido directamente a una materia no cubierta específicamente por la reserva, pero que acaba afectando al Título Preliminar. La solución interpretativa ha de venir proponiendo una comprensión del término “afectar” que acepte la inclusión en la reserva, además de aquellas reformas que consistan en la modificación directa de las partes protegidas expresamente, aquellos cambios constitucionales que, sin referirse directamente a estas materias, guarden con las mismas una conexión evidente y directa, de modo que además de la reforma directa sobre el ámbito expresamente reservado al procedimiento del artículo 168, habría de seguirse el mismo en la reforma de aquellos preceptos que guardasen con la parte protegida una relación obvia e inevitable.

La delimitación del objeto reservado al artículo 168 CE, establecido *in toto* a partes completas del articulado constitucional, impide excepcionar de la reserva cualquier contenido de la misma por irrelevante que pudiese ser su objeto o lo intrascendente de la modificación (evidentemente no tiene la misma importancia una enmienda constitucional que se propusiese la supresión de la monarquía, que la que especificase una mayoría especial para la ley que prohibiese a una persona con derechos sucesorios contraer matrimonio; ni una reforma constitucional que excluyese del control parlamentario de los medios de comunicación social la misma importancia que una modificación constitucional que introdujese la autorización previa para el ejercicio del derecho de reunión).

2. Problemas procedimentales de la Reforma

En relación con el procedimiento destaca el *quorum* cualificado exigido y la complejidad del mecanismo seguido en el caso de las reformas agravadas del artículo 168 CE. Las reformas ordinarias (art. 167 CE) requieren de la aprobación de tres quintos en cada una de las Cámaras, aunque se admite rebajar la mayoría requerida en el Senado, a la absoluta, aumentándose en ese caso la exigida en el Congreso, de dos tercios. Se prevé la intervención de una Comisión Mixta paritaria si el Senado decidiese introducir cambios en el texto del proyecto que le llegue del Congreso. Se contempla el referéndum facultativo, en cuanto a su celebración, sin dejar de ser vinculante en cuanto a sus efectos, caso de que lo soliciten, en tiempo, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Problemas de fuste se plantean, en los supuestos *de Reforma total y asimilada del artículo 168 CE*, en donde se parte de una situación de equivocidad e incompletud desde el propio texto constitucional. La primera cuestión importante se refiere a la comprensión del significado a atribuir a la exigencia de acuerdo en ambas Cámaras sobre el “*principio*” de

reforma total o asimilada de la Constitución (art. 168 CE). Los Reglamentos del Congreso y del Senado identifican la aprobación del principio de Reforma con la de su iniciativa, de modo que la votación prevista al respecto se referirá a un texto articulado y no a una declaración política sobre la conveniencia de iniciar la reforma prevista en el artículo 168 CE. Esta opción reglamentaria es congruente con la concepción general de la iniciativa que se tiene en nuestro ordenamiento, como modo de comenzar el procedimiento legislativo, y con el propio significado a conferir al artículo 166 CE como norma común para los supuestos de reforma parcial y revisión total; pero se aviene mal con el tenor del artículo 167 CE, que parece contemplar un acuerdo previo sobre la pertinencia de la Reforma antes que sobre un proyecto o proposición concretos y con el hecho de que la disolución obligada de las Cámaras produce el decaimiento de todos los asuntos en trámite, principio de funcionamiento al que se opondría esa previsión de vinculación, mediando, eso sí, un pronunciamiento expreso de rectificación de las Cámaras, al proyecto constitucional aprobado en la anterior legislatura.

Aprobado el principio de Revisión en ambas Cámaras por una alta mayoría –superior a la necesaria para la Reforma parcial del artículo 167 CE–, en el caso de acuerdo completo entre ambas Cámaras, tiene lugar la disolución de las Cortes. La *ratificación de la decisión* supone el pronunciamiento de las nuevas Cámaras sobre el proyecto o proposición aprobado por las anteriores. El Reglamento del Congreso no prevé *quorum* para este acuerdo, lo que sí hace el del Senado estableciendo la necesidad de la adopción del mismo por mayoría absoluta. La Constitución contempla, como hacen los Reglamentos del Congreso y del Senado, la tramitación del proyecto de reforma en ambas Cámaras, lo que abre naturalmente la posibilidad de que el Senado introduzca *enmiendas* al texto normativo procedente del Congreso. El problema consiste en que el constituyente no ha previsto la operación, como en caso de la Reforma parcial, de una Comisión mixta que proponga un texto de conciliación para su aprobación por ambas Cámaras. La solución sólo podría consistir en exigir la aprobación de la Cámara Baja de las reformas introducidas por el Senado con la mayoría exigida en la Constitución, sin admitir, por tanto, la actuación de una Comisión de conciliación, cuya no previsión por el constituyente ha de entenderse como un rechazo de la misma.

3. La Reforma y su control

Cuestión interesante es la referente a la posibilidad de un control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, que podemos presentarnos en los términos en que se plantea en el ordenamiento español, prescindiendo de las dificultades derivadas de la no previsión de las reformas constitucionales entre los instrumentos susceptibles de control de la constitucionalidad, según el artículo 27 LOTC. El control de la constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional puede referirse bien a los supuestos ordinarios contem-

plados en el artículo 167 CE; bien a los extraordinarios *ex* artículo 168 CE; esto es, casos de reforma total o parcial asimilados.

La problemática es diferente. El control de la reforma ordinaria puede alcanzar tanto a vicios de inconstitucionalidad material o competencial –supuestos de inobservancia de la reserva constitucional de determinado contenido al procedimiento establecido en el artículo 167 CE; esto es, cuando se produzca una invasión material por parte del órgano constituyente constituido especificado en dicho artículo–, como de inconstitucionalidad formal o procedimental –cuando en la actuación de la reforma constitucional no se hayan respetado las prescripciones constitucionales en el *iter* parlamentario–.

El control de la constitucionalidad de las reformas extraordinarias del artículo 168 CE, en principio, sólo podrá ser de carácter formal, si aceptamos la inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional. Si reducimos la existencia de límites intrínsecos a la reforma de la Constitución al respeto por parte del constituyente de aquellas exigencias imprescindibles mínimas, constreñidas al mantenimiento de las garantías como orden abierto del sistema democrático, el control de la constitucionalidad de las reformas extraordinarias o cualificadas habría de reducirse a verificar exclusivamente si tras la reforma el sistema constitucional puede seguir siendo calificado como orden democrático abierto, sin que, por tanto, pudiesen ser objeto de control los cambios que afectasen a la forma de gobierno e incluso a las especificaciones de la forma de Estado que no pongan en cuestión su democraticidad.

Quizás podríamos hablar asimismo de un control material competencial en el examen de la constitucionalidad de este tipo de reformas si, cosa harto improbable, se hubiese utilizado el procedimiento para reformar la Constitución previsto en el artículo 168 para un supuesto, por error en la calificación de la reforma, de los comprendidos en el artículo 167, de modo que el agravamiento del procedimiento hubiese sido superfluo, aunque en este caso la aplicación del principio “quien puede lo más puede lo menos”, impediría extraer consecuencia anulatoria alguna.

IV. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO MANIFESTACIÓN DE UNA POTESTAD SEMICONSTITUYENTE DE NACIONALIDADES Y REGIONES

La atribución de su titularidad y la identificación de las manifestaciones extraordinaria y ordinaria del poder constituyente en los términos que han quedado estudiados ayuda al planteamiento de algunos aspectos de la soberanía especialmente relevantes, habida cuenta del carácter autonómico del Estado: si la soberanía corresponde al pueblo español y ésta se agota en el ejercicio de la función constituyente, ¿qué base corresponde a los Estatutos de autonomía en cuanto normas fundantes de los ordenamientos territoriales? Los Estatutos

de autonomía, a pesar de su condición derivada y limitada de la Constitución, indudablemente tienen una *función semiconstituyente*, desarrollada, no en virtud de la disposición de un poder soberano, que manifiesta un poder político que se afirma primero en el momento originario de la Comunidad –por lo demás, con un significado fundante (o constituyente) de más alcance que el de muchas Constituciones– y se confirma, después, en la indisponibilidad ordinaria de ese orden por quien no sea la Constitución sin su consentimiento y en la capacidad de las Comunidades autónomas de establecer dentro de sus atribuciones una verdadera política propia. Los ordenamientos territoriales no derivan de un poder constituyente propio de las nacionalidades y regiones: su base jurídica es la Constitución, obra sí del único poder soberano que se reconoce en nuestro ordenamiento y que corresponde al pueblo español. Por ello, los Estatutos de autonomía –cabeza y fundamento de los ordenamientos territoriales–, a pesar de su condición de expresión e instrumento de la autonomía –“paradigma de los instrumentos jurídicos de autogobierno de ésta”– son, en puridad, “fuente heterónoma” aprobada por las Cortes generales como Ley Orgánica.

La *procedencia última del Estatuto del poder constituyente español* –expresión de la soberanía española, y no manifestación inmediata de un poder político originario inexistente–, lleva desde luego a considerar como derivada constitucionalmente la autonomía. En efecto, la conexión constitucional del Estatuto se manifiesta primero en la dependencia original del mismo que de la Constitución recibe las condiciones procedimentales de su elaboración con el señalamiento de límites y la imposición de contenidos, a través de la técnica de la reserva; en segundo lugar, en la medida en que su interpretación ha de ser, como la de todo el ordenamiento, necesariamente constitucional; y, por último, porque una reforma constitucional, observados los límites a la misma derivados de la relación de la autonomía con la democracia, puede inducir la correspondiente modificación estatutaria. Pero la derivación constitucional de la autonomía no puede llevar a olvidar la *dimensión cuasiconstitucional* del Estatuto de autonomía, deducible ciertamente, como vamos a ver, de su función, pero relacionada con su propio fundamento; y apreciable ya en su misma estructura: *parte orgánica y parte* –aunque con limitaciones– *dogmática*, pues no hay derechos fundamentales estatutarios, pero sí hay determinaciones de este tipo que concretan, especificándolos, ciertos derechos constitucionales, especialmente en el caso de los derechos políticos, los derechos de configuración legal, etc.

1. Manifestaciones de la cuasiconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía

El Estatuto es una norma cuasiconstitucional, en primer lugar, en el plano del ordenamiento autonómico, que encabeza y preside, constituyendo verdaderamente a la Comunidad Autónoma que sólo existe como organización política tras su instauración en el Estatuto, contribución ésta fundante de los Estatutos que desde luego no tienen las Constituciones que, de ordinario, presentan en relación con la planta política del Estado más un significado

rectificador antes que fundador: los Estados preexisten a las constituciones, aunque obviamente no son estados constitucionales: están constituidos, pero no tienen una Constitución. Y también norma cuasi constitucional desde la perspectiva del propio ordenamiento general: en cuanto integrante del parámetro constitucional opera como canon de constitucionalidad para el propio Estado, cuyas competencias, en la medida que el derecho estatal es un derecho residual y supletorio del autonómico, dependen de la atribución de las competencias que las Comunidades hacen para sí en sus propios Estatutos.

Pero la intervención de la Comunidad en el ejercicio del poder estatuyente, sea en la elaboración o sobre todo en la modificación del Estatuto, tiene un relieve que no deja de denotar una cierta *potestad cuasiconstituyente*. En el caso de los Estatutos de régimen ordinario, la participación de la Comunidad Autónoma *in fieri* se produce exclusivamente en la fase de elaboración del proyecto; mientras que, en el caso de los Estatutos de régimen especial, la participación de la Comunidad Autónoma tiene lugar en las fases tanto de elaboración del proyecto como en su tramitación y aprobación con una intensidad (como muestra especialmente el sometimiento del proyecto al cuerpo electoral), que permite en relación con la propia intervención estatal, atribuir a este tipo de Estatutos un cierto carácter paccionado.

Pero la potestad constituyente se manifiesta sobre todo en la modificación estatutaria (lo cual es importante, porque la teoría constitucional siempre ha insistido en la capacidad de disposición más que de creación del orden constitucional como marca de estatalidad –véase JELLINEK y CARRÉ– y porque el reforzamiento de las atribuciones de los órganos autonómicos en la reforma de los Estatutos es una decisión de los mismos que resulta indicadora del dinamismo del sistema autonómico, que se funda en la Constitución, pero cuya potencialidad depende de las decisiones de las propias Comunidades Autónomas), en donde se percibe especialmente el carácter paccionado de los mismos, lo que es particularmente llamativo en el supuesto de las Comunidades de régimen ordinario cuya escasa potestad estatuyente –hasta el punto de que, aunque impropriamente, se pudo hablar de Estatutos otorgados– ha sido compensada notablemente por una considerable capacidad estatuyente derivada.

El caso es que con independencia de la formulación de la propuesta de iniciativa –intra o extra comunitaria– ésta corresponde a la Comunidad Autónoma, lo que posibilita la retirada del proyecto en cualquier fase de su tramitación, garantizándose así que la reforma no puede comenzar sin la adhesión de la Comunidad ni concluir sin su consentimiento. Así está abierta la intervención de la representación autonómica en la tramitación de los proyectos de reforma de Estatutos de régimen ordinario, y ello además tanto en el Congreso como en el Senado. De otro lado, en los supuestos de reforma de Estatutos de régimen especial, la intervención del cuerpo electoral ratifica el correspondiente proyecto de ley orgánica aprobado por las Cortes Generales, y no precede por tanto –como ocurría en la aprobación del Estatuto original– al acuerdo parlamentario: simbólicamente, se trata de una decisión

que completa la formación del proyecto y confiere a la intervención del cuerpo electoral un significado aprobatorio del procedimiento anterior de evidente relieve político.

V. AUTODETERMINACIÓN Y DERECHOS HISTÓRICOS COMO RASGOS HIPOTÉTICOS DE SOBERANÍA ORIGINARIA

La *atribución exclusiva* de la soberanía al pueblo español y su identificación con el ejercicio, ordinario o no, del poder constituyente; y la determinación jurídico política de la potestad estatuyente de las nacionalidades y regiones encuadran, nos parece, los términos en que puede plantearse correctamente, y con toda brevedad, la problemática del derecho de autodeterminación en nuestro ordenamiento, así como la respuesta que quepa dar a la pretensión del reconocimiento constitucional de algún tipo de soberanía originaria.

Si entendemos por autodeterminación la capacidad de decisión soberana de una colectividad territorial sobre su propia forma política, sólo el soberano dispone de esa facultad; pero en nuestro ordenamiento el soberano es el pueblo español en su conjunto y no ninguna fracción, sea definida en términos étnicos, culturales o territoriales, del mismo. En términos teórico abstractos, la autodeterminación es una decisión que precede al ejercicio del poder constituyente, pues coincide con la independencia o la secesión y corresponde por tanto a colectividades que forman parte de un determinado sistema político (en el supuesto de la *independencia* en condiciones desiguales, pues las colonias no tienen el *status* político de la metrópoli; en el caso de la *secesión* compartiendo en principio los derechos políticos de los demás territorios); pero cabría imaginar otros supuestos de autodeterminación: así, cuando un Estado se incorpora a otro, o la situación en que integrantes de una Organización internacional decidiesen diluirse en la misma a la que convierten en Estado mientras sus miembros desaparecen como tales.

La autodeterminación tiene una significación nacionalista evidente, y en ese sentido se corresponde, como vimos, con el ejercicio del poder constituyente originario por parte del pueblo: la construcción nacional, con todo, no dependerá sólo del momento fundante de la autodeterminación en cuanto decisión de establecer un orden político propio, sino también del momento constituyente posterior, cuando la comunidad adopte determinada forma política, precisamente la establecida en la Constitución. Sobre la autodeterminación reflexionaremos exclusivamente desde el plano de la teoría constitucional y el derecho positivo, sin menoscabo, naturalmente, de la admisión de su defensa en el terreno de la vindicación política o su –aunque obviamente no aconsejable– incorporación como derecho, modificando la imagen constitucional de la soberanía. Se hará, entonces, únicamente alguna observación en relación, de modo directo o indirecto, con la *titularidad* de la autodeterminación. Como hemos señalado, la decisión sobre la propia forma política normalmente será reclamada por una colectividad territorial; pero podría corresponder también al propio pueblo-nación, si éste decidiese renunciar a su organización estatal actual y formar un nue-

vo Estado en el que el presente quedase diluido. Admitida esta posibilidad (lo cual no es muy difícil de aceptar: los Estados no son estructuras “naturales”, necesariamente eternas, sino productos culturales, adaptados a las necesidades políticas, que pueden cambiar, de sus pueblos respectivos, y, por tanto, desde este punto de vista se trata de formas políticas históricas), la cuestión sería exigir que la autodeterminación fuese la consecuencia de una decisión explícita en un sólo acto; de modo que la renuncia a la forma estatal resultase de un acuerdo expreso, asumido consciente y voluntariamente por la colectividad y no el punto final de un proceso de desapoderamiento efectivo del Estado de aquellas facultades que permiten hablar de la capacidad soberana para actuar como una verdadera unidad de acción y decisión políticas.

Lo que es obvio es que el supuesto de autodeterminación (*autoliquidación*) de que estamos hablando no es realizable mediante reforma constitucional, de modo que en puridad nos volvemos a encontrar con la distinción entre autodeterminación y poder constituyente: las Constituciones no crean los Estados, que normalmente las preceden y no surgen de ellas –aunque un Estado puede, como *estado*, como sociedad política efectiva, no meramente ideada, coincidir con el surgimiento de la Constitución–; tampoco los Estados desaparecen por reforma constitucional –aunque una reforma constitucional pueda constatar esa desaparición–. Se muestra así, una vez más, la limitación de la reforma como institución constitucional, destinada a preservar no a destruir la Constitución: la reforma no puede consistir en la renuncia de poderes fundamentales del Estado; y naturalmente, si esto es así, mucho menos estos poderes podrán ser cedidos en virtud de la actuación de la previsión constitucional de transmisión de competencias del Estado a que se refiere, en el ordenamiento español, nuestro artículo 93 CE.

Por tanto, la decisión sobre la desaparición del Estado es un verdadero supuesto de autodeterminación, que es ciertamente una manifestación de soberanía, pero que no puede identificarse con el ejercicio de poder constituyente: liquidar un orden político no es configurarlo y el poder constituyente decide sobre un Estado –dándole la forma política correspondiente–, pero no lo crea. Por tanto, las decisiones sobre el origen y el fin de la sociedad política –aunque coincidan en ofrecer aspectos de afirmación nacionalista– no son actos equiparables a las decisiones que se refieren a la configuración política o su modificación. Recordemos además que la autodeterminación de que estamos hablando se trata de un supuesto a cargo no de una comunidad étnico-territorial, sino del propio pueblo nación.

1. Los derechos históricos forales no son derechos de soberanía

El mismo punto de partida –la atribución *in toto* de la soberanía al pueblo español– cierra la puerta a una concepción de los *derechos históricos*, que viese en su reconocimiento por la Constitución la aceptación tácita por ésta de signos de una soberanía anterior a ella, que pudiese resurgir haciendo valer pretensiones que por tener su justificación en un plano

extra constitucional no hubiesen de respetar la exigencia de su congruencia con la Norma Fundamental. Jurídicamente, la Constitución es la base o fuente de validez exclusiva del ordenamiento, de modo que los derechos históricos, consistan en lo que consistan, se determinen en virtud del procedimiento que sea, reposan exclusivamente en su fundamento constitucional (lo que es una afirmación necesaria para entender la subsistencia en el sistema conceptual de un *fragmento jurídico* de otro tiempo, así como para entender el contenido, y la protección de dichos derechos, cuyo alcance queda determinado constitucionalmente, a partir de su integración en nuestra Norma Fundamental). Esta imbricación del régimen foral determina, en términos jurídicos, la base del mismo –decíamos antes– y también sus límites: si se trata de una institución constitucional, ello quiere decir que las posibilidades de la misma no pueden entenderse al margen de la Constitución y mucho menos contra ella, de modo que determinados desarrollos forales procurasen la ruptura anticonstitucional, legitimando un ejercicio de soberanía originaria que no cabe en la Constitución, o instando a un funcionamiento exorbitante de las instituciones vascas, que rebasase, al no tener en cuenta otras decisiones constitucionales, su verdadero apoderamiento competencial, produciendo así una mutación constitucional inconstitucional.

Sin embargo, la Constitución no sólo limita al régimen foral: en realidad, lo refuerza. El régimen foral a partir de su reconocimiento constitucional supera el *status* tradicional del mismo, en cuanto sistema político efectivo, de base sobre todo consuetudinaria, aunque con una consideración material cuasi constitucional, al menos para los vascos. Se trata ya, por tanto, de un sistema integrado en la Constitución y defendido a través de los instrumentos de protección de ésta, porque la vulneración estatutaria o foral, fuese cual fuese su autor, es también una lesión constitucional, cuya apreciación y remedio corresponde como en el caso de cualquier otra infracción constitucional al Tribunal Constitucional .

La imbricación constitucional religa el régimen foral no sólo con la Norma fundamental, sino con el Estatuto vasco, en cuyo marco ha de llevarse a cabo su actualización (Disposición adicional, ap. 1º). En efecto, el reconocimiento de la especificidad foral es una supergarantía de la autonomía vasca, en cuanto contenido necesario (y mínimo) de la misma, un sustrato conformado históricamente y cuyo alcance se determina de acuerdo con la técnica de la garantía institucional (entendido en sus aspectos organizativos o competenciales como un “régimen de autogobierno territorial en el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos”: STC 76/1988) y que actualiza el Estatuto de acuerdo con las necesidades presentes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Manuel ARAGÓN, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.

Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, *Revista de derecho político*, nº 7, 1980, pp. 81-103.

Juan José SOLOZÁBAL, *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid, McGraw Hill, 1998.

Juan José SOLOZÁBAL, “El problema de la soberanía en el Estado autonómico”, en *Fundamentos*, nº 1 (edición de R. PUNSET), Oviedo, 1998. Biblioteca Nueva. También en *Nación y Constitución*. Madrid 2004.

Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.