

# CONSIDERACIÓNS XERAIS SOBRE A SOBERANÍA E O FEDERALISMO NA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Javier Ruipérez Alamillo

Catedrático de dereito constitucional  
Universidade da Coruña

## 1. Introducción

Unha das cualidades que con maior frecuencia se destacan da Constitución española de 1978 é, como é sobradamente coñecido, o carácter consensual desta. Así, se repite ata a saciedade, e tanto por parte da clase política como pola académica, que o vixente Código xurídico-político fundamental é o único texto constitucional da nosa Historia que pode presentarse como o froito do acordo das distintas forzas políticas representadas na constituínte.

Non é, obviamente, este o momento oportuno para deternos a determinar se esta última afirmación é totalmente certa, ou se, pola contra, existe nela algunha dose de esaxeración, interesada ou inxenua, que tende a esquecer que xa houbo en España algúns textos froito do consenso. O que aquí e agora nos interesa é insistir en que, calquera que sexa a opinión que se teña sobre as constitucións históricas, o que resulta dificilmente obxectable é que a hoxe vixente foi a que maior grao de acordo alcanzou. Basta con lembra-los resultados da súa aprobación para convir que isto foi así. Téñase en conta, respecto disto, que, en sede parla-

mentaria, o Proxecto de Constitución foi aprobado, o 31 de outubro de 1978, por 325 votos afirmativos, fronte a 6 votos negativos, 14 abstencións e 5 ausencias, no Congreso dos Deputados, e por 226 votos «si», fronte a 5 «non», 8 abstencións e nove ausencias no Senado. Tamén os resultados do referendo popular do 6 de decembro son, sen disputa, farto significativos: cunha participación do 67,1%, o voto afirmativo foi do 87,9% dos votos válidos emitidos.

Ante tales datos, ninguén pode cabalmente poñer en dúbida que foi o desexo de pactar e, deste xeito, coa transacción duns e doutros, alcanzar un texto que non satisfixera de maneira plena a ningún dos partidos representados na constituínte, pero que, ó mesmo tempo, non desgustara absolutamente a todos eles, foi o principio que inspirou o longo proceso constituínte de 1977-1978. A necesidade da avinza comprendeuse, en efecto, desde as fundamentais negociacións entre o finado Abril-Martorell, por parte da UCD, e Alfonso Guerra, en nome do PSOE, á súa definitiva aprobación, pasando, como non podía ser doutra maneira, polas negociacións non seo da ponencia –de maneira singular entre os representantes dos dous grandes partidos–, a Comisión Constitucional ou o Pleno.

Agora ben, se isto é así, non é menos certo que non tódalas partes da Constitución gozaron do mesmo grao de conformidade. Tal é o caso, por exemplo e cunha especial transcendencia para o que agora nos ocupa, da problemática da organización territorial do Estado. Neste sentido, debemos advertir de maneira inmediata que fronte á idea do *consensus* que informa con carácter xeral o texto vixente, no título VIII, os representantes do pobo español, como soberano que desexaba darse unha nova estrutura xurídico-política, non foron capaces máis que de chegar a un compromiso apócrifo sobre a forma de Estado.

Que iso fose así, non resulta sorprendente se se toma en consideración a composición das Cortes constituíntes. Nelas, puideron distinguirse claramente tres tendencias ó redor de cómo debía organizarse o poder político desde o punto de vista territorial, e que, ademais, resultaban de moi difícil conciliación. Certo é que, no seu seo, se manifestou unha opción favorable á creación dun Estado federal, en calquera das súas manifestacións estruturais posibles, como medio idóneo para asegurar esa liberdade da que tan necesitada estaba unha comunidade política que saía dunha dictadura de corenta anos. Nos deputados que así pensaban subxacía, anque con toda probabilidade de maneira inconsciente, a idea, magnificamente expresada por Carl Friedrich, e que, polo demais, estivo sempre presente nas bases de pensamento federalista español, de que o federalismo, en tanto en canto se traduce nunha división, territorial e funcional, do poder político, preséntase como unha excelente e moi valiosa técnica de liberdade. Ocorre, sen embargo, que xunto a esta alternativa, que, polo demais, non era a maioritaria, estaban

presentes na constituínte outras dúas posicións políticas, para as que, por dicilo en palabras do mestre De Vega, a descentralización, tanto no momento da discusión e aprobación da Constitución como no da súa posta en marcha, non era máis que «un proceso montado desde unha dobre linguaxe –...–, co que o centralismo tradicional quixo disimular un cambio lampedusiano para que todo seguira igual, e o nacionalismo sen concesións ocultar unha realidade política diferente, que é a que figura no seu horizonte utópico, e que nada ten que ver co Estado das autonomías», e, incluso, me atrevería eu a dicir que nin sequera ten que ver co modelo da Confederación de Estados.

As consecuencias de todo o anterior non podían ser, ó noso entender, máis claras. Nunha das máis lúcidas análises da realidade xurídico-política española, Pedro De Vega realizou unha dobre e fundamental observación, á que, por compartila plenamente, non podo deixar de referirme:

Ocorre, en primeiro lugar e como a ninguén se lle oculta, que o consenso entre as distintas forzas políticas ó redor dos modos e das formas en que o pobo español desexaba ser gobernado unha vez extinguida a ditadura, determinou que o proceso de institucionalización democrática encontrase un perfecto e acabado reflexo na normativa constitucional. Deste xeito, ben pode afirmarse que, desde unha perspectiva xeral, a vertebración e posta en marcha do Estado constitucional democrático se verificou entre nós dunha maneira rápida e feliz no terreo da política práctica, ó mesmo tempo que permitiu a construción dunha teoría da Constitución ó modo e maneira que noutros países do noso contorno se forxou a dogmática do dereito público moderno.

Pero, se isto é así, non pode esquecerse, en segundo termo, que algo moi distinto sucede co proceso de institucionalización da descentralización política. Neste sentido, encontrámonos con que as vacilacións e condicionamentos que no momento constituínte conduciron a unha inacabada construción do infeliz e problemático título VIII, depararon un modelo de Estado, o chamado «Estado das autonomías» ou «Estado autonómico», que, indefinido e inconcluso nas súas formulacións e presupostos político-constitucionais, forzosamente resultou dubitativo, errático e proteico non só nas súas formulacións dogmáticas –algunhas das cales, incluso, parecen estar enunciadas como «simples esperpentos de xuristas ó servizo do pragmatismo político máis groseiro e vulgar» (P. De Vega), recordando aquela tendencia doutrinal á que, no seu célebre *Staatsrecht und Politik*, Triepel criticou de maneira tremendamente dura e contundente–, senón tamén no seu desenvolvemento práctico.

Non fai falta ser moi perspicaz para comprender que esta situación inicial se agudizou nos últimos anos. E tampouco, entendo, haberá dificultade en convir que iso se debe ós particulares avatares que definen a



vida política española das dúas últimas lexislaturas. Refírome, claro está, á debilidade dos dous partidos que, ó erixirse nos respectivos comicios como minorías maioritarias, foron os encargados de forma-lo Goberno da Nación.

Cómpre recordar, respecto disto, como a imposibilidade e incapacidade para chegar a acordos entre as tres grandes organizacións partidistas de carácter estatal, nos presentou, na lexislatura 1993-1996, a un PSOE que, aínda que perdera a maioría absoluta, se ve obrigado ó pacto cos partidos nacionalistas. O que, como é obvio, forzou os últimos gobernos do Sr. González Márquez a transixir con non poucas demandas dos seus socios, asemade CiU e PNV. Tal é o caso, por exemplo, da cesión ás comunidades autónomas do 15% da recadación do IRPF. Sexa diso o que for, o que nos interesa destacar, e é polo demais o que realmente resulta transcendente neste traballo, é que a debilidade parlamentaria do PSOE e a consecuente elevación dos partidos nacionalistas á condición de pezas claves para a gobernabilidade, levou a estes últimos a facer manifesta unha reivindicación que, ata entón, non pasara de ser unha demanda formal e morna. Non é, en efecto, de ningún modo casual que fora precisamente no ano 1995, cun partido socialista en minoría e fortemente acosado pola oposición partidista e mediática, cando, de maneira, en todo caso, plenamente lexítima no plano ideolóxico, o recoñecemento constitucional do dereito de autodeterminación pasase de ser un desexo *cuasí* utópico, a presentarse, en opinión dos partidos nacionalistas, como unha esixencia inmediata e ineludible para logra-la pacífica convivencia no Estado español.

Esta situación acentúase aínda máis na lexislatura que se inicia cos comicios de marzo de 1996. E non tanto polos resultados alcanzados polo partido que agora ocupa a posición de minoría maioritaria –tan só tres escanos menos cós obtidos polo PSOE nas anteriores eleccións xerais–, como polo cambio de actitude do PP no proceso de formación da nova maioría parlamentaria. Debe recordarse, neste sentido, que o partido conservador, tras realizar unha campaña electoral en termos de radical oposición á integración dos partidos nacionalistas á maioría gobernante no conxunto do Estado, e de maneira especial ó nacionalismo catalán e á cesión do 15% do IRPF, iniciou as negociacións para a formación do Goberno con declaracións tales como as de que o seu presidente fala catalán na intimidade, e o ofrecemento da cesión do 30% do IRPF, tramo sobre o que, ademais, as comunidades autónomas terían capacidade normativa. Nin que dicir ten que, con iso, a posición de debilidade do partido estatal se ve certamente confirmada, mentres que a posición de superioridade dos seus socios nacionalistas cataláns, vascos e canarios se ve potenciada.

Esta condición tamén incidiu sobre a configuración constitucional do

Estado. En efecto, se na anterior lexislatura a reivindicación nacionalista se acababa na introducción da autodeterminación, que, naturalmente, só cabe entender na súa posibilidade como dereito de secesión<sup>1</sup>, na Constitución, agora dáse un paso máis nas demandas. Desta maneira, e coa excusa da integración nunha Unión Europea que soñan das nacións e non dos estados, CiU, PNV e BNG, recibindo o apoio intelectual de Herrero de Miñón, pónense de acordo para esixírlle-lo recoñecemento constitucional do status de ente soberano a algunhas das colectividade-membros do Estado español. Pretensión esta que, na opinión dos partidos nacio-

<sup>1</sup> Respecto disto, interésame recordar que, como noutro lugar tiven ocasión de sinalar (cfr. RUIPÉREZ, J. *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995, cap. 2: «Sobre los distintos significados del derecho de autodeterminación», páxs. 47-76), o dereito de autodeterminación ten unha significación moi distinta segundo se observe desde o dereito público interno ou desde o dereito público internacional. É desde esta inicial distinción desde onde adquire a súa plena xustificación a afirmación contida no texto, segundo a cal a reivindicación dos partidos nacionalistas de que se recoñeza o dereito de autodeterminación só pode referirse ó *ius secessionis*. Desde o punto de vista do dereito público interno, o dereito de autodeterminación coincide de maneira absoluta e total coa teoría democrática do poder constituínte do pobo que, como é sabido, se encontra na base de todo Estado constitucional desde os grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses americano e francés de finais do século XVIII. O recoñecemento desta significación na realidade política española actual é, na miña opinión, máis que evidente. Dito con toda contundencia, e cunha frase que, dunha ou doutra forma, se repite hoxe por tódalas partes, «Y es que, en efecto, nadie podría cabalmente poner en duda que, desde la óptica del Derecho Público interno, en España se ha dado sobrado cumplimiento al derecho de autodeterminación. Es más, podríamos incluso afirmar que el ejercicio deste derecho se ha verificado con un doble giro de tuerca» (*loc. ult. cit.*, pág. 53; *vid.*, tamén páxs. 54-62): 1.0) Como pobo federal, ou se se prefire estatal, coa aprobación da Constitución; 2.0) Como pobo das comunidades autónomas, coa aprobación dos seus respectivos estatutos, sexa cal sexa a vía utilizada para a súa aprobación. No dereito público internacional, o dereito de autodeterminación tradúcese en catro posibilidades: 1.0) A libre asociación dun Estado independente; 2.0) A integración dun Estado, ou dun territorio, a outro Estado independente; 3.0) A decisión dun pobo dun determinado territorio de permanecer no Estado ó que pertencía, e 4.0) A independencia ou secesión. Descartada a primeira manifestación en tanto en canto que se refire a antigas situacións coloniais ás que en ningún caso pode equipararse a situación de Cataluña, Euscadi e Galicia, encontrámonos con que a segunda hipótese, a integración, xa se encontra recoñecida no noso ordenamento constitucional respecto de Xibraltar, á que se lle abren dúas posibilidades: ou ben constituírse nunha comunidade autónoma ó amparo do art. 144.b) C.E., ou ben integrarse, *ex* disposición adicional 1.0 do Est. andaluz, no territorio da Comunidade Autónoma andaluza (*vid.*, respecto disto, RUIPÉREZ, J., *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, 1996, 2.0 ed., reimpr., páxs. 184-188). Pola súa parte, podería tamén considerarse recoñecido e satisfeito o contido do terceiro significado, no entendemento que cando na consulta referendaria os pobos catalán, galego e vasco aprobaron maioritariamente o texto constitucional de 1978, o que estaban expresando era a súa intención de permanecer como partes integrantes do pobo español globalmente considerado. Só faltaría, entón, o recoñecemento constitucional do dereito de secesión como posibilidade teórica e que, en todo caso, tornaría en lexítimo o seu eventual exercicio.



nalistas, encontra a súa xustificación, e perfecta ancoraxe constitucional, no proceso de integración europea, tendo en conta que, en virtude deste último, a realidade práctica supón que, no terreo dos feitos, a soberanía se encontra hoxe dividida entre tres instancias: o Estado, unha Unión Europea que se quere das nacións e non dos estados, e as comunidades autónomas. Do que se trataría, entón, é de recoñecer no plano xurídico e formal o que é xa unha realidade no plano político e material.

A esta demanda adhírese, dunha ou doutra forma, IU. A súa proposta non é totalmente incidente coa do nacionalismo. Así, encontrámonos con que mentres que a Declaración de Barcelona pretende que a condición de cosoberano se lles recoñeza ás chamadas “nacionalidades históricas” (Cataluña, Euscadi e Galicia), por un lado, e ó Estado español, por outro, IU estende tal natureza a tódalas comunidades autónomas.

É, en todo caso, destas últimas reivindicacións no proceso descentralizador do Estado español das que nos imos ocupar nas páxinas seguintes. Paréceme oportuno advertir que ó aborda-lo estudio deste tema, non pretendémo-la anatematización e demonización de contidos programáticos de partidos e organizacións políticas democráticas e que, ademais, se expresan seguindo as máis elementais regras do xogo democrático. Porque, como con total fortuna observou xa Sartori, a Democracia é o único sistema que se define polo feito de que, aínda que poidan existir inimigos seus, ela non ten inimigos e admite a defensa de tódalas alternativas imaxinables, inconcuso debería resultar que calquera das posicións confrontadas, nacionalismo e estatalismo, se presentan como absolutamente lexítimas desde a perspectiva ideolóxica, e completamente válidas e aceptables como manifestación daquela na linguaxe electoral. Do que se trata, entón, non é de proceder ó xulgamento ideolóxico das propostas, senón, moi ó contrario, o determinar se as mesmas son, ou non, viables no marco do ordenamento positivo español.

Debo sinalar, respecto disto, que as miñas consideracións parten da idea de Friedrich, Durand e La Pergola, para os que a única circunstancia que permite realmente definir e individualiza-lo Estado federal é a de que no seu seo a existencia e subsistencia política da organización central e das rexionais se encontra constitucionalmente garantida. Protección que se articula con base na existencia dunha Constitución escrita e ríxida, e dalgún mecanismo de control de constitucionalidade que asegure a efectividade daquela. Desde esta perspectiva, entendo que, porque a autonomía é un principio estrutural do Estado e, ademais, tanto a organización política central como as rexionais contan cos mecanismos da rixidez constitucional e estatutaria e a xustiza constitucional para defenderse das eventuais invasións da outra instancia de poder no seu ámbito competencial, o noso Estado das autonomías preséntase xa como unha manifestación estrutural máis desa única realidade que é o Estado federal ou,

se se prefire, politicamente descentralizado. Manifestación estructural que, ninguén pode negalo, é distinta da de Estados Unidos, Alemaña, etc., pero no por iso menos federal ca estas.

## 2. O estado federal como especie do estado constitucional, ou do poder constituínte como único soberano posible

### 2.1. Formulación da cuestión

Determinada deste modo a natureza do noso Estado autónómico, sabemos xa cal é o marco conceptual desde onde deben encontrarse as respostas a cantos problemas se formulen naquel. Sendo así, o que agora nos incumbe é pescudar cál é a solución que lle ofrece a teoría da Constitución á problemática da titularidade da soberanía no Estado federal.

A tarefa non é, de ningún modo, fácil. Debe terse en conta que nos encontramos ante unha das cuestións máis transcendentais e substanciais da teoría constitucional da federación. Nada de estraño ten, polo tanto, que esta problemática fose, e sexa, un tema farto espiñento, e que recibise unha amplísima atención tanto desde un punto de vista puramente académico, por parte dos cultivadores da teoría do Estado e do dereito constitucional, como desde unha óptica práctica, por parte da clase política. O debate que se realiza hoxe na vida política española é, incuestionablemente, un magnífico exemplo disto. E porque se lle prestou tanta atención, é polo que, xustamente, recibiu tantas, e tan variadas, respostas o interrogante de quen é o soberano no Estado politicamente descentralizado. A iso, por exemplo, dedicáronse Hamilton e Madison, Weitz ou Hausmann coa súa teoría da dobre soberanía, ou cosoberanía da federación e das colectividades-membros na súa esfera privativa de poder; John Caldwell Calhoun e Max von Seydel, que, ó equipararen de feito o Estado federal coa confederación de estados, lles atribuíen condición de soberanos ós membros; Zorn, Heller e, en menor medida, Louis Le Fur, para os que a soberanía reside na federación e, dun ou doutro xeito, o *Bundesstaat* queda equiparado ó Estado unitario; Laband e Jellinek, os cales coinciden cos anteriores en que é a federación a titular da soberanía, pero non lle negan a cualidade estatal ós membros, ou, finalmente, un Carl Friedrich, para quen no Estado federal non hai soberano ou, dito doutro modo, o único soberano posible é o poder constituínte que aproba e sanciona a Constitución federal.

No fondo, a controversia que subxace en toda esta polémica é, na miña opinión, a da propia natureza do Estado federal. En efecto, do que en realidade se trata é de determinar se o Estado federal é unha manifestación concreta e específica do propio Estado constitucional, e, en consecuencia, ha de ser desde os conceptos e esquemas cuñados para este último,



ou se, pola contra, nos encontramos ante unha estrutura estatal singular á que, como dicía Meyer, non lle son aplicables os conceptos medulares dunha teoría do Estado constitucional construída con base no Estado unitario. Formulada así a cuestión, o que debemos facer é recordar cómo se resolve a problemática da soberanía no marco do Estado constitucional, para despois estudar se esta solución é aplicable, ou non, ó Estado federal, e será entón cando esteamos en condicións de xulga-lo acertado ou desacertado de cada unha das doutrinas antes aludidas.

## 2.2. A problemática da soberanía do pobo no moderno Estado constitucional

Como é de sobra coñecido, nun sentido técnico, moderno e actual, só aquelas estruturas político-estatais que xorden a partir dun momento histórico determinado: os grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses americano e francés de finais do século XVIII, e que se organizan mediante un documento de goberno que é o resultado da confrontación dos supostos ideolóxicos do pensamento liberal –representados, fundamentalmente, pola obra de Montesquieu–, e os presupostos do pensamento político democrático –encarnados, de maneira patente, nos traballos de Jean-Jacques Rousseau– son susceptibles de ser conceptuadas como verdadeiros estados constitucionais. Dito doutro modo, o Estado constitucional nace, cando tras un longo, e paulatino, proceso de desacralización do Estado, –que arranca de traballos como, por exemplo, o *Defensor Pacis* de Marsilio de Padua no marco das guerras entre o emperador e o Papa do século XIV, e encontra en *El príncipe* de Maquiavelo un fito nada desprezable–, «aparecera a crenza de que, ó ser o Estado unha obra humana, é ó pobo a quen lle corresponde o establecemento dos seus modos e formas de organización» (P. De Vega).

O Estado constitucional aparece, desta maneira, inevitablemente unido ó principio democrático, que se erixe de maneira inconcusa no punto de arranque e fundamento último da nova forma de organización política. Aquí reside, xustamente, a gran diferenza entre o Estado constitucional e as distintas formas en que o Estado se manifestou desde o seu nacemento no século XV ata os procesos revolucionarios liberal-burgueses. A razón é facilmente comprensible. É verdade que, como nos din, por exemplo, Jellinek e Heller, se por Constitución se entende só o instrumento de goberno, a finalidade do cal é a de proceder á organización política, tódalas colectividades humanas politicamente organizadas tiveron, e teñen, a súa Constitución, o que podería conducir á conclusión de que o Estado constitucional é algo tan antigo como a propia asociación dos homes. Tal conclusión, sen embargo, non podería ser máis errónea. E é que, en efecto, para que poida falarse dun auténtico Estado constitucional é



mester que o documento de goberno sexa a expresión da vontade dun pobo que se sabe soberano e que, polo mesmo, se entende como o único suxeito lexitimado para decidir cómo quere ser gobernado.

Non obstante, debemos indicar que tamén sería inexacto o afirmar que a idea da soberanía popular nace única e exclusivamente cos procesos revolucionarios liberal-burgueses. Trátase, moi ó contrario, dun concepto que ten un rancio avoengo na historia das ideas políticas, e que, en todo caso, encontrou moi importantes defensores antes daquel momento histórico. Cuestión distinta é o que, as máis das veces, os discursos dos valedores do principio democrático quedaran reducidos a ser antecedentes especulativos, sen dúbida valiosos e transcendentais, pero simplemente teóricos e sen plasmación práctica concreta.

Non será, efectivamente, ata a viaxe do *Mayflower*, no ano 1620, cando o principio democrático empece a cobrar unha verdadeira entidade e realidade histórica. Foi, en efecto, alí onde a idea de que o pobo é o titular da soberanía alcanza a súa primeira manifestación práctica, e faino por mor da actuación, claramente tributaria das formulacións políticas do calvinismo, dos *Pilgrinfathers* de transforma-lo pacto de gracia puritano nun auténtico pacto político. A idea que animou os «Padres Peregrinos» foi a de que do mesmo xeito que os individuos eran totalmente libres para organiza-la súa comunidade relixiosa, eran tamén libres para organiza-la comunidade política.

Esta nova concepción da vida pública, é a que, en todo caso, se encontra na base de todos aqueles documentos de goberno que, baixo a influencia do puritanismo calvinista, se redactaron no mundo anglosaxón, e que, como primeiras manifestacións históricas do principio de soberanía popular, supoñen, como está xeralmente aceptado, os máis claros precedentes das constitucións modernas. Referímonos, claro está, –e en orde cronolóxica–, a: 1.1) O pacto subscrito polos propios Padres Peregrinos a bordo do *Mayflower*, o 21 de novembro de 1620. 2.1) Os distintos *covenants* elaborados e aprobados polos colonos americanos, entre os que destacan as *Fundamental Orders* de Connecticut, do ano 1639, e o aprobado en 1641 en Rhode Island, aínda co seu nome indio: Aquidneck. 3.1) O *Agreement of the People*, presentado ó *Long Parliament* no ano 1647, trátase dun documento elaborado e aprobado polo Consello de Funcionarios do Exército e o propio Parlamento inglés, que debía ser sometido á aprobación popular, no que se contiña, nas súas liñas xerais, unha estrutura de goberno para Inglaterra, e que nunca chegou a ser efectivo. 4.1) O *Instrument of Government* de 1653, obra de Cromwell e dos seus funcionarios, que tivo unha vida moi limitada.

Importa advertir que a consagración definitiva do principio democrático se verificou cando as antigas colonias americanas alcanzaron a súa independencia respecto da coroa británica. En efecto, foi, entre outros, Char-

les Borgeaud o que puxo de manifesto que foi no ámbito das futuras colectividades-membros estadounidenses, e non no da Federación, onde se formulou, e se levou a efecto, a máis correcta expresión da teoría da soberanía do pobo. Conforme esta, a organización do exercicio do poder constituínte «está baseada, non só sobre o principio de que a autoridade constituínte lle pertence ó pobo, senón tamén sobre esta outra concepción, retomada no dereito moderno pola reforma puritana, que esta autoridade non pode ser representada». Así foi como as antigas colonias foron aprobando as súas respectivas constitucións, unha vez que se despoxaron da autoridade da Gran Bretaña. A primeira delas foi a de Virxinia, composta polo *Virginia Bill of Rights* e a *Constitution of Virginia*, aprobados, respectivamente, o 12 e o 29 de xuño de 1776, á que seguiron moi pronto a de Nova Jersey, do 2 de xullo, Delaware, 21 de setembro, Pensilvania, 28 de setembro, Maryland, 8 de novembro, Carolina do Norte, 18 de decembro, Xeorxia, 5 de febreiro de 1777, e Nova York, do 20 de abril do mesmo ano. Tamén serían susceptibles de recibir esta consideración os actos polos que, por exemplo, Rhode Island e Connecticut confirmaron, agora en nome do pobo, os documentos de goberno da etapa colonial. Ó mesmo patrón responde, como veremos máis adiante, a aprobación do texto constitucional federal.

Sexa diso o que sexa, o que a nós realmente nos interesa aquí, é poñer de manifesto que todos estes procesos constituíntes, –e, en xeral, en calquera outro–, se verificaron, dunha ou doutra forma, de acordo cos esquemas teóricos trazados, xa no ano 1717, polo reverendo John Wyse. Isto é, en todos eles, poden distinguirse tres momentos claramente diferenciados e sucesivos: a declaración de dereitos, o pacto social e o acto constitucional.

Non existe ningunha dificultade en admitir esa sucesión de acontecementos, polo menos en canto ó que se refire ó primeiro e terceiro momento. Debe recordarse, respecto disto, que, como nos din, por exemplo, Battaglia e De Vega, o primeiro labor dos revolucionarios liberal-burgueses das antigas colonias británicas en América, e o mesmo conta para os franceses, foi, xustamente, a de proceder ó recoñecemento da existencia dunha esfera de liberdade individual absoluta, que se concretaba no plano normativo nas declaracións de dereitos fundamentais. Só nun momento posterior, e ademais como mecanismo de garantía daqueles, é cando se procede, coa aprobación da Constitución, á organización política do Estado sobre a base da división de poderes. Así sucedeu, ademais, desde o momento mesmo en que comezou a historia dos dereitos fundamentais. Lémbrese que o *Bill of Rights* de Virxinia foi aprobado o 12 de xuño de 1776, mentres que o da Constitución foi o 29 do mesmo mes e ano.

As declaracións de dereitos convértense, desta maneira, nun dos elementos indispensables, e ineludibles, para a existencia mesma do Estado



constitucional. Recoñecemento de dereitos que, polo demais, aparecía fortemente imbuído das doutrinas *iusnaturalistas*. A idea que subxace nas primeiras declaracións é a de que, fronte ó que ocorría no absolutismo, onde o privilexio era unha concesión graciosa do monarca ás clases política, social e economicamente máis poderosas, todo home, polo simple feito de selo, é titular dunha serie de dereitos preexistentes ó propio Estado, e que debían ser respectados polo poder político. Thomas Paine declarara de maneira moi contundente e precisa: «Unha investigación sobre a orixe dos dereitos [escribe] demostraranos que os *dereitos* non son *regalos* dun home a outro, nin dunha clase de homes a outra; (...) Unha declaración de dereitos non é unha creación ou doazón deles. É un manifesto do principio polo cal existen, seguida dunha relación de cales son, porque todo dereito civil ten un dereito natural como fundamento, o principio de garantía recíproca daqueles dereitos dun home a outro».

Non existe, tampouco, ningunha dificultade na identificación do que denominamos momento ou acto constitucional. Unha vez que se recoñeceu a existencia desa esfera de liberdade individual, a preocupación dos revolucionarios liberal-burgueses centrase en lograr que aquela sexa eficaz. Para iso, procederáse coa aprobación do texto constitucional, á organización política do Estado sobre a base da división de poderes. O pensamento de Montesquieu fai, desta sorte, a súa entrada no ámbito normativo fundamental. Do que se trata, en definitiva, é de asegurarlle ó cidadán o gozo do maior grao posible de liberdade mediante o establecemento dun sistema no que «o poder free o poder», no seo do cal «os tres poderes permanecerán así en repouso ou inacción, pero, como polo movemento necesario das cousas, están obrigados a moverse, veranse forzados a facelo de común acordo».

É desde a óptica anterior desde onde se comprende o que os conceptos de constitucionalismo moderno e liberalismo fosen presentados como termos equivalentes. A Constitución, entón, concíbese, ante todo e sobre todo, como un gran sistema de garantía da liberdade individual fronte ó poder político. Sistema de garantía que, por esixencia do racionalismo xurídico, ha de plasmarse, necesariamente, nun documento escrito, formal e solemne, establecido e sancionado pola autoridade superior competente: o poder constituínte, que ó recolle-los supostos basilares do pensamento político liberal explicados no celeberrimo artigo 16 da Declaración dos Dereitos do Home e do Cidadán do 26 de agosto de 1789, pretende, de maneira consciente, establecer, dunha vez e para sempre, unha ordenación racional da totalidade da vida política do Estado.

Maiores problemas se presentan en relación co «pacto social». A súa identificación resulta, en efecto, difícil tendo en conta que, na práctica, este momento adoita verificarse de maneira coextensa co acto constitucional e, incluso, e como consecuencia da incorporación das declaracións

de dereitos ós textos constitucionais como a chamada «parte dogmática» ou, se se prefire e en expresión de Jiménez de Asúa, «parte substantiva», co momento do recoñecemento da liberdade individual.

Sen embargo, a súa distinción no plano conceptual é meridiana. Baste aquí con recorda-las palabras de Isnard respecto disto: «Debe recoñecerse en primeiro lugar [...] cáles son os dereitos naturais de todos e proclámalos... Para segui-la orde natural da organización social hai que proceder, antes de toda lei constitucional, á redacción dun pacto social. Este acto debe ser intermedio entre a declaración de dereitos, que lle serve de base, e a Constitución, á que serve de barreira e regulador. Se o pacto social difire dunha simple declaración de dereitos, difire máis aínda dun acto constitucional. Facer un pacto social é redacta-lo instrumento polo que certas persoas consenten formar unha asociación con tales ou cales condicións previas. Facer unha Constitución, pola contra, é unicamente determina-la forma de goberno... Nun caso créase a sociedade, no outro organízase».

Sexa diso o que sexa, o que nos interesa destacar é que é, xustamente, este momento do pacto social o que resulta fundamental e transcendente para a cuestión que agora nos ocupa: a determinación da titularidade da soberanía no Estado constitucional. A razón é facilmente comprensible. Debe tomarse en consideración que cando os distintos individuos, a través da súa adhesión ó pacto social, consenten en formar unha asociación, é dicir, en crear unha única comunidade política –o Estado– como unidade organizada de decisión e acción política (Heller), o que en realidade están facendo é, por utiliza-la figura cuñada por Althusius, culmina-lo proceso polo que cada un dos individuos ceda a soberanía que como tal lle corresponde, en favor dunha nova entidade superior a cada un deles e que os engloba a todos: o pobo.

O pobo, ou a nación, queda, deste xeito, afirmado como o único suxeito titular da soberanía no Estado. E é, xustamente, por esta circunstancia pola que o pobo, como colectividade soberana que é, pode impoñerlle-la súa vontade ós cidadáns individualmente considerados e, en definitiva, aprobar, establecer e sanciona-la Constitución. John Wyse expresouno dun xeito tan tallante como irrefutable. «Cada un en particular –escribe o reverendo de Ipswich– debe obrigarse, por un contrato [o pacto social], a entrar cos outros nunha sociedade duradeira, co fin de que todos poidan decidir, por un voto xeral, as medidas adecuadas para asegura-la saúde común. (...) Un decreto [a Constitución], consagrado por un voto, debe inmediatamente establecer unha certa forma de goberno. E se o contrato, aquel que todos subscribiron, contén a cláusula expresa de que se estará neste punto á decisión resultante deste primeiro voto, todos estarán obrigados pola maioría a acepta-la forma particular así establecida; incluso cando a opinión persoal destes ou aqueles lles fixera desexar calquera outra».



Importa advertir que a materialización deste pacto social non é, como puidera pensarse, algo privativo daqueles supostos nos que, como ocorreu nas antigas colonias británicas en América ou, como veremos posteriormente, no caso do nacemento da República estadounidense, trátase de fundar ou de crea-lo propio Estado, senón que pode tamén desenvolverse no marco de estados xa creados. En efecto, o momento do pacto social necesariamente terá que ter lugar cando se verifiquen situacións revolucionarias, violentas ou non violentas. Na primeira conxuntura, o pacto social ten, si, a dimensión de acto fundacional do propio Estado. Na segunda, pola súa parte, este tradúcese na ratificación do desexo dos cidadáns de manterse unidos na mesma comunidade política, ben que, agora, articulada con base noutros principios e valores ós que, como pobo soberano, se lles vai dar expresión normativa no novo Código xurídico-político fundamental, rompendo coa situación xurídica anterior. Isto foi o que sucedeu, por exemplo –e como pon de manifesto Arnould–, en Francia nos anos 1789-1791, momento da ruptura total co antigo réxime, e en 1792-1793, cando se renunciou á solución do texto de 1791 para aprobar outro.

A circunstancia anterior é a que, posteriormente, lle confire ó poder constituínte esa natureza de *res facti, non iuris*. Isto é, encontrámonos ante un poder político existencial e fáctico, que agroma espontaneamente da propia comunidade que decide darse a Constitución, a actuación da cal non pode quedar constringida polos estreitos límites dun dereito que encontra nel a súa fonte última, nin, moito menos, por un ordenamento xurídico anterior ó seu propio nacemento. Cuestión distinta é o que a aparición dun novo *Pouvoir Constituant* non supoña a derogación total e inmediata de tódalas normas xurídicas anteriores ó novo texto constitucional, senón só daquelas que se opoñen materialmente ó mesmo.

No fai falta insistir demasiado en que, tendo en conta a súa propia orixe como repúblicas, nos novos estados norteamericanos, e posteriormente na Unión, afirmouse sen reservas de ningún tipo o principio democrático, e en que este non encontrou ningún obstáculo para a súa plena implantación e desenvolvemento. Rota toda relación xurídica e política coa coroa británica, o dogma da soberanía popular encontra a súa máxima expresión e sentido pleno, xa que o pobo, e só el, aparece como o titular dun poder absoluto, soberano e ilimitado no contido da súa vontade, en virtude do cal procede a organizar politicamente o Estado coa aprobación da Constitución. Dogma este que, ademais, encontra a súa confirmación na práctica, tendo en conta que, ó aceptarse o principio de que a soberanía non pode ser representada, «Calquera proxecto de Constitución elaborado polas convencións ou asembleas designadas para o efecto, esixiría, (...), a ratificación ulterior, ben das *town-meetings*, ben do pobo mesmo» (P. De Vega).

Si parece, sen embargo, conveniente que nos deteñamos a realizar algunhas consideracións sobre o constitucionalismo europeo e, en particular, sobre as singularidades que este presenta en relación co principio democrático. Neste sentido, debemos recordar que a existencia de monarquías –e, máis concretamente, a duns reis que se resistían a abandonar a posición de monarca absoluto da que gozaran no antigo réxime– fixo que a forxa do Estado constitucional tivera que realizarse no Vello Continente sobre a confrontación entre o principio democrático e o principio monárquico.

Resultado do anterior sería, polo que aquí nos interesa, unha solución articulada sobre un principio radicalmente distinto ó que operou en Estados Unidos: a soberanía pode delegarse, o que se fará a través do instituto da representación política con mandato libre. Que iso fose así non resulta, na nosa opinión, moi difícil de comprender. Á fin e ó cabo, o que define a vida política europea é que, fronte á democracia da identidade defendida por Roussexau, esta deveu, da man do proceso revolucionario, en democracia representativa, que, como imperativo imposto pola realidade, o propio xenebrino e os seus seguidores terían que admitir como mal menor.

Desta maneira, atopámonos con que sería a doutrina de Sieyès, asumida axiña polo resto dos revolucionarios liberal-burgueses franceses, sobre a soberanía e os modos en que se exercita o poder constituínte a que gozou, e aínda goza, dunha rápida, ampla e xeral aceptación na tradición constitucional europea. De conformidade con esta construción teórica, non cabe dúbida de que a facultade de darse unha Constitución lle corresponde, como soberana, á nación, a cal, en tanto en canto se trata dun ente abstracto, ha de exercitala a través dos seus representantes no Parlamento, no entendemento de que, como sinala Carré, estes reciben da nación un poder especial que, en último punto, os habilita para elaborar, discutir, aprobar e sanciona-lo texto constitucional.

Non é agora a ocasión para expoñer-las tráxicas consecuencias que unha tal concepción tería para a ponderada comprensión da lei constitucional como verdadeira Constitución e, en consecuencia, como auténtica *Lex Superior*, e que, en último extremo, xustificaron a contundente sentenza de Laboulaye, conforme a cal Sieyès «o que fixo foi confundilo todo, enlealo todo e, finalmente, perdelo todo». O que nos interesa é poñer de manifesto que o dogma de que o pobo, e só el, é o único suxeito lexitimado para decidir-las modos e as formas en que vai ser gobernado, vai sufrir, mercé a formulación do abade revolucionario, unha notable conmoción. E é que, en efecto, ó admitirse o principio da representación, toda a problemática da soberanía pasa á órbita das asembleas parlamentarias.

A cuestión que, en tales circunstancias, se nos presenta, e á que debemos encontrarlle solución, aparecería formulado nos seguintes termos:



¿Como pode seguir afirmándose que o pobo é soberano cando, no marco da democracia representativa, aparece a distinción entre gobernados e gobernantes, sendo estes últimos os que, en canto representantes, elaboran e aproban realmente o código fundamental? A solución a este interrogante ofrécenola o profesor De Vega cando, con total acerto, escribe que «a necesidade de facer valer, conforme o principio democrático, a suprema autoridade do pobo fronte á autoridade do gobernante, non ofrece outra posibilidade nin outra alternativa que a de que o propio pobo estableza, polo propio pobo, unha lei superior (a Constitución), que obrigue por igual a gobernantes e gobernados. En contraposición ós poderes constituídos [os gobernantes], ordenados e limitados na Constitución, aparece deste modo, como poder previo, ilimitado e total o poder constituínte». Establécense, deste xeito, as bases teóricas para que a Constitución poida ser concibida como unha auténtica lei suprema, á vez que o principio democrático queda a salvo coa apelación ó poder constituínte.

Agora ben, se a determinación do titular da soberanía no momento fundacional do Estado é, como vemos, máis ou menos fácil, o verdadeiro problema xorde cando o Estado constitucional xa foi creado e, ademais, se encontra en vigor. A dificultade provén de que nesta forma política operan dous principios claramente contrapostos e que, sen embargo, deben conciliarse.

Por un lado, ocorre que, como indican, por exemplo, Carl Friedrich e Martin Kriele, un dos trazos característicos máis notorios do Estado constitucional é o de que, cando menos en condicións de normalidade, no seu interior non hai soberano. O que, polo demais, non é senón unha esixencia para o bo funcionamento, e, incluso, a posibilidade mesma, desta forma de organización política. En efecto, foi xa Schmitt quen puxo de manifesto que un dos supostos básicos e necesarios para o correcto funcionamento do Estado constitucional, como Estado de dereito, é o da proclamación e efectiva posta en marcha da división de poderes, principio polo que se entende que tódolos poderes que actúan no Estado son poderes constituídos, que creou a Constitución, e que reciben dela tódalas súas competencias. Exclúese así, por incompatible, calquera exercicio da soberanía unha vez que o Código constitucional entrou en vigor.

Isto colócanos ante a idea dun soberano, a actuación do cal se define pola súa inmediatidade, de xeito tal que a súa manifestación sería, por dicilo na afortunada expresión de Donoso Cortés, como «o raio que esgaza o seo da nube, inflama a atmosfera, fire a vítima e extínguese». Dito máis claramente, desde a lóxica do moderno Estado constitucional, a función do Poder constituínte esgótase coa aprobación do texto constitucional, e entran, a partir dese momento, en xogo os poderes constituídos

Pero se isto é así, sucede, por outro lado, que a virtualidade práctica de toda a construción sobre a que descansa o Estado constitucional de-

pende, en último extremo, de que a distinción entre poder constituínte e poderes constituídos, que é clara no momento de establecer e sanciona-la Constitución, se manteña no tempo despois de que esta foi aprobada.

A única maneira posible de salvar esta contradicción será a de que o dogma político da soberanía popular, que é o que actúa no momento fundacional, se transforme, no Estado constitucional xa operante, no dogma xurídico da supremacía constitucional. Con iso, culminaríase o proceso de despersonalización do poder político que, como é sabido, se encontra na base mesma do concepto racional-normativo de Constitución, e que lles permite afirmar a, por exemplo, Paine, Krabbe e Kelsen que a única soberanía posible no Estado constitucional é a da Constitución e o dereito. Pero, asemade, queda perfectamente asegurada a efectividade real do principio democrático, tendo en conta que «a soberanía popular mantén a súa presenza indirecta na vida do Estado a través, xustamente, da existencia do texto constitucional que é obra súa» (P. De Vega).

Do que se trata, entón, é de articular algún mecanismo en virtude do cal o principio de supremacía constitucional e, con el, o democrático, que lle serve de maneira indubitada de base e fundamento último, encontren a súa total eficacia. O que, ó longo da Historia da humanidade, só ten lugar desde finais do século XVIII. E farao coa irrupción do principio de rixidez constitucional, que se no plano teórico encontrou, na obra de James Bryce, a súa primeira e definitiva formulación, débelle ós homes de Filadelfia a súa primeira manifestación normativa no artigo V da Constitución norteamericana. É, en efecto, a través do principio de rixidez constitucional, polo que se establece un procedemento distinto e, de maneira usual, máis agravado có previsto para actuar sobre as leis ordinarias, como a Constitución se consolida definitivamente na posición de *Lex Superior* que, en canto tal, se sitúa por riba da dicotomía gobernantes-gobernados, o que obriga a ambos por igual, aínda que non do mesmo xeito. Vedel púxoos claramente de relevo cando escribiu que «se representa xeralmente a rixidez constitucional como unha consecuencia da supremacía da Constitución. Desde o punto de vista político, é exacto: é porque se quere asegura-la supremacía da Constitución polo que se lle dá o carácter rixido. Pero xuridicamente, é só porque a Constitución é rixida polo que se pode falar da súa supremacía, posto que se ela non é rixida, non se distingue desde o punto de vista formal das leis ordinarias».

Nada de particular ten, en tales circunstancias, que cando nos interrogamos polo titular da soberanía no Estado constitucional, teñamos que referirnos inevitablemente á problemática do *amending process*. Ó fin e ó cabo, o que sucede é que, como, con meridiana claridade e acerto, sinalaron autores como, por exemplo, Carré de Malberg e De Vega, se no momento de fundar, ou, no seu caso, refundar, o Estado constitucional a problemática do principio democrático se concreta na configuración do



pobo como soberano, unha vez que o Estado xa foi constituído, aquela transfórmase na cuestión ó redor de quen e de cómo pode reformarse a Constitución. É, xustamente, neste contexto no que o principio da rixidez como elemento configurador do constitucionalismo moderno alcanza a súa máxima expresión, e onde, en todo caso, adquire plena xustificación o que autores como, por exemplo, Bryce e Burgess consideran regulación do *amending process* como a parte máis importante das constitucións.

É verdade, ninguén pode poñelo en dúbida, que tamén no marco do constitucionalismo flexible pode verificarse a proclamación da soberanía popular, de maneira tal que o Código xurídico-político fundamental podería presentarse como a obra do pobo. A separación entre o suxeito soberano e uns gobernantes sometidos á vontade daquel encontraría, en tal caso, a súa plena realización no momento inicial. Con iso, as bases nucleares para a afirmación da supremacía da Constitución estarían, así mesmo e en vía de principio, solidamente asentadas.

Agora ben, se isto é así, debemos advertir, de maneira inmediata, que esa supremacía constitucional é, desde a perspectiva da realidade, unha idea sen contido práctico ningún. Ó non existir, nas constitucións flexibles, un procedemento específico para levar adiante as modificacións formais do texto constitucional, senón que este se reformará polo procedemento lexislativo ordinario e polo lexislador ordinario, o que sucede é que, por máis que se atope aseverada no momento fundacional, a distinción poder constituínte-poderes constituídos acaba esvaecéndose na dinámica do sistema. E farao en favor dos poderes constituídos que, en último extremo, se converten nos únicos depositarios da soberanía no Estado.

As consecuencias que se derivan do anterior, son, claramente, evidentes. En primeiro lugar, encontrámonos con que aínda que o constitucionalismo flexible pretenda, ou poida pretender, edificarse sobre o principio democrático, é o certo que, pola súa propia esencia, tal sistema acaba negando a teoría democrática do poder constituínte. En efecto, é mester indicar que de nada serviría afirma-lo pobo como soberano no momento de decidi-los modos e as formas polas que vai rexerse, se tan pronto como a Constitución foi establecida se vai ver desterrado desa posición, para confirmar nela o gobernante.

A soberanía, ou é permanente, ou non é nada. Xa Bodin chamara a atención sobre este particular, e a súa sentenza é, segundo o noso parecer, plenamente aplicable ó pobo no constitucionalismo moderno. De acordo con este gran xurista e pensador político francés, «A soberanía é o poder absoluto e perpetuo dunha república... (...). Digo que este poder é *perpetuo*, posto que pode ocorrer que se lle conceda poder absoluto a un ou a varios por tempo determinado, os cales, unha vez transcorrido este, non son máis que súbditos». No constitucionalismo flexible, a ver-

dadeira condición de soberano concorrerá, entón, nesos gobernantes que, aínda que creados de maneira formal polo Código constitucional, poden, finalmente, alteralo á súa libre vontade.

Resultado inmediato do anterior, será, en segundo termo, a imposibilidade práctica do significado xurídico-político do principio de supremacía. Ó non poder presentarse o pobo como o titular permanente, ou perpetuo, dun poder soberano, absoluto e ilimitado no contido da súa vontade, que, en todo caso, mantén a súa soberanía mediante o texto constitucional que é obra súa, non existe, no marco do constitucionalismo flexible, título ningún que realmente obrigue os gobernantes a suxeita-la súa actuación á Constitución e ó dereito.

A natureza de *Lex Superior* do Código fundamental devén, en tales circunstancias, nunha simple quimera. En realidade, aquel aparecerá equiparado en todo á lei ordinaria e, polo mesmo, sometido ó azar dos intereses concretos e conxunturais dos supostos poderes constituídos.

Todo o contrario sucede no ámbito do constitucionalismo ríxido. A suxeición de gobernante e gobernados á Constitución encóntrase agora absolutamente garantida. Que isto sexa así, débese a que, como certamente comprenderon, entre outros, Esmein e Mortati, o establecemento dun procedemento específico para levar adiante a revisión constitucional, en tanto en canto permite a oposición lei constitucional-lei ordinaria, non fai senón consagrar de maneira definitiva a distinción entre o soberano e os suxeitos non soberanos que actúan no Estado constitucional, ó delimitar claramente a esfera de actuación de cada un deles. A regulación legal-constitucional do *amending process* permite, en efecto, que esta separación se manteña ó longo da vida do Estado constitucional. E faíno na medida en que, mercé a aquel, a contraposición poder constituínte-poderes constituídos se ve aquí completada coa irrupción dun novo suxeito, o poder de reforma, distinto a ambos.

Deste xeito, o esquema político inaugurado nos Estados Unidos, como primeira manifestación histórica do constitucionalismo ríxido, ten tres puntos de inexorable referencia en canto ás súas posibilidades normativas:

1.1) Estaría, en primeiro termo, o poder constituínte. Nel reside a soberanía, e, por iso mesmo, preséntase como o único suxeito lexitimado para, coa aprobación do texto constitucional, fixa-las bases políticas e as regras xurídicas polas que ha de conducirse a nova organización político-estatal. As súas principais características serían, por un lado, a de que ó tratarse do titular dun poder soberano, absoluto e ilimitado no contido da súa vontade, o lexislador constituínte defínese como *res facti, non iuris*. Isto é, encontrámonos ante un poder político existencial e fáctico, que agroma espontaneamente da propia comunidade que decide darse a Constitución, a actuación da cal, polo tanto, non pode quedar constringida polos estreitos límites dun dereito que encontra nel a súa fonte última, nin,



moito menos, por un ordenamento xurídico anterior ó seu propio nacemento. Por outra parte, é tamén intrínseco ó *Pouvoir Constituant* o que unha vez que a Constitución foi aprobada e entra en funcionamento, aquel desaparece da escena política para entrar nunha fase de letargo, da que tan só sairá cando se faga necesario que se dea unha nova Constitución, dando paso, así, á actuación dos poderes creados e ordenados por el mesmo.

2.1) Encontrámonos, en segundo lugar, co poder de revisión, que actúa dentro do Estado constitucional xa constituído, e que se configura como un poder extraordinario tendo en conta que, observando, naturalmente, as esixencias e requirimentos legal-constitucionalmente previstos para o efecto, é o único suxeito facultado para proceder á modificación formal do Código xurídico-político fundamental. A natureza do lexislador que reforma a Constitución foi, e é aínda, unha cuestión moi debatida na doutrina. Os aspectos desta polémica van desde aqueles que, seguindo as formulacións de Frochot no seu discurso, do 3 de setembro de 1791, ante a Asemblea Constituínte francesa, identifican este co mesmo poder constituínte que aprobou a lei fundamental, o cal de maneira voluntaria admite a limitación en canto ás formas de expresión da súa vontade que, emporiso, continúa sendo ilimitada no seu contido material (Biscaretti, Vanossi), ata os que consideran que estamos en presenza dun auténtico poder constituído aínda que extraordinario en canto que exercita unha facultade constituínte (Schmitt, Pérez Serrano, De Vega), pasando polos que entenden que se trata dun mesmo poder –o poder constituínte– actuando en dous momentos diferentes e con manifestacións distintas: no momento de aproba-lo texto constitucional aparecería como un poder absoluto, soberano e ilimitado, mentres que cando se trata de revisalo aceptaría a limitación formal e material da súa vontade, decidida, iso si, por el mesmo (Crosa, González Encinar, Calzada Conde).

Non podemos, como é obvio, deternos aquí na exposición pormenorizada da anterior disputa. O que a nós nos interesa agora é só o determinar cál é o alcance da obra deste poder de reforma. Para iso, non obstante, na nosa opinión, debemos indicar que cómpre descarta-la primeira das posturas antes citadas, e iso por canto que a mesma conduce ó máis absoluto dos absurdos. Debémolle, neste sentido, ó doutor De Vega unha observación fundamental: «En calquera caso [escribe o mestre] trátase dun poder autolimitado no procedemento, pero absolutamente libre e soberano no obxecto e no contido da súa vontade. E, naturalmente, un poder que conserva as súas plenas facultades soberanas e é libre no obxecto, por necesidade seguirá sendo un poder constituínte (...). A súa condición de poder constituído na forma e no procedemento non dependería, en definitiva, da Constitución, senón da súa propia vontade. Do mesmo xeito que como poder libre e soberano, en determinados momentos, pode acata-los procedementos de actuación establecidos na norma

fundamental, noutras circunstancias pode non facelo. O que equivale a indicar que as reformas constitucionais non serían explicables, en ningún caso, como resultado da supremacía da Constitución, capaz por si mesma de legaliza-lo cambio e controla-los seus propios procesos de transformación, senón como produto da vontade autónoma e libre do poder constituínte. Levando o razoamento ata as súas últimas consecuencias, todo isto quere dicir que, cando a revisión se concibe como obra dun poder soberano no obxecto, aínda que se presente como constituído e limitado no procedemento, a propia institución da reforma constitucional, en canto expresión da continuidade xurídica do ordenamento, deixa de ter sentido».

Aceptado isto, a resposta á nosa interrogante aparece meridiana. En efecto, xa se entenda que entre o poder constituínte e o poder de reforma existe unha nítida e definitiva diferenza, xa se sosteña que se trata do mesmo poder constituínte que actúa en dous momentos distintos, sobre o que non pode caber dúbida ningunha é que, como con gran brillantez e acerto puxera de manifesto Schmitt, a revisión da Constitución é unha facultade constitucional e, por iso mesmo, trátase dunha competencia limitada pola propia Constitución. O anterior non significa senón que o que, á hora de revisa-la lei fundamental, non pode en ningún caso face-lo lexislador constituínte é excederse nas funcións que constitucionalmente ten atribuídas, entre as que, como non podería ser doutro modo, non está a de levar adiante actos revolucionarios. Dito doutro xeito, porque «A través da reforma pódese legaliza-lo cambio, pero o que en ningún caso resulta posible é legaliza-la revolución» (P. De Vega), evidente resulta que o poder de reforma non está facultado para, coa utilización do *amending process*, nin para elaborar, aprobar e sancionar unha nova Constitución, nin para proceder ós supostos de, en terminoloxía schmittiana, «destrución» e «supresión» ou «cambio» da Constitución. Tales actuacións quedan reservadas á actuación do poder constituínte como suxeito *legibus solutus*.

Tal concepción do lexislador que reforma a Constitución é, como demostrou Gabriel Arnoult, a que se adoptou xa na Convención de Filadelfia cando, fronte á idea de que a revisión era, ou debía ser facultade ilimitada, estableceu unha serie de materias que non poderían ser obxecto de revisión, polo menos en condicións de normalidade. E de Estados Unidos pasou ó resto dos ordenamentos constitucionais. Deste maneira, encontrámonos con que nada impediría que o pobo, como poder constituínte revolucionario, puidera decidir darse unha nova Constitución, xa que, como soberano, ten sempre ese dereito e, ademais, a súa actuación non podería verse restrinxida nin sequera na hipótese de que existan límites materiais absolutos expresos. Así mesmo, nada impediría, tampouco, que puidera verificarse o suposto da «reforma total» sempre e cando a mesma se entenda como a posibilidade de alteración de todo o articulado do texto constitucional ben que, como indica Mortati, debendo respectar tanto os



principios inspiradores do constitucionalismo moderno, como todos aqueles principios e valores que, establecidos e sancionados polo constituínte, caracterizan e individualizan a Constitución de que se trate.

3.1) Estaría, por último, o lexislador ordinario. Estamos, agora, ante un poder constituído, que foi creado pola Constitución e que, polo tanto, lle debe á vontade do constituínte a súa existencia mesma e tódalas súas facultades. Da anterior definición, dedúcese, na nosa opinión, sen dificultade que se trata dun poder que se encontra plenamente facultado para a aprobación, modificación e derogación do dereito ordinario, pero que queda excluído da actuación no ámbito da lei constitucional. Dábaselle, deste xeito, cumprimento á tese que no ano 1758, formulou Emer de Vattel, segundo a cal: «A nación pode confiarlle o exercicio [da potestade lexislativa] ó príncipe ou a unha asemblea, ou ó príncipe e a esta asemblea conxuntamente, os cales están entón facultados para facer leis novas e abroga-las vellas. Pregúntase se os seus poderes se estenden ata leis fundamentais, se poden cambia-la Constitución do Estado. Os principios que establecemos, condúcennos certamente, a decidir que a autoridade destes lexisladores non chega tan lonxe e que as leis fundamentais deben ser sagradas para eles, se a nación non lles deu expresamente o poder para cambialas. Posto que a Constitución ha de ser estable; e porque a nación a estableceu en primeiro lugar e lles confiou a continuación a *potestade lexislativa* a certas persoas, as leis fundamentais están exceptuadas da súa comisión. Á fin e ó cabo, é da Constitución de onde estes lexisladores obtéñen os seus poderes. ¿Como poderían cambiala sen destruí-lo fundamento da súa autoridade?».

É, en todo caso, con base nesta distinción dobre entre lei constitucional, lei de revisión e lei ordinaria, por unha parte, e entre poder constituínte, poder de reforma e lexislador ordinario, por outra, como a supremacía da Constitución adquire o seu auténtico significado e verdadeira eficacia, e tanto na súa dimensión xurídico-política como na estrictamente xurídica. Con iso, e isto é o que agora nos interesa, salvagárdase a idea de que o pobo, como titular da soberanía, é o único suxeito lexitimado para decidir os modos e as formas en que quere ser gobernado. A razón é facilmente comprensible.

Non pode esquecerse, en primeiro lugar, que a institución dun procedemento distinto, usualmente máis agravado e difícil, para revisa-la Constitución có legal-constitucionalmente establecido para a aprobación, modificación ou derogación da lexislación ordinaria, no que, á fin e posteriormente, se traduce é no recoñecemento dunha certa supremacía xurídica, formal e material, da primeira sobre as leis ordinarias. Supremacía que se deriva da circunstancia de que, como escribiu De Vega: «a técnica da reforma inverte o criterio clásico de interpretación das normas. As fórmulas contidas nos aforismos *lex posterior derogat legi priori*, *lex*

*specialis derogat legi generali* veranse substituídas por esta outra: *lex superior derogat legi inferiori*. O que significa que a vulneración xurídica da Constitución por unha lei posterior, perfectamente admisible nun sistema de Constitución flexible, queda definitivamente aniquilada nun sistema de constitución ríxida. As únicas leis válidas contrarias á Constitución, e posteriores a ela, serán as que, por aterse ós procedementos de Reforma, se presenten como revisións constitucionais». O dereito constitucional, en definitiva, convértese, mercé a esta maior resistencia á modificación, no dereito positivo de máximo rango no Estado, ante o que, en caso de conflito, han de ceder, desde o principio e por principio, tódalas demais normas xurídicas.

A soberanía popular queda, deste modo, a salvo tendo en conta que en caso de diverxencia entre a vontade do constituínte e a do lexislador ordinario será a primeira a que deba prevalecer. E iso tanto desde o punto de vista lóxico-xurídico, como desde a óptica da correcta práctica política do Estado constitucional. Hamilton puxo claramente de manifesto cando sinalou que: «E se ocorrese que entre as dúas hai unha discrepancia, debe preferirse, como é natural, aquela que posúe forza obrigatoria e validez superior; noutras palabras, debe preferirse a Constitución á lei ordinaria, a intención do pobo á intención dos seus mandatarios».

En segundo termo, debe tomarse en consideración que o principio de rixidez, conforme o cal se establece un procedemento específico para levar adiante a modificación da Constitución, distinto do legal-constitucionalmente previsto para aprobar, modificar ou derroga-las leis ordinarias, o que en realidade fai é perpetua-la distinción poder constituínte, como soberano, e poderes constituídos, extraordinarios (poder de revisión) ou ordinarios, sobre a base de delimitar claramente o ámbito normativo no que cada un deles pode operar. Deste modo, conxúrase, cando menos no plano teórico –aunque poida ser desmentido pola práctica, como sucedeu, xa quedou apuntado, en Europa como consecuencia da doutrina do propio Sieyès e, aínda máis como consecuencia da doutrina da soberanía compartida do liberalismo doutrinario–, o maior perigo que pode te-lo Estado constitucional: a confusión entre poder constituínte e poderes constituídos, que, posteriormente, conducirían á edificación dun constitucionalismo ficticio, antesala de etapas de dictadura máis ou menos encubertas. En efecto, é en virtude do principio de rixidez como se asegura definitivamente que «nin o poder constituínte pode proxectarse máis alá das súas funcións, asumindo competencias propias dos poderes constituídos, nin os poderes constituídos poden, pola súa parte, usurpa-las atribucións que unicamente lle corresponden ó poder constituínte» (P. De Vega).

A conclusión á que, á vista do ata aquí exposto, ha de chegarse é obvia. O único soberano que pode existir no Estado constitucional é o pobo, como titular do poder constituínte.



### 2.3. Soberanía e poder constituínte no Estado federal

Coñecida a solución ó problema da titularidade da soberanía no marco xeral do Estado constitucional, do que agora se trata, e con iso recuperámo-la liña central deste traballo, é de determinar se este mesmo esquema resulta aplicable ó Estado federal ou, se se prefire, ó Estado politicamente descentralizado. A resposta a este interrogante ha de ser, na nosa opinión, positiva. Sumámonos, deste xeito, á opinión de Friedrich, para quen «podemos falar apropiadamente de federalismo só se un conxunto de comunidades políticas coexisten e interaccionan como entidades autónomas, unidas nunha orde común e, por suposto, cada cal coa súa propia autonomía. Semellante federalismo resulta incompatible co concepto tradicional de soberanía. Non cabe descubrir soberano ningún no sistema federal [xa operante]: autonomía e soberanía exclúense mutuamente nunha orde política. (...). O único modo teoricamente claro e admisible de formularlo asunto é admitir que, en vez de ser dirixido por un poder soberano, un sistema constitucional descansa sobre o poder constituínte». O que, traducido noutros termos, non significa senón que a soberanía no Estado federal lle corresponde, única e exclusivamente, ó pobo como conxunto.

Poucas dificultades debería haber para admiti-lo correcto desta última afirmación cando o Estado politicamente descentralizado xorde como consecuencia da transformación dunha preexistente estrutura estatal unitaria. A razón antóllasenos facilmente comprensible. É verdade que o proceso constituínte polo que nace o Estado federal pode, e debe, explicarse desde o esquema trazado polo reverendo Wyse. Desta maneira, tamén neste caso han de distinguirse o momento dos dereitos fundamentais, o do pacto social e o do acto constitucional. Agora ben, o que sucede é que, na medida en que este proceso constituínte ten lugar no seo dunha comunidade política xa establecida, o pacto social non reviste agora o carácter de acto polo que se crea ou funda o Estado, senón máis ben o de acto refundacional. Isto é, o que no momento de novo pacto social se fai, é confirmar aquela vontade dos distintos individuos pola que se consentiu a creación da comunidade política, ó mesmo tempo que se reafirman, como pobo unitario do Estado de que se trate, na súa condición de titular único da soberanía.

O nacemento do Estado federal pola transformación dun anteriormente unitario, centralizado e centralista, resulta, desde esta perspectiva, claro. Confirmado na súa soberanía, o pobo decide manterse unido nunha comunidade política única, ben que baixo outros principios e valores ós que rexían no momento anterior. Singularmente, no que a nós interesa aquí –e por utiliza-la xa citada idea de Friedrich–, o permitir que no seo do Estado aparezan novos centros de decisión política, competentes para actuar separadamente e pola súa conta a solución de problemas que antes tiñan en común.

É, precisamente, desde este entendemento desde onde resulta plenamente admisible a tese de, por exemplo, Jellinek e Carré de Malberg, conforme a que nestes supostos é un acto xurídico do poder constituínte estatal. Á fin e ó cabo, na medida en que o Estado xa existe, ben podería afirmarse que a aparición da estrutura federal é o resultado da reorganización da sociedade, que, como vimos xa, se leva adiante no momento do acto constitucional, e que, no suposto que agora nos ocupa, se traduciría nun cambio na normativa fundamental.

En todo caso, xa se admita a posición destes dous últimos autores explicando o nacemento do Estado federal en termos xurídicos, xa se pretenda que tamén cando este nace desde a descentralización só resulta explicable como unha realidade fáctica, sobre o que non pode haber dúbida é sobre o quén é o titular da soberanía na nova estrutura político-estatal. O mesmo pobo que posuía a condición de soberano no preexistente Estado unitario, se erixe tamén, e coa confirmación de novo pacto social, no único soberano posible na nova manifestación histórica do Estado constitucional de que se trate.

E se isto é así cando o Estado politicamente descentralizado xorde como consecuencia dun proceso descentralizador, tampouco deberían existir demasiadas dificultades en admiti-lo mesmo cando nos enfrontamos ó suposto contrario: a actuación dun proceso de centralización de estados ata entón soberanos e independentes. Acaso sexa co exemplo da Unión federal americana, forxada desde e sobre o principio democrático, como mellor poida chegarse a comprender esta aseveración.

Xa tivemos ocasión de sinalar que o proceso de total ruptura xurídica e política coa coroa británica, significou que o pobo das distintas colonias se convertía, desta maneira, no único dono do seu destino como unidade política terreal. Consecuencia desta consideración foi, como seguramente non podería ser doutro xeito, a aprobación, polo propio pobo e no seu respectivo ámbito xeográfico, dos textos constitucionais polos que ía organizarse a vida política dos nacentes estados. Circunstancia esta sobre a que non é preciso insistir outra vez.

No que si interesa deterse agora é no dato de que esa afirmación, que se deduce de forma inequívoca da propia Declaración de independencia, do pobo de cada unha das colonias como o único titular da soberanía en cada unha delas, se realiza de maneira coextensa coa manifestación do desexo de actuar unidos nunha organización supraestatal que engloba tódalas colonias, aínda que sen perde-la súa individualidade como estados e, por conseguinte, sen renunciar á súa propia soberanía.

A boa pluma de Jefferson, posta ó servizo dos trece novos estados na redacción da Declaración de independencia, non deixa lugar á dúbida sobre esta cuestión. O ilustre político virxiniano escribía entón que «Cando, no curso do devir humano, un pobo se ve obrigado a disolver los lazos



políticos que o ligaron a outro, asumindo entre as potencias da terra o posto separado e igual a que as leis da natureza e o Deus da natureza lle dan dereito, (...) Por conseguinte, nós, os representantes dos Estados Unidos de América, reunidos en Congreso xeral, poñendo o supremo xuíz do mundo por testemuña da rectitude da nosa intención, en nome e autoridade do bo pobo destes estados [estas Colonias, na redacción final], *rexeitamos e repudiamos toda fidelidade e sometemento ós reis de Gran Bretaña e a calquera outros que no sucesivo, por eles, mediante eles ou baixo eles, puideran reclamalas; disolvemos plenamente todo vínculo político que ata hoxe poida subsistir entre nós e o pobo ou Parlamento de Gran Bretaña; e finalmente afirmamos e declaramos que estas colonias unidas son estados libres e independentes, e que como estados libres e independentes, teñen plenos poderes para face-la guerra, acorda-la paz, concertar alianzas, comerciar e realizar canta cousa ou acción pode en dereito realizar un Estado independente».*

Establecíanse, deste xeito, as bases para a creación da Confederación de Estados, entendida como simple asociación contractual e internacional, con vocación de ser permanente, entre estados que seguen sendo soberanos. O que, no plano normativo fundamental, se traduciu na elaboración dos *Articles of Confederation*, aprobados polo Congreso o 5 de novembro de 1777, e foron finalmente ratificados pola totalidade dos estados no ano 1781.

Importa sinalar, na medida en que iso nos permitirá alcanzar unha maior claridade no noso propósito, que nesta forma de organización política o problema da soberanía dista moito de ser reconducible ó esquema conceptual que opera no Estado constitucional. E iso pola sinxelísima razón de que a *Staatenbund* non é un verdadeiro Estado Constitucional. Debe terse en conta, respecto disto, que os artigos da confederación de ningún modo son equiparables a unha Constitución do tipo liberal-burgués, senón que se trata dunha norma de carácter supranacional. Isto é, a por algúns, denominada Constitución confederal, que non é máis que un auténtico tratado internacional realizado, e subscrito, por unha serie de estados soberanos, membros todos eles da comunidade internacional. Circunstancia esta que non pode deixar de producir efectos en canto á natureza da unión estatal. En efecto, se exceptuámos a Meyer, existe un amplo acordo na doutrina en considerar que o tratado polo que se funda a confederación supón, si, a creación dunha nova entidade política, distinta de cada un dos seus compoñentes, á que se lle reconece unha certa subxectividade internacional, e que vai contar cunha mínima organización institucional propia –o *Congress*, no caso dos Estados Unidos–, pero que isto non implica, nin moito menos, a desaparición dos membros para dar lugar á fundación dun único Estado soberano, suxeito de dereito internacional, senón que, polo contrario, os «estados [os seu pobos] son aínda os soberanos fundadores e administradores deste tipo de ordenamento».

Esta era, en definitiva, a situación xurídico-política na que se encontraban os Estados Unidos de América ata 1787. As carencias demostradas tanto na orde interna, de maneira particular nos temas económicos, e na internacional, decidiron o Congreso a convocar, en febreiro dese ano, unha asemblea para revisa-la Norma Fundamental da Unión. Reunidos efectivamente os pais fundadores o 25 de maio en Filadelfia, abandonárase o fin orixinario para, ó dicir de Publio, «Despois de experimentar de modo inequívoco a ineficacia do Goberno federal [en rigor, confederal] vixente, sodes chamados a deliberar sobre unha nova constitución para os Estados Unidos de América». Producíase, deste modo, o tránsito da confederación ó Estado federal.

Non fai falta demasiado esforzo para atribuírle á reunión da Convención de Filadelfia a natureza do *nationale Tat* jellinekiano. Tampouco deberían existir obstáculos para recoñecer nela a materialización do pacto social. O seu contido, segundo o meu parecer, é o que se consignou, de maneira tan gráfica como contundente, no preámbulo da Constitución federal: «Nós, o pobo dos Estados Unidos, co fin de formar unha unión máis perfecta, establece-la xustiza, afianza-la tranquilidade interior, prove-la defensa común, promove-lo benestar xeral e asegurar para nós mesmos e para os nosos descendentes os beneficios da liberdade, sancionamos e estatuímos esta Constitución para os Estados Unidos de América».

Naturalmente, a problemática da soberanía sufrirá, neste contexto, unha notable conmoción. Se na etapa confederal, na medida en que é unha simple asociación contractual, a titularidade da soberanía se situaba na órbita dos estados e non no da Unión, e así quedaba patentemente reflectido no ámbito normativo en canto que tódolos documentos se realizaban «en nome e autoridade do bo pobo destes estados (ou colonias)», a partir da Convención de Filadelfia sucede todo o contrario. En efecto, a «Constitución federal [escribe, por exemplo, La Pergola] refírese explicitamente ó pobo dos Estados Unidos como titular do poder constituínte, a diferenza da fórmula adoptada polos *Articles*, na que se afirma que a Unión é instituída entre os trece estados, individualizadamente *nominate*. A diversidade da linguaxe correspóndelle ademais á substancial diferenza de estrutura entre Confederación e Estado federal, e débese en particular á presenza no ordenamento federal dun pobo (e dos demais elementos constitutivos) do Estado central, que en cambio faltan, segundo a opinión xeral, na Confederación».

Que iso sexa así, resulta facilmente comprensible desde os esquemas teóricos elaborados polo reverendo Wyse sobre o desenvolvemento do proceso constituínte. Neste sentido, encontrámonos con que cando, na Convención de Filadelfia, os representantes das distintas vilas dos estados se poñen de acordo na necesidade de afondar e perfecciona-la unión e, en consecuencia, acordan crear unha única comunidade, o que en realidade



están facendo non é senón renunciar á súa propia individualidade como pobos diferenciados, para integrarse nunha unidade política superior e única: o pobo dos Estados Unidos.

Con iso, ocioso debería ser advertilo, a titularidade da soberanía pasa, de maneira tan forzosa como inevitable, dos cidadáns das colonias, que deixaron de existir como entidades illadas, ó pobo da nova estrutura estatal. Nada de estraño ten, en tales circunstancias, que os *Founding Fathers*, como representantes desta nova colectividade, e actuando en nome e autoridade dela, puideran elaborar e discuti-lo texto da Constitución que, finalmente, debía ser establecida e sancionada polo propio pobo dos Estados Unidos como titular indiscutido e indiscutible da soberanía. Na sentenza do caso *Martin versus Hunter's Lessee*, o xuíz John Marshall púxoo claramente de manifesto cando afirma que a «Constitución dos Estados Unidos foi decretada e establecida non polos estados, na súa capacidade de estados soberanos, senón expresa e formalmente, (...), polo *pobo dos Estados Unidos*».

O Estado federal queda, deste xeito, equiparado en todo ó Estado constitucional, e será a lóxica deste último a que, en definitiva, actúe no seo do primeiro. O anterior indícanos que tamén no *Bundesstaat*, a cuestión do principio democrático acaba converténdose na problemática da revisión do texto constitucional aprobado por un soberano que tan pronto como realizou esta tarefa, desaparece da escena política ordinaria.

É máis, non pode de ningún modo considerarse casual que fose no marco dos estados politicamente descentralizados onde se formulase primeiramente a necesidade de prever legal-constitucionalmente un mecanismo específico para levar adiante a modificación formal do Código xurídico-político fundamental. A rixidez constitucional aparece, deste xeito, estreitamente vinculada ó federalismo. A súa entrada na Historia é, en efecto, coextensa coa creación do Estado federal, e pódese, incluso, dicir que aquela é, dun ou doutro xeito, consecuencia deste último. Neste sentido, sinala La Pergola que «se non se quere perder de vista o efectivo desenvolvemento da idea da Constitución rixida, non se pode, parécenos, esquecer que ela madurou precisamente na tradición política americana, difundíndose só despois, tamén fóra dos ordenamentos federais, ata penetrar, como é sabido, na esencia mesma do Estado democrático moderno. De modo que, se ben o principio de rixidez reina hoxe ben máis alá do ámbito das formacións federais, non hai dúbida que a primeira intuición e formulación –e neste sentido, o núcleo orixinario– daquel, van asociados co fenómeno do Estado federal, e en particular co deseño e a obra dos *Founding Fathers*». En todo caso, parece oportuno recordar que a esixencia de que a modificación formal da Constitución federal haxa de verificarse a través dun procedemento especial no que, de maneira necesaria, han de participar as colectividades-membros, as cales decidirán, do modo que sexa, sobre

a mesma por maioría cualificada, que se establece por vez primeira na Constitución americana de 1787, converteuse nun dos trazos máis característicos do dereito constitucional federal, tanto é así que este singular modo de revisión constitucional foi utilizado tradicionalmente como un dos elementos definidores do Estado federal que permite, ademais, contraño tanto ó Estado unitario como ó modelo confederal.

Agora ben, si isto é así, debemos realizar unha aclaración. É verdade que desde que foi aprobado o art. V da Constitución americana, o requisito de que a modificación formal do texto federal teña que ser aprobado polo voto favorable dunha maioría cualificada dos membros, e non por unanimidade como na Confederación, converteuse na regra xeral do dereito constitucional federal, respecto da cal existen, ou existiron, moi poucas excepcións, motivo polo cal non faltará quen entenda que incidir en que reside no *amending process* unha das principais diferencias entre o Estado federal e a Confederación de estados resulta, en canto que evidente, innecesario, superfluo e sen xustificación obxectiva ningunha.

Ocorre, sen embargo, que isto que hoxe nos parece tan claro, non foi tan evidente no momento da creación da regra da maioría cualificada. Antes ó contrario, debe facerse constar que a mesma non foi admitida sen oposición. En efecto, o art. V encontrou, tanto no momento da súa elaboración como posteriormente, a inimiga de, por un lado, os sectores máis conservadores da Convención, que vían no procedemento de reforma un obstáculo para o cambio, e, por outro, a daqueles que entendían o Estado federal como un contrato, que estaban empeñados en perpetuar a cláusula da unanimidade contida nos *Articles of Confederation*. E esta oposición verificouse non só en Filadelfia, senón tamén despois da súa entrada en vigor. Sendo así, parece oportuno o que, sequera sexa sucintamente, nos deteñamos a realizar algunhas consideracións sobre o procedemento previsto no artigo V do texto estadounidense.

Interesa sinalar, respecto disto, que cunha tal solución os *Founding Fathers* operaron unha notable diminución en canto ós requirimentos previstos para a modificación formal dos *Articles of Confederation*. Pénsese que se ben é certo que a esixencia da aprobación por parte de maiorías cualificadas non era descoñecida na etapa confederal, é o certo que esta técnica quedaba reservada non para a lei fundamental da Unión, senón para o dereito ordinario, requiríndose, polo contrario, o asentimento unánime dos membros para modifica-los *Articles*. Circunstancia esta que podería, certamente, interpretarse, con Pace, no sentido de que na Convención de Filadelfia, ó introduci-lo criterio da maioría cualificada fronte ó da unanimidade, se optou por realizar un evidente debilitamento da rixidez constitucional.

Non cremos, sen embargo, que esta interpretación sexa a correcta. Inclinámonos, polo contrario, por dálle-la razón ós que, como, por



exemplo, La Pergola e De Vega, entenden que foi xustamente o establecemento deste procedemento especial para levar adiante a reforma constitucional, así como o darlle entrada ó principio da maioría cualificada o que, ó rompe-lo esquema pacticio propio da Confederación, abriu o camiño cara á Constitución rixida. Pero é máis, debemos dicir que a regra da maioría cualificada non é só unha solución técnica que se mostra como totalmente lóxica e coherente co modelo de Estado que se creaba coa Constitución americana de 1787, senón que, na medida en que nos encontramos ante un verdadeiro Estado constitucional, se trata da única fórmula compatible co Estado federal. Dúas son, fundamentalmente, as razóns que nos conducen á anterior afirmación:

1.0) Debemos recordar, en primeiro lugar, que foi xa Friedrich quen, con meridiana claridade e notable acerto e fortuna, puxo de manifesto que o federalismo non pode ser concibido como un modelo político estático, caracterizado pola existencia dunha división de poderes, particular e precisamente determinada e consolidada. Antes ó contrario, só será posible alcanzar unha correcta comprensión do Estado federal desde o entendemento do federalismo, e das relacións federais, como un proceso dinámico que se desenvolve en dúas direccións distintas e, á vez, converxentes. Proceso dinámico que, en último extremo, significa que cando as circunstancias históricas impoñan a actuación da tendencia centralizadora, algunha das competencias atribuídas ás colectividades particulares terán que pasar a mans da organización política central, e ó contrario cando o que se estea desenvolvendo sexa a tendencia descentralizadora.

Agora ben, se isto é así, debemos advertir inmediatamente que o que é importante, e resulta ademais decisivo para a atribución da natureza federal a unha determinada estrutura político-estatal, é que este *federalizing process* non pode deixarse á decisión unilateral, e eventualmente caprichosa e arbitraria, nin dos poderes da organización central, nin da dos das organizacións rexionais. É, pola contra, necesario que unha e outra instancia de decisión política encontren mecanismos xurídicos adecuados para protexerse fronte á invasión do seu ámbito competencial por parte da outra organización política. O que, como advirte o propio Friedrich, só será posible cando a distribución de competencias, que é no que finalmente se concreta o federalismo, se encontre positivizada nunha Constitución escrita e rixida.

Evidente resulta, neste contexto, a importancia que adquire, no marco teórico e práctico do Estado federal, a técnica da reforma constitucional, que terá que satisfacer unha dobre función: por unha parte, a Constitución ha de ser rixida para, deste modo, dotar das notas de estabilidade e permanencia as normas que establecen e sancionan o repartimento, territorial e funcional, do poder político. Pero, por outra parte, e na medida en que nos encontramos ante un sistema dinámico, ha de permitirse

o cambio constitucional para adecua-la división competencial ás novas necesidades e requirimentos que o devir histórico puidera impoñer. O mantemento da unanimidade dos membros para aproba-la revisión faise, desde esta óptica, totalmente inviable, xa que, con ela, se estaría impedindo o atender ó dinamismo inherente ó sistema federal. Á fin e ó cabo, xa Bryce e Esposito advertiron que a adopción de procedementos superagravados para a modificación formal da Constitución, –e non cabe dúbida de que esixi-la unanimidade o é–, equivale, de feito, ó establecemento de límites expresos á reforma.

Sendo así, o gran problema que se formula é o de determinar cál é o grao de rixidez que ha de ter o texto federal. E neste punto, como non podía ser doutra forma, a lóxica do federalismo acaba coincidindo coa do Estado constitucional mesmo –do que, polo demais, non é senón a súa primeira manifestación histórica–, que encontra nas palabras de Madison a súa primeira e máis perfecta formulación: o procedemento de revisión ha de protexer por igual contra unha facilidade extrema que fixese á Constitución demasiado variable, e contra unha esaxerada dificultade que a fixese absolutamente invariable. Isto é, xustamente, o que fai o artigo V da Constitución americana.

Non resulta, polo tanto esaxerada a afirmación de Friedrich e La Pergola de que lle corresponde ó Constituínte de Filadelfia o gran mérito de resolver, coa adopción dun texto ríxido, un dos principais problemas organizativos do Estado federal. Pénsese que cunha tal solución o que se fai é, por un lado, garanti-lo repartimento, territorial e funcional, do poder político entre as diversas ordes de autoridade, e iso na medida en que se dota a esta materia da necesaria permanencia e estabilidade en canto que se subtrae esta materia á vontade unilateral tanto dos poderes constituídos centrais, como á dos rexionais. Pero, por outra parte, evítase o perigo de fosilización do sistema tendo en conta que, en virtude da técnica da revisión, se prevé a posible variación da división de competencias constitucionalmente consignada, cando a propia dinámica do sistema así o requira.

2.0) A opción pola regra da maioría cualificada na aprobación da reforma preséntase, como vemos, como unha consecuencia lóxica e inevitable nun sistema que se define por ser, esencialmente, unha estrutura dinámica. Pero é máis, debemos sinalar, en segundo lugar, que aquela é a única fórmula compatible coa natureza estatal do Estado federal. Afirmación esta que, segundo o noso parecer, non resulta difícil de admitir. Neste sentido, xa tivemos ocasión de sinalar cómo o nacemento dun Estado federal, calquera que sexa o seu proceso histórico de creación, sempre supón a actuación dun Poder constituínte único que ou ben crea (funda) o propio Estado, ou ben transforma ou permite a transformación (refunda, en definitiva) naquel modelo dun preexistente Estado unitario, mediante



o establecemento e sanción dunha Constitución en sentido moderno e técnico. A natureza do Estado federal é, desde esta perspectiva, evidente: este non é senón unha manifestación estrutural concreta do Estado constitucional. É, en último extremo, esta circunstancia a que, ó diferencialo da Confederación, explica o por qué a solución que era válida e racional na etapa confederal, a unanimidade, devén inviable coa aprobación da Constitución de 1787.

A razón é facilmente comprensible. Ó non verificarse no marco da Confederación o feito nacional, axiomático, resulta que esta non constitúe un Estado constitucional, senón que a súa verdadeira natureza é a de ser unha unión entre estados soberanos, os cales continúan sendo suxeitos de dereito internacional, e que se rexen por unha lei fundamental que, en rigor, non responde á idea de Constitución en sentido moderno, senón á de norma convencional. Requiri-lo voto unánime dos membros para reformala chamada «Constitución» confederal encontra, neste contexto, sobrada xustificación. O que cun tal *amending process* se pretendía era, en definitiva, manter e asegura-la condición de suxeito soberano que lles correspondía ós estados particulares.

A situación é completamente oposta no Estado federal. O que, en todo caso, non é senón consecuencia da súa propia esencia estatal. Debemos insistir, neste sentido, na idea de que, porque o Estado federal é unha manifestación do moderno Estado constitucional, o único soberano posible nel é o Poder constituínte que elabora, aproba, establece e sanciona o texto federal. A organización política central e as organizacións políticas rexionais caracterízanse, entón, por ser titulares non da soberanía, senón da autonomía.

Desta maneira, innecesario debería ser afirmar que a finalidade do procedemento de revisión non pode ser, no Estado politicamente descentralizado, a de preservar para as colectividades-membros unha soberanía que, polo demais, non lles corresponde. Polo contrario, do que se trata é de salvagardar esa soberanía do pobo que, de maneira explícita, quedou proclamada e afirmada desde o mesmo preámbulo do Código fundamental estadounidense. En tales circunstancias, compréndense perfectamente os esforzos de Calhoun, máximo representante das teses contractualistas na teoría e práctica constitucional americana, para, coa apelación ós *States rights*, ó *right of nullification* e á *concurrent majority*, restablecer pola vía da interpretación o principio de unanimidade que rexeitara o constituínte. Con iso, non pretendía senón que os estados-membros recuperarán a condición de soberanos que perderan no momento do pacto social.

Porque isto é así, ocorre que, outra vez, a lóxica interna do sistema federal acaba coincidindo coa lóxica, máis xeral, do propio Estado constitucional. Sen dúbida, foron os mesmos razoamentos esgrimidos, por

exemplo, en Virxinia por Jefferson en favor da modificabilidade da Constitución, ós que os revolucionarios franceses lles deron expresión normativa nos contundentes artigos 1.1 do título VII da Constitución de 1791, 30 da Declaración de dereitos do home de 1793 e 28 da Constitución do mesmo ano, os que conduciron tamén ós *Founding Fathers* en Filadelfia a redacta-lo artigo V e, ademais, a sancionar nel o principio da maioría cualificada.

Sexa diso o que sexa, o que agora nos interesa destacar é que a soberanía do pobo federal no seu conxunto, que como tal soberano pode impoñerlle-la súa vontade ás partes, queda tamén a salvo no marco do Estado politicamente descentralizado como consecuencia do procedemento de reforma. Á fin e ó cabo, o que os «pais fundadores», –o mesmo reza para tódolos constituíntes dos distintos estados federais, que apareceron despois deles–, fixeron, coa aprobación do artigo V, foi darlle plena validez e realidade xurídica a aquela idea de que o pobo mantén a súa soberanía no Estado constitucional xa actuante a través dunha Constitución que, como consecuencia inmediata da singular natureza do seu autor, ha de presentarse como a norma suprema. E é que, en efecto, foi a esixencia de que para reforma-lo Código fundamental debía observarse un procedemento específico e distinto do legal-constitucionalmente previsto para aprobar, modificar ou derroga-la lexislación ordinaria, –que é no que, en rigor, se traduce o principio de rixidez–, o que, ó permiti-la clara e nítida separación entre poder constituínte/poder de revisión/poderes constituídos e lei constitucional/lei de reforma/lei ordinaria, erixiu, finalmente e de maneira inequívoca, a Constitución federal na posición de *Lex Superior*, ó cumprimento da cal, consecuentemente, quedan obrigados de igual maneira as autoridades da organización política central e as das organizacións políticas rexionais.

Á vista do ata aquí exposto, sinxelo é inferi-la inviabilidade das doutrinas de Calhoun e von Seydel para explicar cabalmente o litixio sobre a titularidade da soberanía no Estado federal. O gran problema desta construción é, na miña opinión, que non toma en consideración a verificación do feito nacional como orixe do propio Estado federal, e que este supón a disolución dos distintos entes políticos nunha única unidade soberana: o pobo federal no seu conxunto. Como a ninguén se lle oculta, o seguir mantendo que, pese á creación da federación, os membros seguen sendo soberanos conduce a que o texto federal non poida ser entendido como unha verdadeira Constitución, senón que, polo contrario, aquel continuará presentándose como un simple contrato suscrito entre soberanos. O que, como escribiu Mouskheli, leva «á desconcertante conclusión de que a forma estatal coñecida co nome de Estado federal non existe nin pode existir», salvo que con esta expresión faga referencia á Confederación de Estados.



Tampouco nos parecen adecuadas as conclusións de Le Fur, xa que cando este nega a condición de soberanos dos membros, para predicar esta condición unicamente do Estado federal, faino non atribuíndolle a soberanía ó pobo, senón ós poderes constituídos da organización política central. Tal concepción, ocioso é advertilo, choca frontalmente coa lóxica do Estado constitucional que, como vimos, se concreta na afirmación de que no Estado constitucional xa operante non cabe máis soberano có poder constituínte, de maneira tal que tódolos poderes que actúan no seu seo se presentan necesariamente como poderes constituídos, que foron creados pola Constitución, que lle deben tódalas súas facultades e que, por iso mesmo, se encontran obrigados ó seu cumprimento.

Algo parecido cabe dicir da construción de Jellinek. Neste sentido, debe recordarse que a Escola Alemana de Dereito Público, alomenos no que se refire a von Gerber, Laband e o propio Jellinek edificaron unha teoría do Estado e do dereito constitucional na que o elemento central e basililar non era o principio democrático, senón, moi ó contrario, o principio monárquico. Partindo desta idea, encontrámonos con que estes autores resolven a cuestión da soberanía no Estado atribuíndolle esta ó propio Estado. Agora ben, na medida en que se trata dun ente abstracto, o Estado soberano necesita, ó modo e maneira que a Nación en Sieyès, dun representante para exercer-la súa soberanía. E ese representante non pode ser outro có monarca. Nada de estraño ten que estes autores fosen considerados como os grandes teóricos do poder do rei. Aplicado isto ó Estado federal, e en particular ó Imperio *guillermino*, encontrámonos con que ó afirmar que a soberanía pertence ó Estado federal no seu conxunto, e non ós estados, o que en realidade están facendo é consolida-lo rei de Prusia, como emperador, na posición de soberano. O que é totalmente incompatible cun sistema baseado na idea de autonomía e na de soberanía.

De maneira intencionada, deixamos para o final o xuízo sobre a doutrina da cosoberanía que formulada orixinariamente por Hamilton e Madison, pretenden resucitar hoxe, os nosos partidos nacionalistas, nunha versión máis complexa na que a soberanía se divide entre a Unión Europea, o Estado e as comunidades autónomas. Ninguén pode nega-lo enorme valor político que tivo a primixenia formulación desta tese. En efecto, gracias a ela puidéronse vencer as reticencias que algúns dos homes de Filadelfia tiñan cara á creación dun único Estado constitucional. Pero, se isto é así, debemos advertir inmediatamente que, sen prexuízo de recoñecerlle este valor político na forxa da república federal estadounidense, a mesma resulta insostible. No fondo, o que sucede é que os mandatores da cosoberanía están só facendo referencia a que no seo do Estado federal sempre ha de verificarse un repartimento, territorial e funcional, do poder entre a organización política central e as organizacións políti-

cas rexionais, de xeito tal que, como escribe Carré, cada unha destas entidades «posúe, para o exercicio da súa competencia, tódolos atributos da potestade estatal e tamén tódolos órganos lexislativos, gubernamentais (...) e xudiciais para o exercicio desa potestade».

En definitiva, a resposta á cuestión da titularidade da soberanía no Estado federal, é a que nos ofrece Carl Friedrich. No Estado Federal, o único soberano posible é o poder constituínte que elabora, aproba, establece e sanciona a Constitución federal, e as autoridades da organización política central e as das organizacións políticas rexionais non son senón poderes constituídos, que se presentan como os titulares da autonomía.

### 3. A soberanía na Constitución española de 1978 e as propostas nacionalistas, ou dos límites da interpretación e reforma constitucional

Coñecida xa a solución da teoría do Estado á problemática da soberanía no Estado federal, do que agora se trataría é de ver se o noso vixente ordenamento constitucional responde ó mesmo esquema, e se, como cremos, a resposta é afirmativa, ver cál é a sorte que poden correr as propostas nacionalistas.

A primeira cuestión que debemos deixar claro, é que nos movemos no ámbito dunha Constitución democrática, que foi aceptada maioritariamente polo pobo español como titular do poder constituínte. Certo é que a determinación do momento en que se verifica o pacto social é, como dunha ou doutra forma quedou xa apuntado, moi difícil entre nós. Agora ben, do que non pode quedar ningunha dúbida é de que cando o Parlamento elixido en 1977 se autoproclamou como Cortes constituíntes, o que fixo, ó modo e maneira que fixeran os estados xerais na Francia de 1789 ou as Cortes de Cádiz, foi romper todo nexo de unión coa situación xurídica e política anterior, para, en nome do pobo español como único suxeito lexitimado para decidir cómo ía ser gobernado, inaugurar un novo ordenamento. Nova situación xurídica que, de maneira indubidada, acepta o propio pobo no referendo constitucional. Porque isto é así, evidente resulta que tan absurdo é pretender que, desde a consideración de que o poder constituínte non é máis que un mito, o fundamento da eficacia do texto de 1978 encóntrase nas leis fundamentais do Reino do período franquista (Requejo Pagés), como soste, como fai Herrero de Miñón (*El País*, 31/10/1998, páx. 16), que opoñe-las solucións contidas na Constitución a certas pretensións non sexa máis que resucita-lo dereito de guerra dos Espartero, Cánovas e Franco. Esquécese, con iso, a máis elemental consecuencia do principio democrático: que a vontade do pobo



como ente unitario pode, na medida en que é soberano, impoñerse á dalgúns dos seus integrantes. Partindo desta premisa é como pode abordarse cabal e ponderadamente o tema que agora nos ocupa.

Como é sabido, a vixente Constitución refírese á titularidade da soberanía no artigo 1.2. Nel establécese que «a soberanía nacional reside no pobo español, do que emanan tódolos poderes do Estado».

Desde un punto de vista técnico, o teor deste precepto non pode ser máis desafortunado. Pénsese, respecto disto, que se produce nel a combinación e confusión de dous conceptos claramente contrapostos, como son a idea de soberanía nacional e a da soberanía popular. A primeira, que encontra no *¿Qué es el Tercer Estado?* (1789) de Sieyès a súa primeira formulación teórica acabada, fundaméntase nos presupostos ideolóxicos do pensamento liberal, e para o que en realidade serviu foi para consolidar a burguesía nunha posición preponderante, e case hexemónica, no marco do Estado liberal. A segunda, a soberanía popular, encontra a súa xustificación no pensamento político democrático e, de maneira singular, nas teorías de Jean-Jacques Rousseau sobre o contrato social e a *volonté générale*.

A xustificación do precepto deberase encontrar, entón, en causas puramente políticas, e que, en último extremo, se descubren cando o artigo 1.2 se pon en relación co artigo 2.1, no que se recoñece o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións que integran a Nación española. Neste sentido, debe recordarse que existe un amplo acordo na doutrina en entender que ó cualificar como «nacional» a soberanía, por unha parte, e atribuírlle esta ó pobo, por outra parte, o que o constituínte pretendía era poñer claramente de manifesto que a soberanía pertence ó Estado español, e non ás comunidades autónomas que puideran constituírse.

Incluso admitindo esta explicación, o artigo 1.1.2 continúa sendo pouco ou nada afortunado. Na miña opinión, o mesmo resulta criticable por canto que parte na súa redacción dun presuposto erróneo e, en definitiva, acaba converténdose nunha declaración inútil e superflua. Recórdese que, como acabamos de ver da man de Friedrich, no Estado federal, ou politicamente descentralizado, non pode haber máis soberano có poder constituínte que elabora, aproba e sanciona a Constitución. Desde esta perspectiva, non cabe dúbida de que se o que se perseguía era atribuírlle a soberanía ó Estado, como organización política central, e non ós membros, estamos ante un precepto claramente erróneo. Así mesmo, ocorre que se o que se pretendía era deixar claro que as comunidades autónomas son entes autónomos e non soberanos, tal declaración resulta absolutamente superflua, xa que forma parte da lóxica do Estado federal o que tanto a organización política central como as rexionais son titulares do dereito de autonomía, pero nunca da soberanía, que pertence ó poder constituínte federal.

Sexa diso o que sexa, o que aquí nos interesa destacar é que a virtualidade última do artigo 11.2 é a de que, con el, se pecha o paso ó recoñecemento do *status* de soberano ás comunidades autónomas e, por iso mesmo, o exercicio do dereito de secesión. O verbo de Herrero de Miñón, posto entón ó servizo da UCD, afirmouno de maneira expresa na constituínte. Con iso, non se facía, en rigor, máis que adopta-la solución xeral no marco da teoría constitucional da federación: porque as colectividades particulares non son soberanas, a Constitución non pode, en ningún caso, ser comprendida como un simple contrato entre as comunidades autónomas, que, certamente, as obriga e crear un vínculo de unidade entre elas, pero que, sen embargo, pode ser rescindido libremente por algunha ou algunhas delas baseándose na súa soberanía.

En tales circunstancias, a resposta ó interrogante que suscita estas páxinas, é clara e meridiana. En España, na medida en que nos encontramos nun Estado constitucional baixo a forma de Estado federal, o único soberano posible é o pobo español no seu conxunto. Sendo así, é tamén evidente, e diso son ben conscientes os partidos nacionalistas, que as reivindicacións destes últimos no sentido de que se lles recoñeza ás comunidades autónomas –que, por esixencia do principio de igualdade que é inherente ó principio democrático, habería de estenderse a todas– a súa condición de suxeito soberano, ou cosoberano, resulta imposible, polo menos tal e como está hoxe o marco xurídico-político español. Circunstancia esta que determina que o noso interrogante inicial se transforme no problema de se é posible, ou non, incorporar tales esixencias á vixente Constitución. O que nos leva a formulárno-lo tema da mutación e da reforma constitucional.

Coa primeira alternativa faise referencia ó fenómeno das modificacións non formais da Constitución, tendo en conta que a mutación, segundo definición de Hesse, «modifica da maneira que sexa, o contido das normas constitucionais, de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recibe unha significación diferente». A esta opción é á que se adscribe, en defensa agora dos intereses do PNV, Miguel Herrero de Miñón, cando, sen importarlle contradicir frontalmente o que afirmara no seo da constituínte, apela á necesidade dun pacto para interpreta-lo artigo 1.2 e o 2 á luz da disposición adicional primeira e, desta maneira recoñecerlles tanto o dereito de secesión, como a condición de soberano –cosoberano, en realidade– ás comunidades autónomas de Cataluña, Euscadi e Galicia.

Ninguén pode dudar da enorme virtualidade das mutacións como mecanismo para logra-la dinámica constitucional, en tanto en canto que lle permiten ó texto constitucional adecuarse, na medida do posible, á realidade política e social que, por definición é historicamente cambiante. Baste, respecto disto, con recordar que foi, precisamente e, como entre outros, puxo de manifesto La Pergola, en virtude desa interpreta-



ción actualizadora dous operadores políticos e, sobre todo, os xudiciais, polo que a Constitución norteamericana puido, con escasas reformas, sobrevivir ó longo de máis de dous séculos.

Tampouco pode discutirse que, como di Pérez Royo, a introducción da xustiza constitucional supuxo que «a reforma da Constitución en canto que instrumento de adaptación do texto normativo á realidade perde gran parte do seu significado. [Na medida que] A adaptación da Constitución á realidade non se fará tanto por vía de reforma como por vía de interpretación», non pode esquecerse, sen embargo, que a facultade de muda-la Constitución en mans do intérprete, e en particular o xuíz constitucional, non é ilimitada. En efecto, foi xa Hesse quen, con meridiana claridade, puxo de relevo que a interpretación ten os seus propios límites, que, basicamente, se concretan no propio texto constitucional de que se trate. O que, en definitiva nos di que da célebre clasificación das mutacións elaborada por Hsü Dau-Lin, só cabe reputar como válidas e lexítimas a primeira: as debidas a prácticas políticas que non se opoñen formalmente á Constitución, e a cuarta: as producidas a través da interpretación actualizadora dos termos da Constitución, pero respectando o seu significado e sentido. Ignora-la existencia destes conduciría, como admite a mellor doutrina, a unha situación perigosísima para o propio mantemento do Estado constitucional xa que, con iso, non se estaría senón abrindo a porta a situacións previas a dictaduras máis ou menos encubertas. Evidente resulta, en tales circunstancias, que o que o intérprete constitucional non podería nunca facer, por moi xeneroso que desexe ser, é ir abertamente en contra do texto da norma que interpreta.

Non deixa de ser sintomático que sexa, xustamente, Herrero de Miñón, o máis conspicuo defensor do principio monárquico, o que, apelando á Historia, se presente como o paladín da posibilidade de introducir, pola vía da interpretación e con base nun pacto entre notables, solucións que ou ben foron expresamente rexeitadas polo Constituínte (o *ius secessionis*), ou ben resultan ontoloxicamente imposibles (recoñecer no seo do Estado constitucional xa en funcionamento a existencia de soberanos distintos do Pobo como unidade e, ademais, actuando sempre nesa condición). Ó fin e ó cabo, o que desde o principio monárquico e, así mesmo, desde o que García-Pelayo denominou o concepto histórico-tradicional de Constitución faise, non é senón nega-la capacidade do pobo, a razón na terminoloxía dos revolucionarios liberal-burgueses, para organiza-la vida política do Estado. Facultade esta que unicamente se lle recoñece á Historia interpretada, iso si, polo auténtico soberano: o príncipe e o seu consello de notables.

A conclusión á que, desde esta óptica, debe chegarse, antóllasenos evidente. En efecto, porque a posibilidade de satisfacer-lo requisito da mobilidade a través das modificacións non formais da Constitución é

sempre unha facultade limitada, o que sucede non é senón que se fai absolutamente necesario e ineludible o acudir á técnica da revisión alí onde se formule unha situación límite. Requirimento este que puxo de manifesto o profesor De Vega, cando advirte que «se as esixencias políticas obrigan a interpreta-lo contido das normas de forma distinta ó que as normas significan, é entón cando a reforma se fai xurídica e formalmente necesaria (...). Cando a opción última se presenta nos termos de reforma ou falseamento do texto constitucional, as esixencias da lóxica xurídica a favor da reforma terminan coincidindo cos requirimentos da propia lóxica política democrática».

Disto último son conscientes os propios nacionalistas. Non outra cousa significa o que, fronte ás críticas que suscitou o chamado «documento Ardanza», argumentaran que a Constitución non pode entenderse como un límite, xa que esta prevé a súa propia reforma. Desta maneira, e como a ninguén pode ocultárselle, fanse eco dunha das tres grandes funcións que debe cumprir o instituto da reforma no moderno Estado constitucional. Referímonos, claro está, á finalidade da revisión como mecanismo de adecuación entre a realidade xurídica e a realidade política.

Importa advertir que, cunha tal posición, os nacionalistas cataláns, galegos e vascos non inventan nada novo. En efecto, debe recordarse que se ben os primeiros constituíntes liberal-burgueses estaban imbuídos da idea de que, porque actuaban en nome da razón, eran capaces de aprobar un documento de goberno válido para todo momento e lugar, rapidamente comprenderon, sen embargo, que a absoluta inmodificabilidade dos textos constitucionais depararía a súa propia aniquilación. Sendo así, procederon, tanto en Estados Unidos como en Francia, a regular un procedemento de reforma, desde o entendemento de que a modificabilidade da Constitución permitiría atender-la inexorable necesidade de que aquela debe adaptarse á Historia para conseguir os seus fins. O anterior non formula, segundo o noso parecer, grandes dificultades para a súa comprensión. Como é de todos coñecido, unha das peculiaridades máis relevantes e significativas da Constitución como norma xurídica é, precisamente, a que se deriva do seu propio obxecto de regulación: o Estado ou, dito en termos máis precisos, o que a Constitución pretende regular é, como sinala Smend, a vida do Estado, que é sempre unha vida dinámica e en continua evolución histórica. Circunstancia esta que, de maneira inevitable, pon de manifesto outra das especificidades do dereito constitucional, cal é o que a normativa da Constitución depende, en último extremo, de ser capaz de asumir en todo momento, e na medida do posible, a realidade política e social que pretende regular.

Facilmente se descobre, desde esta óptica, que o primeiro problema do dereito constitucional é o de cómo conseguir-la adecuación entre un texto constitucional que, por dicilo na feliz expresión de Leowenstein,



se presenta como un complexo normativo froito do acordo dunhas determinadas forzas políticas nunhas circunstancias históricas concretas, aparece como algo estático, cunha realidade política e social –a vida do Estado– que, por definición, é historicamente cambiante e que se encontra en continuo e ininterrompido movemento. É neste contexto onde a técnica da reforma se presenta, e adquire plena xustificación, como instrumento idóneo para, ó evita-la posible obsolescencia histórica do código fundamental, permiti-la adecuación da realidade normativa coa realidade política. O que, dito noutros termos, significa que a revisión constitucional se define como unha técnica de defensa da Constitución tendo en conta que, con ela, se logra a subsistencia da realidade constitucional.

Así as cousas, o entendemento da reforma como mecanismo de adecuación entre realidade xurídico-normativa e realidade social e política, formula, en primeira instancia, a cuestión de cándoo se fai necesaria a transformación da Constitución. A resposta é, na nosa opinión, obvia. Cando as previsións constitucionais deixan de ser aptas para encamiñar de maneira satisfactoria a vida da comunidade, é cando, en definitiva, aparecerá en toda a súa entidade a necesidade de permiti-la reforma do texto constitucional.

Agora ben, debemos advertir que o que, de maneira inocente ou interesada, están esquecendo os partidos nacionalistas, –de maneira particular, CiU e PNV, xa que o BNG aposta polo cambio de Constitución e non pola reforma–, é que o instituto da reforma non nace tanto para permiti-lo cambio como, pola contra, para intentar preservar e, dunha ou doutra forma, perpetua-la vontade do constituínte. Isto é, e como xa indicamos, a principal finalidade da revisión constitucional é consolida-lo dogma político da soberanía popular, transformándoo no dogma xurídico da supremacía constitucional.

Nada de estraño ten, en tales circunstancias, que Mortati definira a reforma dicindo que se trata dunha institución garantista, a finalidade da cal non é tanto a de permiti-la variación formal, canto a de asegura-la permanencia da Constitución, polo menos no seu contido fundamental. Dito doutra maneira, o *amending process* preséntase, sen dúbida, como o instrumento idóneo e necesario para asegura-la subsistencia da realidade constitucional, pero, –e isto é o importante e o que inevitablemente se deriva da súa condición de institución básica de garantía–, tal eventualidade ha de verificarse sen quebrantamento da continuidade xurídica do Estado ou, dito noutros termos, sen que o Código constitucional perda a súa identidade como estrutura conformadora do Estado.

Facilmente se descobre, desde esta perspectiva, que a operación da reforma se encontra sempre, e de maneira necesaria, sometida a límites. En efecto, debe dicirse que calquera que sexa a concepción que se manteña

do poder de reforma, sobre o que non pode caber ningunha dúbida é de que, como con gran brillantez puxera de manifesto Schmitt, a revisión da Constitución é unha facultade constitucional e, en consecuencia, trátase dunha competencia limitada pola propia Constitución. O anterior non significa senón que o que, á hora de reforma-la lei fundamental, non pode en ningún caso facer o lexislador constituínte é excederse nas funcións que constitucionalmente ten atribuídas. Actuar doutro modo suporía, en último termo, que a actuación do lexislador que modifica a Constitución deixaría de te-la consideración dunha simple operación xurídica, que é o que supón a reforma, para converterse, de maneira inevitable, nun acto revolucionario.

En tales circunstancias, a cuestión que se formula é a de cáles son os límites da reforma ou, o que é o mesmo, ónde se encontra a fronteira entre o que, en rigor, é un acto xurídico, a técnica da revisión, e a execución dun acto revolucionario. Bástenos con indicar, desde unha óptica xeral, que foi xa o propio Carl Schmitt quen veu contestar a este interrogante, ó indicar que os «límites da facultade de reforma-la Constitución resultan do ben entendido concepto de reforma constitucional. Unha facultade de «reforma-la Constitución», atribuída por unha normación legal-constitucional, significa que unha ou varias regulacións legal-constitucionais poden ser substituídas por outras regulacións legal-constitucionais, pero baixo o suposto de que queden garantidas a identidade e a continuidade da Constitución considerada como un todo. A facultade de reforma-la Constitución contén, pois, só a facultade de practicar, nas prescricións legal-constitucionais, reformas, adicións, refundicións, supresións, etc., pero mantendo a Constitución; non a facultade de dar unha nova Constitución».

Nin que dicir ten que esta problemática adquire unha singular transcendencia nun ordenamento como o noso onde, salvo o límite temporal á iniciativa de reforma imposto polo pouco afortunado artigo 169, non só non se establece ningún límite expreso, senón que, ademais, se prevé a hipótese da revisión total art. 168.1 C.E.). Pénsese que, con base nestas circunstancias, non faltou quen entenda que tódolos contidos da nosa vixente Constitución poden ser obxecto de reforma. O que, se dirá, supón un dos maiores acertos do Constituínte de 1977-1978, tendo en conta que, ó renunciar ó establecemento de cláusulas de intanxibilidade e abri-la porta á reforma total, se acepta sen reservas o mandato do artigo 30 da Declaración francesa dos dereitos do home do 29 de maio de 1793, segundo o cal o poder constituínte de hoxe non pode limita-lo poder constituínte do mañá. Desta maneira, estaríanse satisfacendo as esixencias propias do principio democrático de que o poder constituínte, como poder soberano e absoluto que é, non pode encontrar ningún tipo de límite material nin no momento de aprobar e sanciona-lo



texto constitucional nin, tampouco, á hora de proceder á súa reforma, e se, pese a iso, os houbera, tales límites carecerían de valor xurídico.

Non cremos, sen embargo, que esta interpretación sexa correcta. En primeiro lugar, porque o recoñecemento da posibilidade das reformas totais non pode, en ningún caso, entenderse como a autorización feita ó poder de reforma para levar adiante actos revolucionarios. En efecto, admiti-las reformas totais, é dicir, que todo o articulado da Constitución poida ser sometido a discusión, non pode entenderse no sentido de que o poder de reforma poida, mediante a observación do procedemento de establecido para a revisión, promulgar unha nova Constitución. Pola contra, e como pon de relevo Mortati, incluso cando o que se pretenda sexa modifica-la totalidade dos artigos do texto constitucional, o lexislador constituínte terá que respectar tanto os principios inspiradores do constitucionalismo moderno en xeral, como todos aqueles principios e valores que, establecidos polo poder constituínte orixinario, caracterizan e individualizan o código fundamental de que se trate. Actuar doutro xeito, daría lugar, como veremos despois con máis detalle, ós fenómenos de, na clásica terminoloxía schmittiana, as destrucións e as supresións ou cambios da Constitución, a realización dos cales lle compete, única e exclusivamente, ó poder constituínte orixinario, en canto que poder soberano, absoluto e, agora si, ilimitado no contido da súa vontade.

En segundo termo, cómpre advertir que a existencia de límites materiais non implica unha mingua da capacidade de acción dun novo, e hipotético, poder constituínte orixinario, senón só un límite á actuación do lexislador que reforma a Constitución. E isto é así, incluso naqueles supostos onde tales límites materiais se encontran incorporados a unha cláusula de intanxibilidade. Certo é, en efecto, que a adopción destas cláusulas supón un límite insalvable á vontade e á actividade do poder de reforma constitucional, no entendemento de que calquera intento de suprimir pola técnica da revisión a garantía contida na cláusula de intanxibilidade se traduciría, como di Gomes Canotilho, nun «autosuicidio da orde constitucional baixo a máscara da legalidade». Agora ben, debemos, inmediatamente, advertir que nin sequera cando os límites materiais absolutos se encontran positivizados nunha cláusula de intanxibilidade se verá afectada a natureza do poder constituínte orixinario como poder soberano, absoluto e ilimitado, xa que, como nos din un Stern ou un De Vega, aquelas perderán toda a súa validez e eficacia fronte á acción revolucionaria do poder constituínte.

A conclusión é, desde esta perspectiva, obvia. O establecemento de límites materiais, expresos ou implícitos, ó poder de reforma non nega o principio democrático sancionado de maneira inequívoca polo artigo 28 da Constitución francesa de 1793, segundo o cal o pobo, en canto titular da soberanía, ten en todo momento o dereito a substituí-la súa lei fun-

damental por outra nova. O que se fai con eles, pola contra, é única e exclusivamente establecer un núcleo esencial e estable que, se se quere continuar co mesmo texto constitucional, non poderá ser modificado no futuro, sempre, como é lóxico, en condicións de normalidade.

Non podemos, loxicamente, abordar aquí en toda a súa extensión a, xa vella, disputa doutrinal sobre os límites materiais á reforma. Bástenos con indicar que, na medida en que negalos suporía admiti-la posibilidade de continuas quebras ou violacións constitucionais, parécenos evidente a necesidade de admitir límites á reforma, a existencia da cal, polo demais –e como, con total claridade e acerto, puxeron de relevo Mortati, Hesse, Pérez Serrano, Lucas Verdú e De Vega–, preséntase como consecuencia necesaria da definición política da Constitución e da coherencia interna do propio Estado constitucional. Sumámonos, deste modo, á opinión do profesor De Vega de que «se o principio xurídico da supremacía constitucional impón o recoñecemento duns límites (...) formais (...), o principio político de soberanía popular condicionará, pola súa parte, a obrigada aparición duns límites (...) materiais, a fundamentación e desenvolvemento dos cales han de ser deducidos, desde a lóxica da lexitimidade, como necesario correlato dos valores materiais e dos supostos políticos en que se inspira e vertebra o moderno Estado constitucional».

Admitida a existencia de límites materiais á actuación do poder de reforma, parece oportuno diferenciar aqueles que serían predicables de calquera texto constitucional, e aqueles outros que son propios dunha Constitución concreta e determinada. Os primeiros derivaríanse do propio concepto liberal-burgués de Constitución. Isto é, porque só poden ser considerados como auténticas constitucións aqueles instrumentos de goberno que se inspiran e sancionan efectivamente os principios democráticos, liberal e de supremacía constitucional, evidente resulta que calquera proxecto de revisión que tivera por obxecto negarlle ó pobo a titularidade da soberanía e do poder constituínte, a derogación da Declaración de dereitos fundamentais, a concentración do poder político nun único órgano ou, por último, a supresión do carácter de *Lex Superior* da propia Constitución, non podería ser considerada, por máis que se utilizaran os mecanismos constitucionalmente establecidos para o efecto, como unha simple operación de reforma. Pola contra, ó producirse con iso a negación dos presupostos básicos e nucleares do constitucionalismo moderno, encontrariámonos, de maneira inevitable, ante un suposto de destrución da Constitución na máis pura significación schmittiana do termo. É máis, cabería, incluso, afirmar que porque estes principios son os que definen o constitucionalismo moderno, os mesmos erixiranse como límites non só fronte ó poder de reforma, senón que o farán, tamén fronte á acción revolucionaria do poder constituínte cando este pretenda realiza-lo que, en palabras de Carl Schmitt, se coñece como «cambio» ou «supresión» da



Constitución. Isto é, cando o que se queira é aprobar e sancionar un novo instrumento de goberno, pero que permaneza no marco do Estado constitucional.

Pola súa parte, o segundo tipo de límites materiais absolutos fundaméntanse, na nosa opinión, na propia misión da Constitución de regular e establece-los fundamentos de orde da comunidade política de que se trate. Neste sentido, sinala Hesse que a determinación na Constitución dos fundamentos de orde da comunidade se traduce no establecemento dun núcleo estable que, unha vez foi determinado polo poder constituínte, ha de quedar subtraído á posterior discusión das forzas políticas en condicións de normalidade. Desde esta óptica, a existencia duns límites materiais privativos de cada código constitucional concreto e determinado xorde como algo meridiano. En efecto, foron xa autores tan relevantes como, por exemplo, Mortati e De Vega os que advertiron que «porque toda Constitución se identifica cun réxime político determinado e cunha fórmula política que materialmente define, e socialmente lexitima, o ordenamento legal, é claro que calquera intento de modificación dos valores básicos que compoñen a fórmula política, a través do mecanismo da reforma, implicaría non a simple substitución duns artigos por outros, senón a creación dun réxime político diferente e o establecemento dun novo sistema constitucional». Nun suposto semellante, encontrariámonos ante unha verdadeira «supresión» ou «cambio da Constitución». É, precisamente, neste contexto no que cobra sentido o preguntarse se no noso vixente texto constitucional existen, ou non, límites á operación da reforma.

A ausencia de límites materiais implícitos veñen, como é evidente, a complica-la solución a este interrogante. Tanto é así, que ben podería pensarse que a súa ausencia debe interpretarse no sentido de que o noso constituínte non desexou establecer un núcleo estable ou irreformable. Á fin e ó cabo, o que as cláusulas de intanxibilidade significan non é senón o afán por parte do lexislador que aproba a Constitución de «asentar claramente, no máis alto nivel normativo, os supostos ideolóxicos e valorativos en que descansa o réxime político que coa Constitución se pretende establecer». Sen embargo, tal conclusión non nos parece correcta. Debémolle, respecto disto, a Hesse a observación de que a presenza dun núcleo estable ou irreformable, como contido constitucional esencial ou parte fixa, do texto constitucional non pode identificarse sempre coa sanción de cláusulas de intanxibilidade. Pola contra, ocorre que aquel existirá, aínda que non se estableceran límites materiais expresos á reforma.

O vixente código fundamental español non é, nin moito menos, unha excepción a esta regra. A dificultade, entón, reside en determinar cál é o contido da fórmula política que, en tanto en canto define e individualiza o Texto do 27 de decembro de 1978, ha de quedar a salvo no futuro, non

só da actuación dos poderes constituídos, senón tamén da do poder de reforma.

Rogelia Calzada realizou un valioso intento neste sentido. Para ela, o núcleo estable e irreformable da Constitución española concretaríase no principio do Estado social e democrático de dereito; a atribución da soberanía ó pobo español; a maioría dos dereitos fundamentais e liberdades públicas; o contido esencial dos procedementos de reforma (é dicir, a rixidez, aínda que non as actuais maiorías), e, finalmente, a división do Estado en comunidades autónomas e a cooperación destas na lexislación estatal. Pola miña parte, creo que a todos estes contidos, habería que engadir outros que se derivan, de maneira directa, da vontade do Constituínte de 1977-1978 de permitirla transformación da outrora unitaria, centralizada e centralista España nunha das múltiples manifestacións posibles do Estado federal. Desta maneira, tamén formarían parte do contido constitucional esencial a autonomía, en canto que principio estrutural do Estado; a existencia e subsistencia da organización política central e dos diversos centros autónomos de decisión política, democrática e léxítima, e, por último, a configuración da organización estatal como un Estado politicamente descentralizado sen *ius secessionis*.

O anterior dínos, entendo que claramente, que non sería posible introducirlo recoñecemento do dereito de autodeterminación a través da reforma como simple operación xurídica que é. Que para levar adiante esta tarefa sería, sen dúbida, necesario que actuara o poder constituínte como poder revolucionario. Debemos, unicamente, sinalar que unha actuación deste tipo non é, nin sería, incompatible co mantemento do Estado constitucional.

Pero, ¿Que sucede co recoñecemento das comunidades autónomas, dos seus respectivos pobos individualmente considerados, como titulares da soberanía? A resposta a este interrogante é, na miña opinión, clara. Se porque a reforma da Constitución é unha facultade constitucional, e por iso mesmo limitada, non é posible levar adiante unha modificación formal do texto que pretenda elimina-lo modelo concreto de Estado Federal a que deu orixe a vontade do constituínte, é posible, ó mesmo tempo, entender que tamén se encontra protexido o concepto mesmo de Estado federal. Con iso, encontrámonos con que ó ser inherente a este, en canto que manifestación estrutural concreta do Estado constitucional, o que nel non pode haber máis soberano có pobo que establece e sanciona a Constitución, queda eliminada a posibilidade de utiliza-lo procedemento establecido no artigo 168 para recoñecérle-la condición de soberano, xa sexa ós pobos das diversas comunidades autónomas xa ás autoridades constituídas destas.

A única posibilidade de levar a efecto as novas reivindicacións nacionalistas, será o abrir un novo proceso constituínte, no que non se pro-



ceda só a cambia-la fórmula política do vixente código xurídico-político fundamental, senón a anula-lo pacto social. Tal pretensión goza, naturalmente, de plena lexitimidade. Á fin e ó cabo, a democracia defínese como a relación dialéctica entre maiorías e minorías, e a mesma supón o dereito das minorías a converterse na nova maioría. Ademais, o propio sistema inaugurado cos grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finais do século XVIII, ofrécelles suficiente cobertura en tanto en canto que xa desde aquel momento se entendeu que «Todo pobo ten o dereito imprescritible a cambiar de Constitución». Agora ben, se isto é así, e ningún dubida do dereito que asiste ós que buscan esta finalidade, ocorre, sen embargo, que se se ten o dereito a cambiar de Constitución, o que non pode facerse é falsear e destruí-lo texto hoxe vixente, que é o que, en definitiva, se pretende facer cando non se recoñecen os límites da interpretación e da reforma para satisfacer así os intereses dalgúns partidos ó servicio dos cales, aínda que sexa conxunturalmente, se pon o xurista de quenda. 