
AMBIGÜEDADES Y SILENCIOS DE LA CONSTITUCION

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Laureano López Rodó*

Mucho se ha dicho durante las disertaciones y debates del presente curso en esta Real Academia sobre los aspectos positivos de la Constitución de 1978 y, en particular, se ha subrayado con elogio el hecho de haber sido fruto del consenso de la gran mayoría de los partidos políticos. Ante el dilema de una Constitución respaldada sólo por el partido o tendencia predominante o bien una Constitución nacida del acuerdo o pacto entre los partidos de tendencias distantes e incluso opuestas, me inclino por esta última.

Pero el consenso, sin desconocer sus aspectos positivos ni su destacado valor político, garantía de permanencia de la Constitución, es sólo un arropamiento externo al texto constitucional. Puede haber leyes aprobadas por amplio consenso cuyo texto sea intrínsecamente defectuoso y leyes no consensuadas que sean jurídicamente impecables. La valoración jurídica de una ley es independiente del número de votos con que fue aprobada. Por tanto, ciñéndome a las reglas de la hermenéutica jurídica, aplicada al texto constitucional consensuado, no puedo ocultar sus defectos, muchos de ellos derivados precisamente del consenso, al que me referiré después.

La Constitución de la II República, junto a comentarios jurídicos y políticos de carácter favorable como los de Adolfo Posada y Nicolás Pérez Serra-

* Sesión del día 24 de marzo de 1998.

no¹, fue también objeto de duras críticas. Ortega y Gasset la juzgó sucinta y expresivamente así: «Constitución lamentable, sin pies ni cabeza, ni el resto de materia orgánica que suele haber entre los pies y la cabeza»². Para Madariaga, muchos de los diputados de las Cortes Constituyentes de 1931, eran «hombres de espíritu doctrinario y dogmático», lo que fue «un verdadero infortunio para la República, pues llevó a las Cortes a poner en pie una Constitución que no era viable»³. Incluso Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Presidente de la República, publicó un libro titulado **Los defectos de la Constitución de 1931**, cuya primera y segunda edición vieron la luz en 1936, antes de la guerra, y la tercera en 1981.

Entre los defectos enunciados por el Presidente Alcalá Zamora están las orientaciones envejecidas e inexpertas, los modelos de fuera, la omnipotencia parlamentaria, otorgar a los Presidentes de las Regiones Autónomas la representación del Estado, la falta de equidad en las obligaciones tributarias de las Regiones Autónomas, los males causados por el sectarismo del artículo 26, que disolvió la Compañía de Jesús, confiscando sus bienes y prohibió la enseñanza a las Ordenes religiosas, etc..

En la Advertencia preliminar de esta tercera edición, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo del autor, dice: «Habría sido convenientísimo reeditar **Los defectos de la Constitución de 1931** en 1977, porque su lectura hubiera proporcionado entonces provechosas enseñanzas a los constituyentes de 1978, forjadores de la, a mi entender, peor Ley Fundamental de nuestra historia según demostraron sus desastrosos resultados»⁴.

EL CONSENSO CONSTITUCIONAL

Rubio Llorente⁵, Letrado de las Cortes que coadyuvó a la elaboración del texto constitucional, define el método del «consenso» como «el acuerdo alcanzado mediante la transacción entre los distintos grupos a cuyo espíritu resul-

¹ Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto, comentarios*. Madrid 1932; Adolfo Posada, *La Nouvelle Constitution Espagnole*, París 1932.

² Luz, 16 de julio de 1932.

³ Madariaga, Salvador de, «España. Ensayo de historia contemporánea», Madrid 1978, pág. 323.

⁴ Los defectos de la Constitución de 1931, Madrid 1981, pág. 23.

⁵ *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), 2ª edic. Madrid 1997, págs 23 y 24.

taba contraria la aprobación de textos con la simple fuerza de los votos. Naturalmente esta concepción «unanimista» del método consensual tiene algo de construcción ideológica y no coincide plenamente con la práctica real... «A ese acuerdo hay que achacar también sus principales defectos, la imperfección técnica y sobre todo la muy insuficiente solución que ofrece para el problema capital de la distribución territorial del poder».

El mismo autor, escribe más adelante, refiriéndose a «los protagonistas del proceso constituyente», que: «En realidad ni el Congreso, por lo que toca a la Comisión (Constitucional), ni ésta, en lo que se refiere a la Ponencia redactora, hicieron elección alguna. Una y otra se limitaron a formalizar acuerdos de pasillos»... «El representante del Partido Socialista en la Ponencia y los tres representantes de la Unión del Centro Democrático frecuentemente interrumpían una negociación para consultar a su partido, y en todas las cuestiones graves dejaban la decisión al acuerdo logrado en reuniones celebradas en restaurantes o en despachos particulares con participación de otras personas y, en último término, a la negociación directa entre los dos hombres a quienes los respectivos partidos parecen haber concedido la máxima autoridad decisoria: D. Fernando Abril, Vicepresidente del Gobierno por la UCD, y D. Alfonso Guerra, Vicesecretario General del PSOE. Como esta autoridad suprema se ejercía, sin embargo, sólo cuando en la negociación a nivel inferior, esto es, en la negociación entre los «padres de la Constitución», surgía el conflicto, no puede ser considerado fuente de ideas constitucionales, sino sólo origen de fórmulas de redacción cuya eficacia conciliadora estriba, en muchos casos, en su profunda oscuridad».

• • •

Sin pretender ser exhaustivo, el elenco de ambigüedades y silencios que a continuación se comentan, no permite desarrollar cada una de las dudas y de las correspondientes polémicas doctrinales que suscitan. Muchas de ellas, en particular las relativas a las nacionalidades, a los derechos históricos, al marco constitucional, al modelo de Estado y a la reforma de la Constitución, merecerían ser objeto de muy extensos y detenidos estudios. En la presente disertación sólo pretendo esbozar algunos problemas planteados para no excederme de los límites propios de este trabajo.

PROFUSION TERMINOLOGICA

La diversidad terminológica de la Constitución resulta patente tras un rápido recorrido por su texto. Así, se suceden conceptos como los de España

(Preámbulo); soberanía nacional (art. 1-2); nacionalidad española (art. 11); nacionalidades (art. 2); regiones (art. 2); entidad regional histórica (art.143-1º); Comunidades Autónomas (in extenso); Comunidad (art. 147-2ªA); territorios forales (Disposición Adicional 1ª); Territorios (Disposición Transitoria 2ª); partes del territorio español (art. 138-1º); etc., etc.

«Esta diversidad terminológica —afirma Jáuregui Bereciartu—⁶ no es intrínsecamente rechazable, al contrario, resultaría ciertamente enriquecedora si es que efectivamente constituyese la expresión fiel de una diversidad de conceptos precisos y de contornos claramente definidos. Pero, y he aquí otro de los rasgos básicos del tratamiento de la plurinacionalidad, **esta diversidad terminológica constituye el resultado lógico de una manifiesta confusión conceptual** que se desprende a lo largo de todo el texto constitucional hasta el punto de que, como ha señalado certeramente Cruz Villalón, «nuestra Constitución ha operado una **desconstitucionalización** de la estructura del Estado»⁷.

INDETERMINACION DEL MODELO DE ESTADO

El artículo 1 de la Constitución soslaya la cuestión acerca del carácter unitario o federal del Estado y no acuña un nombre distintivo que caracterice su peculiar estructura, en contraste con la Constitución de 1931 que lo denominó «Estado integral»⁸.

⁶ «La expresión jurídica de la nacionalidad Vasca» en la Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Oñate, 1983, pág. 118.

⁷ Pedro Cruz Villalón: «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 4, monográfico sobre las Comunidades Autónomas, pág. 59.

⁸ El concepto de «Estado integral» frente a Estado federal lo expuso Jiménez de Asúa en su discurso de 27 de agosto de 1931 de presentación a las Cortes del Proyecto de Constitución de la República, al que pertenecen las siguientes frases: «Deliberadamente no hemos querido decir en nuestra Constitución que España es una República federal; no hemos querido decirlo porque hoy tanto el unitarismo como el federalismo están en franca crisis teórica y práctica. Sirva de ejemplo el caso de Alemania que enseguida comentaré. Vemos en su Constitución de 1919 cómo se ensanchan los poderes del Reich y como los antiguos Estados reciben el nombre menos ambicioso de Länder. El Estado federal alemán va transformándose en Es-

Como advierte Fernández Rodríguez⁹, «la Constitución ha evitado conscientemente bautizar al Estado por ella dibujado como Regional o Federal y ha eludido igualmente la terminología convencional a la hora de dar nombre a las partes que componen ese Estado, a las entidades llamadas a expresar la personalidad y la autonomía que se reconoce a los distintos pueblos de España, a las que se denomina en forma menos comprometida Comunidades Autónomas».

En ausencia de una caracterización constitucional de la configuración del Estado, se han propuesto diversos nombres para designarlo, tales como «Estado plural» (Tierno Galván)¹⁰, «Estado autonómico» (Sánchez Agesta)¹¹, «Estado regional» (Peces-Barba)¹², «Estado de las Autonomías» (Clavero Arévalo)¹³, «Estado federal unitario» (Ariño)¹⁴, «Estado unitario regional» (Fernández Rodríguez)¹⁵, «Estado semifederal, semirregional o semicentralizado» (Muñoz Machado)¹⁶, «Estado federo-regional» (G. Trujillo)¹⁷, «Estado autonómico con matices federalistas» (Entrena Cuesta)¹⁸, «Estado unitario con espíritu federalista» (Simón Tobalina)¹⁹, «Estado integral» (Herrero y Rodríguez de Miñón)²⁰.

En resumen, nos encontramos ante un modelo de Estado constitucionalmente innominado al que el Tribunal Constitucional, recogiendo la expre-

tado integral. No hemos querido, además, hacer uso del término federal porque federar es unir. Se han federado aquellos países que vivieron dispersos y que más tarde quisieron vivir en régimen colectivo... El Estado federal por su parte, no ha podido superar ni fundándose en el principio sinalagmático —que ilustró Pi y Margall— ni en el orgánico, que no se logra fijar satisfactoriamente, ni por la teórica ni por la técnica, su carácter de etapa transitoria hacia un Estado integral como Estado perfecto».

⁹ «Autonomía y sistema de fuentes», en el vol. colectivo *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979, pág. 840.

¹⁰ «El Estado federal», en *El País*, 22 marzo 1980.

¹¹ *El sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, pág. 344.

¹² *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 59, de 5 de mayo de 1978, pág. 2035.

¹³ *España desde el centralismo a las autonomías*, Madrid, 1983, pág. 13.

¹⁴ «El Estado de las Autonomías; realidad política, interpretación jurídica», en volumen II de *España de las Autonomías*, Madrid, 1981, pág. 100.

¹⁵ Op. cit., pág. 839.

¹⁶ *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1979, pág. 17.

¹⁷ «Federalismo y regionalismo en la Constitución Española de 1978: el Estado federo-regional», en el volumen *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979, pág. 42.

¹⁸ Garrido Falla y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980 pág. 1617.

¹⁹ «Federalismo y regionalismo», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 204, 1979, pág. 599 y 626.

²⁰ Introducción a la obra de Georg Jellinek: *Fragments de Estado*, Madrid, 1978, pág. 50.

sión más corriente, denomina²¹ «Estado de las Autonomías», sin pretender con ello atribuirle una calificación jurídica precisa. Según José María Gil-Robles y Gil-Delgado, esta expresión «no es más que un modo de poner un nombre a una nebulosa que no se sabía lo que había de ser»²².

Frente a esta mescolanza, Ortega y Gasset, en las Cortes Constituyentes de la II República, consideró esencial la claridad sobre el punto del federalismo y el autonomismo, a fin de que la Cámara decidiera con pleno conocimiento. Merece la pena la extensa cita. Esos dos principios —dijo— son «primero, dos ideas distintas, segundo, que apenas tienen que ver entre sí; tercero, que, como tendencias y en su raíz, son más bien antagónicas. El autonomismo es un principio político que supone ya un Estado, sobre cuya soberanía indivisa no se discute porque no es cuestión. Dado ese Estado, el autonomismo propone que el ejercicio de ciertas funciones del Poder político —cuantas más mejor— se entreguen, por entero a órganos secundarios de aquél, sobre todo con base territorial... El federalismo, en cambio, no supone el Estado, sino que, al revés, aspira a crear un nuevo Estado, con otros Estados preexistentes, y lo específico de su idea se reduce exclusivamente al problema de la soberanía.... Lo que importa al federalismo es el subsuelo del Estado, a saber, como queda formalizada la situación de la soberanía»²³.

El muestrario no exhaustivo, por cierto, de etiquetas aplicadas a nuestro Estado, no sirve evidentemente para llegar a conocer su verdadera naturaleza, pero sí pone de relieve que, al quedar ésta constitucionalmente desdibujada, se presta a múltiples interpretaciones. En lo que parece estar de acuerdo la doctrina es en el carácter atípico de las Comunidades Autónomas y en la originalidad del modelo. Pero a partir de ahí surge ya la divergencia pues mientras para unos el Estado de las Autonomías es motivo de aplauso, para otros lo es de censura. Así, Peces-Barba lo ha calificado de «aportación española al Derecho Constitucional de suma importancia teórica»²⁴, en tanto que Gil-Robles y Quiñones entiende que «nuestra Ley Fundamental, indecisa entre criterios contrastados por múltiples experiencias, ha seguido un camino de lamentable originalidad, del que pudiera derivarse un caos autonomista que durase decenios»²⁵.

²¹ Vid. por todas, la Sentencia número 76/1983, de 5 de agosto.

²² En ABC, 1980., «¿Hacia un Federalismo tácito?».

²³ José Ortega y Gasset. Federalismo y autonomismo. Discurso pronunciado en las Cortes Constituyentes, en la noche del día 25 a 26 de septiembre de 1931. Diario de Sesiones. Legislatura 1931-1933. Tomo II pág. 1255 a 1257.

²⁴ «El estado de Autonomías», en *EL País*, 7 de diciembre de 1979.

²⁵ *La aventura de las autonomías*, Madrid 1980, pág. 238.

Al tratar los autores de encuadrar, dentro de los modelos contruidos por la doctrina, el Estado configurado por nuestra Constitución, han expuesto múltiples opiniones, afirmando unos y negando otros el carácter federal del Estado.

«Para algunos —dice Acosta España—²⁶ lo que en el fondo está contenido en la Constitución de 1978 es un proyecto federal, un proyecto que no se atreva a decir su nombre».

Según Peces-Barba, «la idea del Estado de Autonomías... es la idea del Estado federal²⁷. Para Guaita, es una «federación imperfecta o incompleta»²⁸ y para Cosculluela, es una «concepción cuasi federalizante»²⁹. En parecidos términos, Fernández Ordóñez defiende «la idea de un Estado cuasi federal que es el modelo al que finalmente caminamos»³⁰.

Según Fontán, «el nuevo Estado de las Autonomías está destinado a ofrecer semejanzas funcionales con algunos de los modernos Estados que se llaman federales... (si bien) se distingue claramente de ellos, acercándose más bien al Estado regional previsto por la vigente Constitución de la República italiana³¹». Según Nieto, se trata de un «federalismo vergonzante»³².

González Casanova dice que es un «Estado fundado en el derecho al autogobierno, del que sólo el tiempo nos dará la calificación definitiva»³³.

Reviste especial interés la opinión de Herrero y Rodríguez de Miñón, miembro de la Ponencia que elaboró el Anteproyecto de Constitución, quien rechaza tanto la fórmula del Estado federal como la del Estado regional. Respecto del primero dice: «Puede afirmarse que hoy carece de sentido toda definición for-

²⁶ Introducción a *La España de las Autonomías*, tomo I, Madrid, 1981, pág. 11.

²⁷ «El Estado de Autonomías», en *El País*, 7 de diciembre de 1979.

²⁸ «Las regiones en la Constitución Española de 1978», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* 1979, núm. 2, págs. 148 y ss.

²⁹ «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública* 1979, núm. 89, pág. 7.

³⁰ *La España necesaria*, Madrid, 1980, pág. 155.

³¹ «El Estado de las Autonomías», en *El País*, 11 de enero de 1980. Vid. Ambrosini: «Un tipo intermedio di Stato fra 1, unitario e il federale caratterizzato d, all. autonomia regionale», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1933, pág. 92 y ss.

³² Intervención en el I.N.A.P., noviembre 1979.

³³ «Los Estatutos de las Comunidades Autónomas y el principio de autogobierno», en *Documentación Administrativa*, núm. 82, 1979, pág. 129.

mal del federalismo; que éste es, simplemente, un término cargado de connotaciones afectivas, políticamente relevantes, pero ajenas a los planteamientos técnico-jurídicos; que, en fin, a la hora de determinar si una figura concreta es o no federal, la opción resulta hasta difícil e incluso, en la tierra de elección del federalismo clásico, es preciso recurrir a calificaciones híbridas como la de «federalismo cooperativo» (Wheare: *Federal Government*, 1946) o la de «Estado federal unitario» (Hesse: *Der unitarisch Bundestaat*, 1963).³⁴ En cuanto al Estado regional, considera que «es una categoría inútil desde un punto de vista técnico jurídico y desde una perspectiva política aparece como un concepto gastado y no menos insuficiente»³⁵. Todo lo cual le lleva a la conclusión de que «si el federalismo carece de un sentido jurídico y político preciso y el regionalismo es una categoría tan insuficiente técnicamente como políticamente gastada, se hace acuciante la necesidad de nuevas fórmulas de autonomía que obvien estas dificultades»³⁶.

Y la fórmula que propugna Herrero y Rodríguez de Miñón es la articulación de Reinos y Países en un Estado integral, expresión acuñada en la Constitución de 1931. «Los Países —dice— dejan de ser tanto entidades estatales meramente superpuestas, como la proyección a mayor escala de entidades municipales; ... son miembros de un cuerpo integral, dotados de una identidad política. Lo último justifica su autonomía, como lo primero legitima su no exclusividad»³⁷.

LA ORGANIZACION TERRITORIAL DEL PODER

Rubio Llorente pone de manifiesto que la Constitución se vió afectada por «un conjunto de decisiones condicionantes» entre las que cita las relativas al «tema de las autonomías, esto es, la organización territorial del poder... (que fue) abordado y en gran medida resuelto mediante acuerdos adoptados al margen del proceso constituyente formal... El Gobierno del Sr. Suárez,... presionado

³⁴ Op. cit. pág. 38.

³⁵ Op. cit., pág. 38.

³⁶ Op. cit., págs. 40 y 41.

³⁷ Op. cit., págs. 13 y 14.

tanto por los partidos nacionalistas de Cataluña y del País Vasco como por los partidos de izquierda (socialista y comunista) convertidos al federalismo, adoptó una de sus decisiones más audaces y más preñadas de consecuencias para la futura Constitución: la de restaurar «provisionalmente» el régimen autonómico de Cataluña y del País Vasco y de extender este régimen al resto de las regiones españolas que, en su inmensa mayoría, no habían dado hasta entonces ninguna muestra de desearlo»³⁸.

«Entre septiembre de 1977 y octubre de 1978, —puntualiza Rubio Llorente— es decir, en el período durante el que se elabora la Constitución, el Gobierno va haciendo mediante Decretos el mapa de España, creando una serie de entidades territoriales dotadas de autonomía política que los constituyentes no podrán ya dejar de consagrar»³⁹. Asimismo hace notar que la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 «tuvo entre sus principales beneficiarios a algunos condenados por atentados terroristas de ETA, a quienes eufemísticamente se refiere la Ley como **gentes motivadas por el deseo de reivindicar la autonomía de los pueblos de España**»⁴⁰.

³⁸ *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), 2ª edic. Madrid 1997, pág. 20. Pedro Laín Entralgo, refiriéndose a la articulación geopolítica de España, ha dicho: «No me gusta el modo como se resuelve este reto que la Constitución ha planteado a los españoles» (porque) «no se ha planteado en serio. Se resuelve ocasionalmente en términos de disputa para conseguir más o menos. Yo he echado de menos, en esta etapa de reconstitución de la vida histórica y política española que empezó con la Transición, que los grandes partidos nacionales: UCD, PSOE, y PP, o bien los grandes partidos nacionalistas, alguno haya dicho claramente: «la España que yo quiero es ésta». Ninguno lo ha hecho. ¿Qué se hace? Discutir si la transferencia es ésta, si el dinero que se saca es éste, o el otro, pero no hay una propuesta clara sobre cuál es el modelo de España que se quiere. Yo echo en falta que los dos grandes movimientos políticos hoy vigentes, el PSOE y el PP, me digan a mí cual va a ser la clave de la realidad española como grupo histórico. Y de los tres grandes problemas de la España del Siglo XIX y XX, este último, el de la constitución político-administrativa de España, no veo que se haya planteado en serio». «No hemos resuelto el problema de la vertebración de España. Alguano, hasta la niega. Algunos dicen: «España que se vétrebre como quiera con Castilla, Andalucía, Extremadura, Aragón, etc. Yo, a lo mío». (Entrevista con Isabel San Sebastián en ABC, 28-XII-97, págs. 11-12).

³⁹ Rubio Llorente. Op. cit. pág. 20.

⁴⁰ (Op. cit. pág. 19).

LAS POLÉMICAS «NACIONALIDADES»

Ya en el Anteproyecto de Constitución se introdujo la palabra «nacionalidades» que, si bien fue combatida con argumentos de fuerza notoria, se mantuvo en las sucesivas versiones⁴¹ hasta llegar al texto definitivo de la Constitución.

La palabra «nacionalidades» se empleó como término intermedio entre Región y Nación. Sin embargo, pronto los nacionalistas, amparándose en la ambigüedad del término, proclamaron que su respectiva Comunidad Autónoma es una Nación y han reivindicado su «identidad nacional». Algunas Comunidades Autónomas⁴², que inicialmente no fueron declaradas nacionalidades, han modificado sus Estatutos para acogerse a esta palabra, quizá con ánimo de considerarse también Naciones. Y se ha puesto en circulación la expresión «Nación de Naciones».

La Constitución republicana de 1931, en cambio, solo admitió las Regiones. En su artículo 1 declaraba que «La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones».

En los debates constitucionales de 1978 se manifestaron en contra de la introducción del término «nacionalidades» el grupo parlamentario de Alianza Popular y el Partido Aragonés Regionalista, integrado en el Grupo Mixto (a este mismo Grupo pertenecía Euskadiko Eskerra que pedía también la supresión del término «nacionalidades», pero por un motivo diametralmente opuesto: pretendía que se sustituyera por el de «Nación»).

En cambio, estuvieron a favor de mantener el término «nacionalidades» el Grupo Socialista del Congreso, el Grupo Socialista de Cataluña, el Grupo de Unión del Centro Democrático (UCD), el Grupo Comunista, el Grupo de la Minoría Catalana y el Grupo Vasco.

⁴¹ Las del Informe de la Ponencia, el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas de Congreso, el Dictamen del Pleno del Congreso, el Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado, el Dictamen del Pleno del Senado y el de la Comisión Mixta Congreso-Senado.

⁴² Aragón y Canarias, en virtud de las Leyes Orgánicas 30-XII-1996 y 31-XII-1996, respectivamente.

En el Congreso se presentaron ocho enmiendas propugnando la supresión del término «nacionalidades»⁴³ y en el Senado, trece enmiendas en el mismo sentido⁴⁴. Todas ellas fueron rechazadas⁴⁵.

Manuel Fraga Iribarne al explicar en el Pleno del Congreso, en su sesión de 21 de julio de 1978, el voto del Grupo de Alianza Popular al texto de la Constitución aprobado por la Cámara Baja, dijo: «Alianza Popular ha contribuido a la redacción de muchos textos de la Constitución, y algunos de ellos son especialmente coincidentes con parte de su programa, y la consideraría aceptable en su conjunto si no fuese porque **no puede aceptar en conciencia unos cuantos puntos: un planteamiento lleno de riesgos para la unidad nacional con la adopción del término «nacionalidades...».**

Y en la sesión del Congreso del 31 de octubre de 1978, en la que se aprobó el texto definitivo de la Constitución, al explicar el voto de los Diputados y Senadores de Alianza Popular, Fraga dijo: «Mi grupo ha señalado desde el primer momento el artículo 2º y la referencia **a la palabra «nacionalidades» que no entendemos compatible con el principio de la unidad de la Nación...** Mantenemos nuestras serias críticas, que convertimos en **programa prioritario de reforma constitucional.**

Los principales argumentos esgrimidos contra la admisión de «nacionalidades» fueron:

— el término nacionalidad, según la Real Academia de la Lengua, significa «condición y carácter peculiar de los pueblos e individuos de una nación» y nación es «el conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo Gobierno». Por ello, la integración del concepto nacionalidad puede abrir la posibi-

⁴³ Sus primeros firmantes fueron Alberto Jarabo Payá, Licinio de la Fuente, Hipólito Gómez de las Rocas, Gonzalo Fernández de la Mora, Federico Silva Muñoz, Antonio Rosón Pérez, José Miguel Ortí Bordás y Manuel Jesús García Garrido.

⁴⁴ Sus primeros firmantes fueron: Juan de Arespacochaga y Felipe, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Juan López Martos, Camilo José Cela, Marcial Gamboa Sánchez-Barcáiztegui, Francisco Cacharro Pardo, Abel Matutes Juan, Fidel Carazo Hernández, Julián Marías Aguilera, Isaias Zarazaga Burillo, Luis Díez Alegría, Félix Calvo Ortega, Alejandro Royo-Villanova Payá.

⁴⁵ Por veintitres votos en contra, salvo la del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes que proponía el término «regiones autónomas» y fue rechazada por doce votos en contra, once a favor y una abstención y la del General Luis Díez-Alegría que lo fue por veintiún votos en contra, uno a favor y dos abstenciones.

lidad del reconocimiento a diversas naciones dentro del territorio español, lo que resultaría atentatorio contra la unidad de España, que en el mismo artículo se considera fundamento de la Constitución (Alberto Jarabo Payá, Alianza Popular);

— por un lado, oscurece el sentido de unidad nacional de España, y, por otro, no añade nada a la posibilidad de una organización territorial que posibilite efectivamente las autonomías territoriales dentro de esa unidad nacional (Licinio de la Fuente, Alianza Popular);

— la distinción entre nacionalidades y regiones, aparte de las razones históricas que se puedan aducir, es claramente discriminatoria y puede prestarse a consagrar determinados privilegios en favor de las llamadas «nacionalidades», en perjuicio de las regiones (Hipolito Gómez de las Rocas, Partido Aragonés Regionalista);

— cada nacionalidad tenderá a la consecución del propio Estado, a la separación progresiva, hasta alcanzar lo que es aspiración natural de toda nacionalidad: una unidad política soberana (Hipolito Gómez de las Rocas).

— España es una sola nación y cualquier alusión a las nacionalidades dentro de ella es ir contra su historia, contra el sentir de la mayoría de los españoles y contra el curso normal del desarrollo español desde que se consolidó como nación. En ninguna de las anteriores diez Constituciones se ha empleado tal término y el hecho, además, de que no se vuelva a utilizar en posteriores artículos, donde sólo se habla de regiones o comunidades autónomas, muestra bien a las claras una falta de coherencia que no tiene explicación lógica: (Juan de Arespacochaga y Felipe, Grupo Mixto).

— El término «nacionalidad» carece de contenido sustantivo propio. Su significado estricto es el de cualidad de pertenencia o vínculo de unión de cada individuo con una determinada nación. Considerarlo en otro sentido encubriría el concepto bien distinto de nación, lo que entraña una absoluta contradicción con el primer párrafo del presente artículo y con la propia historia de España y del mundo como proceso continuo de integración en comunidades superiores (Marcial Gamboa, Grupo Mixto).

Entre los argumentos en favor del término «nacionalidades», cabe destacar las siguientes:

— «Nacionalidades» y «Nación» quieren decir exactamente lo mismo (...) Lo único que ocurre es que en el concepto político, en la vida política, los

términos se acuñan, se amoldan a las nuevas realidades (...) Esto ha creado dos conceptos: se ha creado el concepto de la nación-Estado, de la que quizá su origen fue a través de la Revolución Francesa (...) y otra es aquellas naciones sin Estado, aquellas naciones que lo que siguen siendo es una identidad colectiva, una identidad histórica, una entidad cultural, una personalidad propia en su contexto superior. Estas naciones sin Estado es lo que modernamente ha venido en llamarse «nacionalidades» (...) España es una realidad plurinacional y esta realidad puede ser perfectamente asumida en una Constitución que, al lado de definir esta nación española, nación-Estado, define aquellas otras nacionalidades que son aquellas identidades históricas y culturales (...) (Miguel Roca Junyent, Grupo Minoría Catalana, Congreso).

— Se ha dicho y se ha hablado mucho sobre la polisemia, yo diría sobre la plurivocidad de la palabra nación (...) si por encima o por debajo de las palabras no acudimos a las realidades, al encaje de esas realidades en una fórmula de convivencia como es la Constitución, podemos eludir el verdadero problema (...). Nosotros, en nuestra enmienda, hablamos de que la Constitución se fundamenta en la unión, la solidaridad y el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España (...) pero, sin negar ninguno de estos principios, afirmamos simplemente el tracto histórico, cómo se formó el reino, el Estado moderno español (...). (Javier Arzalluz Antia, Grupo Vasco, Congreso).

— El artículo 2 se justifica por una cuádruple necesidad:

Es necesario, en primer término, para fundamentar constitucionalmente la resolución de un problema real, nada artificial, que ha sido, históricamente, fuente de graves conflictos asumir que la Nación española, forjada a lo largo de siglos, tiene una perdurable y manifiesta diversidad interna que está en el origen de su propia unidad política (...).

El precepto es necesario, en segundo lugar, para poder encauzar la presión anticentrista (...) El artículo 2º se justifica en tercer lugar por la necesidad de enfrentarse con la crisis palpable del Estado centrista autoritario (...). Finalmente, por la necesidad de lograr una Constitución que sea aceptable y aceptada por una abrumadora mayoría de españoles (...). Un texto constitucional que fuese rechazado o escasamente votado en el País Vasco o Cataluña, por ejemplo, nacería con un delicado vicio de origen (...). Las reivindicaciones nacionalistas son un hecho y en aras de su integración en la unidad política que es España es preciso darles una satisfacción racional, compatible con el reconocimiento y la permanencia indiscutida de la nación española (...). (Arias-Salgado Montalvo, U.C.D., Congreso).

De los argumentos en pro y en contra de insertar el término «nacionalidades» en el artículo 2º de la Constitución se desprende el principal defecto de dicho término, a saber: su ambigüedad, pues unos parlamentarios lo entendieron en un sentido y otros en el contrario. De esta ambigüedad se han seguido graves consecuencias, como la que denuncia Jiménez de Parga en la conferencia del 3 de noviembre de 1997⁴⁶ titulada «El interés general de España y la solidaridad entre los españoles, dos principios constitucionales necesitados de atención» cuando afirma:

«La organización territorial de España, materia del Título VIII C.E., tuvo que diseñarse con los condicionamientos propios del momento constituyente. Para conseguir el consenso hubo que ceder desde unas posiciones iniciales doctrinalmente más claras y políticamente menos vacilantes. De la ambigüedad de algunas de las fórmulas empleadas se han servido determinados intérpretes para presentar un ordenamiento constitucional basado en la autonomía de las Comunidades. Los poderes autónomos se utilizan para vertebrar el sistema, con la correspondiente infravaloración y menosprecio, del poder soberano de la Nación española»

«En esta línea interpretativa, se desplaza la soberanía de la Nación española (que es la que proclama la Constitución) a una soberanía mitigada, disminuida, descafeinada, del Estado español. En el lenguaje político, con tanta habilidad como intención, no se emplea «Nación española» sino «Estado español».

*«Junto a esta manipulación, los constructores de un ordenamiento constitucional apoyado, como cimientos del mismo, en el poder de las CC.AA., procuran olvidar el carácter **derivado** del poder autónomo, así como la condición de **ordenamiento secundario** (fruto de la autonomía) de los ordenamientos jurídicos propios de las CC.AA., frente al **ordenamiento originario** (fruto de la soberanía) del Estado».*

Como afirma Fernández de la Mora, el principio de las nacionalidades sostiene que cada nación tiene derecho a constituir un Estado soberano. Así se enunció en el pasado siglo y constituye el núcleo duro, irrenunciable, e imperativo de los políticos nacionalistas⁴⁷.

⁴⁶ Club Siglo XXI.

⁴⁷ Vid. Gonzalo Fernández de la Mora, *Ética del Nacionalismo*. Ponencia presentada en la XXXII reunión del Instituto Rosmini de Bolzano (Italia), el 15 de octubre de 1993. Publicada en *Razón Española*, núm. 65, mayo 1994, Págs. 295 y ss.

Si he de dar mi propia opinión, diré que existe una clara antinomia entre la afirmación de «la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» y el reconocimiento de las «nacionalidades» si por éstas se entiende «Naciones». Parece evidente que la «Unidad de la Nación» es incompatible con la pluralidad de «Naciones». No comparto la opinión de Roca Junyent según la cual la Constitución define la nación española (nación-Estado) y las nacionalidades (naciones sin Estado) porque en tal caso estas últimas acabarían recabando el Estado del que carecen. Tampoco parece admisible la sustitución de la palabra «unidad» por la de «unión» como hace Arzallus en su dialéctica puesto que la «unidad» significa un ente único mientras que la «unión» implica un ente plural, con lo que se alteraría el sentido gramatical del texto del artículo 2 de la Constitución.

LOS «DERECHOS HISTÓRICOS»

La Disposición adicional primera declara:

*«La Constitución ampara y respeta los **derechos históricos** de los territorios forales».*

*«La **actualización general** de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».*

Por su parte, la Disposición derogatoria, en su párrafo 2, dice:

«2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya».

«En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876».

«La Disposición Adicional primera de la Constitución y el apartado segundo de su Disposición derogatoria, que es el complemento de aquélla, —afirma Tomás Ramón Fernández⁴⁸, continúan hoy en el mismo estado en que las de-

⁴⁸ «Los derechos históricos de los territorios forales». Madrid 1985. Introducción, pág. 19.

jaron, después de arduos debates, sus autores, como un simple testimonio de una polémica inútil, como una pieza exótica de nuestro museo político, a la que nadie parece querer atribuir significado alguno desde el punto de vista jurídico. Y, sin embargo, lo tienen.»

Tanto la Disposición adicional primera como el apartado 2 de la Disposición derogatoria fueron ampliamente debatidos sin que se llegara a un acuerdo con el Grupo Parlamentario vasco. Finalmente, en la votación de la Constitución el 31 de octubre de 1978, los diputados de ese Grupo no la aprobaron sino que se abstuvieron, lo que les lleva a no considerar zanjado el problema vasco y seguir reivindicando sus fueros.

El punto de partida de ese debate fue la enmienda nº 689 del Grupo Parlamentario vasco que postulaba la siguiente redacción a la Disposición final:

«1. Se derogan las leyes de 6 a 19 de septiembre de 1837, 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, quedando, asimismo, sin efecto cuantas disposiciones resulten incompatibles con la reintegración foral.»

«2. Se devuelven a las regiones forales de Alava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya sus instituciones y poderes políticos originales.»

«3. Se renueva el Pacto Foral con la Corona, manteniendo el Rey en dichos territorios los títulos y facultades que tradicionalmente hubieran venido ostentando sus antecesores.»

«4. Las regiones forales mencionadas que así lo decidieren podrán formar un único ámbito territorial, creando de común acuerdo las instituciones necesarias y conservando cada una de ellas las facultades que le sean propias y considere oportuno reservarse.»

«5. Hasta que no se establezcan plenamente los órganos forales, el Consejo General Vasco u organismo foral competente ostentarán la iniciativa y capacidad necesarias para llevar a cabo la negociación con el Gobierno de la Corona, constitutiva de su régimen, funcionamiento y traspaso de facultades, cuyo resultado se someterá a refrendo popular.»

La ambigüedad de la expresión «derechos históricos» a que se refiere la Disposición Adicional primera de la Constitución, dimana tanto de la **imposibilidad de determinar seriamente la fecha en que habrían de entenderse consolidados**, como del **silencio constitucional acerca de su contenido**.

En cuanto a lo primero, no se precisa hasta dónde habría que retroceder en la búsqueda de «derechos históricos»: se habla de la recopilación del Fuero Viejo de 1452⁴⁹, o de la Concordia de 1630, o de las normas vigentes hasta 1789 (en que la Revolución Francesa derribó *l'Ancien Régime*), o hasta las Cortes de Cádiz, que suprimieron el sistema foral⁵⁰ o hasta la ley de 25 de octubre de 1839, o hasta la Ley Abolitoria de los Fueros de 21 de julio de 1876. En la justificación de la enmienda nº 689 del Grupo Parlamentario Vasco, se afirma que 1835 fue el «año del primer expolio centralista»... (en el que se sustituyó) «la convivencia mutua en la unión en la persona del Rey por un esquema jacobino...»⁵¹. Esto nos lleva a retrotraernos más allá de 1835 pues la unión en la persona del Rey —dice Tomás-Ramón Fernández— nos introduce «en la bruma impenetrable del mundo altomedieval»⁵². Javier Arzalluz en la defensa de la enmienda 689, en la sesión de 20 de junio de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, resume en dos puntos su alcance: primero, los principios doctrinales que, según él, parten siempre de una afirmación fundamental, que es la **independencia originaria de los territorios forales; segundo, la integración en la Corona de Castilla, mediante pacto condicionado**, es decir, mediante pacto con la Corona y reserva de fuero (Diario de Sesiones del Congreso nº 93). La enmienda fue rechazada en dicha Comisión por 32 votos en contra, 2 a favor y con 2 abstenciones.

Respecto del contenido de los «derechos históricos» todos están de acuerdo en que en la actualidad, en vísperas del siglo XXI resulta impensable restablecer los fueros en su anterior formulación⁵³; de otra parte, la autodeterminación que ahora se reclama no aparece en los fueros ni en ellos se encuentran indicios de plebiscito o referéndum. En este sentido, afirma Jáuregui Bereciartu: «En la práctica, la aplicación efectiva de tal Disposición Adicional no es susceptible de interpretaciones jurídicas estrictas, sino más bien depende de factores políti-

⁴⁹ Echevarría Gangoiti, intervención en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, sesión del 20 de junio de 1978 (Diario de Sesiones del Congreso núm. 93).

⁵⁰ Gurutz Jáuregui Bereciartu, «La expresión jurídica de la nacionalidad vasca», en las Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Oñate, 1983.

⁵¹ Publicación Oficial del Congreso de los Diputados de las Enmiendas al Anteproyecto de Constitución, pág. 393.

⁵² Tomás-Ramón Fernández, Op. cit. pág. 35.

⁵³ Un estudio rigurosamente jurídico sobre la cuestión foral, la naturaleza y el ámbito de aplicación de las normas forales, ya clásico, el de D. Federico de Castro y Bravo, en *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, T.I., pág. 213 a 278.

cos muy precisos, todo ello sin olvidar los probables problemas técnico jurídicos de tal aplicación, sobre todo a la hora de determinar el contenido estricto de los citados derechos históricos, y, particularmente, a la hora de actualizar y acomodar a la realidad presente una serie de derechos que tuvieron su aplicación práctica en el Antiguo Régimen»⁵⁴.

Debido a ello, la Disposición Adicional primera ordena «la actualización general de dicho régimen foral». De su texto se desprende que los «derechos históricos» consisten en el régimen foral, régimen impreciso y diferente en cada «territorio histórico» que, además, ha de actualizarse.

La actualización, si ha de hacerse con rigor, no será tarea fácil porque como señalan Fusi y Tusell «La realidad de lo que fue el ámbito jurídico vascongado no se entiende sin tener en cuenta la constante extensión desde el siglo XII de fueros municipales no autóctonos (Estella, Jaca, Logroño) a las villas vascongadas y la sistemática penetración del derecho real romanizado en las villas vizcaínas y los territorios realengos de Guipúzcoa y Álava (prácticamente la totalidad de ambas provincias) desde los siglos XIII y XIV. El derecho otorgado convivió, por tanto, con los usos y costumbres tradicionales y autóctonos, cuya recopilación no comenzó hasta el siglo XIV... No se trataba de un sistema uniforme, rígido y cerrado: había notables diferencias entre las competencias, funciones y poderes de las instituciones forales de cada uno de aquellos territorios; y, por otra parte, los Fueros evolucionaron con el tiempo y no impidieron la plena vigencia de la legislación común española en el muy ancho campo jurídico ajeno a la foralidad»⁵⁵.

Téngase en cuenta, además, que nunca podría darse por concluida dicha actualización si prevalece la Disposición adicional del Estatuto de Autonomía del País Vasco la cual declara que «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto **no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados** de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico».

⁵⁴ Op. cit. págs. 154-155.

⁵⁵ En J.P. Fusi y J. Tusell, «La base histórica de las autonomías», incluidos en el volumen *Cómo articular las autonomías*, que recoge los trabajos del seminario organizado por FUNDES, que tuvo lugar en Madrid los días 2 y 3 de julio de 1979, págs. 45-46.

La confusión sube de punto si, como afirma Rodríguez de Miñón, «a la luz de la Adicional Primera, lo que eran Derechos Forales se transforman en Derechos Históricos susceptibles de actualización. Por lo que hace al elemento subjetivo, resulta que emergen nuevos titulares de Derechos Históricos. Si la Adicional Primera se redactó atendiendo a Navarra y el País Vasco, al ponerla en relación con el artículo 149.1.8ª. extiende su virtualidad, a partir de la doctrina legal del Consejo de Estado, a Cataluña y Galicia...». «...Lo determinante (es) el cuerpo político que existe en Euskadi, Galicia, Navarra o Cataluña y que no se da en otras Comunidades, tengan o no derecho consuetudinario y aun Foral»⁵⁶.

La tesis de Rodríguez de Miñón contradice la letra y el espíritu de la Disposición Adicional primera según la cual: «La Constitución ampara y respeta **los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral** se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». De su texto se desprende que los «**derechos históricos**» que la Constitución reconoce son **los de los territorios forales** y no de otros territorios.

La ambigüedad de la Disposición Adicional primera de la Constitución no sólo afecta a los «derechos históricos» sino también a la expresión: «en el marco de la Constitución» en el cual ha de tener lugar la actualización de aquéllos, que ha originado interpretaciones dispares. Así, García de Enterría⁵⁷ entiende que la referencia al marco lo es a **toda** la Constitución, en tanto que, según Herrero y Rodríguez de Miñón⁵⁸ se refiere a **la sola Constitución sustancial** para «reconducir una realidad extra-constitucional, los derechos históricos y el hecho diferencial que le sirve de base, a **unos principios**, el marco de la Constitución, **comunes a todo el sistema**».

Varias Sentencias del Tribunal Constitucional, no siempre concordadas, han abordado la interpretación de la Disposición Adicional primera⁵⁹. Citaré tan sólo la que lo hace más ampliamente, la nº 76/1988, de 24 de abril. En el tercero de sus fundamentos jurídicos declara que **«La Constitución no es el resultado**

⁵⁶ «Los Derechos Forales como Derechos Históricos», en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 52, enero-abril 1998, págs. 78 y 79.

⁵⁷ *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Madrid 1991, pág. 88 y ss.

⁵⁸ En el marco de la Constitución (Disposición Adicional Primera), en La Ley, 9 de diciembre de 1996, págs. 1 y 2.

⁵⁹ STC 11/1984 de 2 de febrero; STC 16/1984 de 6 de febrero; STC 123/1984 de 18 de diciembre; STC 94/1985 de 29 de julio; STC 76/1988 de 26 de abril; STC 140/1990 de 20 septiembre; STC 88/1993 de 12 de marzo y STC 159/1993 de 6 de mayo.

de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones «históricas» anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma Disposición adicional primera C.E., y no de su legitimidad histórica, de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia».

En su fundamento jurídico 4 dice: **«La idea de derechos históricos no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias. Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia.** Como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la Disposición adicional primera C.E., lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su «foralidad», pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado».

El fundamento jurídico 5 afirma: **«El Estatuto de Autonomía del País Vasco** es, al mismo tiempo, expresión del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce a la nacionalidad vasca, y **expresión actualizada del régimen foral**, como régimen foral actualizado, en el sentido de la Disposición adicional primera C.E.»

El fundamento jurídico 6 se refiere al artículo 37.2 del citado Estatuto en los siguientes términos: **«esta disposición no representa** —como parecen sostener los recurrentes— que **el Estatuto no implica ninguna limitación del régimen foral históricamente definido** y del correspondiente e indeterminado elenco de derechos históricos. **Si tal fuera el caso, el Estatuto no podría, evidentemente, llevar a cabo ninguna actualización**, y resultarían inaplicables cláusulas estatutarias —como las referentes al régimen fiscal— que suponen una clara alteración de la posición histórica de los territorios forales».

Este mismo fundamento jurídico declara que «Difícilmente puede considerarse, en consecuencia, que el ámbito actual y actualizado de los derechos históricos de los territorios forales haya quedado indeterminado, y dependiente de investigaciones históricas o decisiones judiciales caso por caso»... **«no puede**

admitirse en modo alguno que tal investigación pueda sustituir o desplazar los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, ni cabe sostener que ese régimen deriva única y directamente de una legitimidad histórica, independientemente de las normas que lo actualicen».

El fundamento jurídico 7 incide en esta misma idea al afirmar que «no se puede compartir, como ya se señaló más arriba, la afirmación de los recurrentes de que la D.A. 1ª C.E., y del art. 37.2 del Estatuto de Autonomía resulte la atribución a los Territorios Históricos de un conjunto de derechos y competencias indeterminado, que incluya a todo derecho históricamente ejercido. La D.A. 1ª C.E. si no lleva a cabo una determinación directa, sí efectúa una remisión en ese sentido al Estatuto de Autonomía, en cuyo marco (aparte del constitucional) habrá de efectuarse la actualización de los regímenes forales. Y el Estatuto de Autonomía, como también se indicó, no afirma en modo alguno que las competencias de los Territorios Históricos sean un conjunto abierto e indeterminado (frente a las Instituciones Comunes y el Estado) pendiente únicamente de la oportuna comprobación histórica».

Sentencias posteriores del Tribunal Constitucional como la nº 159/1993 de 6 de mayo, basan su argumentación en la ya citada al decir, en su fundamento jurídico 6, «conviene recordar algunos aspectos expuestos en la **STC 76/1988, a la que para mayores precisiones conviene remitirse...**»

Sin embargo, pese a las declaraciones tajantes de los párrafos acotados más arriba en el sentido de que no cabe considerar que el ámbito de los «derechos históricos» haya quedado pendiente de investigaciones históricas, ni que las competencias de los Territorios Históricos sean un conjunto abierto e indeterminado pendiente únicamente de la oportuna comprobación histórica, hay quienes pretenden ampararse en los «derechos históricos» para nuevas reivindicaciones, incluida la autodeterminación y, en su caso, la independencia del País Vasco. He aquí hasta qué extremos conduce la ambigüedad de las expresiones «derechos históricos» y «en el marco de la Constitución» recogidas en la Disposición Adicional 1.

EL DERECHO A LA VIDA

El artículo 15 adolece de una formulación ambigua al declarar en su apartado primero que «todos tienen derecho a la vida...» La palabra **todos** no pre-

cisa si comprende o no el derecho a la vida del **nasciturus** (el por nacer). La cuestión fue objeto de largos debates parlamentarios. En el Anteproyecto de la Constitución elaborado por la Ponencia ya aparecía esta formulación.

A ese artículo 15 se presentaron seis enmiendas. La nº 467 suscrita por Raul Morodo en nombre del Grupo Parlamentario Mixto proponía la siguiente redacción al apartado 1 de dicho artículo: «El **derecho de la persona** a la vida y a la integridad física y moral son inviolables».

La sustitución del derecho a la vida de **todos**, por el **derecho de la persona**, venía a agravar la indefensión del no nacido pues implicaba que, en concordancia con los artículos 29 y 30 del Código Civil, el nacimiento determina la personalidad pero a los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviera veinticuatro horas totalmente desprendido del seno materno. La enmienda prosperó y quedó incorporada al Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, en los siguientes términos «**La persona** tiene derecho a la vida y a la integridad física,...»⁶⁰.

Alianza Popular mantuvo la primitiva formulación del Anteproyecto y encomendó su defensa en el Pleno al Diputado Sr. Mendizábal Uriarte quien intervino en la sesión del 6 de julio, precisando el alcance de la palabra «todos». De su intervención merecen ser recogidos los siguientes párrafos:

«Puestos a defender esenciales derechos del hombre, hemos de comenzar proclamando que el primero, indiscutible e irreversible, es el derecho a nacer. A nadie se esconde que con esta afirmación entramos en el torbellino de una cruda polémica de nuestro tiempo, y nos hemos colocado en el epicentro de tan grave cuestión, porque lo que asoma tras este artículo 14 del proyecto constitucional, como posibilidad más próxima —inmediata me atrevo a decir—, como una nube cargada de turbios presagios, es la sombra del aborto, su legalización o despenalización».

«...cuando reconociéramos al Estado ser fuente de todo derecho y, entre otras facultades, la de decidir cuándo se debe o no se debe nacer, para que lo ejecute por si mismo o prestando autorizaciones abusivas, estaremos dando paso a un Estado delincuente por apropiación indebida, un Estado dictatorial, totalitario, que cercena sin piedad los más elementales derechos del hombre, anteriores al Estado».

⁶⁰ Boletín Oficial de las Cortes nº 121, de 1 de julio de 1978.

«...Si es verdad que deseamos protegerla, tendremos que hacerlo consecuentemente, de principio a fin, desde que es, desde que brota hasta que naturalmente se apaga. Por eso si somos defensores de la vida, no podemos otorgar patentes para eliminarla».

En el mismo sentido se expresó Meilán Gil. En contra se manifestaron, Zapatero Gómez, Tierno Galván, Solé Tura y Cuerda Montoya. La enmienda defendida por Mendizabal Uriarte fue aprobada por 158 votos a favor; en contra, 147, con 3 abstenciones. Estaba, pues, perfectamente clara la oposición de la mayoría de los diputados al aborto.

Inmediatamente después de la votación favorable a la enmienda, pidió la palabra el diputado socialista Peces-Barba. En su intervención dijo: «El debate sobre el aborto no queda resuelto y, desengañense SS.SS., todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, «todos» permite una ley de aborto».

El diputado de UCD, Pérez-Llorca replicó con las siguientes palabras: «Considero grave que un jurista eminente —que, por otra parte, goza de mi respeto y afecto personales— como el señor Peces-Barba haya dicho, en medio de un debate constitucional, que el Derecho depende del poder y de la fuerza, y ni el Derecho depende del poder y de la fuerza ni las votaciones dependen de los aplausos»⁶¹.

En el Senado se presentaron dos enmiendas contrapuestas respecto del derecho a la vida. La de Cela postulaba que se restableciera la dicción «La **persona** tiene derecho a la vida»⁶². En cambio, Calatayud Maldonado propuso se dijera: «Todos los seres humanos tienen derecho a la vida». Cela retiró su enmienda en la Sesión de la Comisión Constitucional del 24 de agosto de 1978. Pero el Senador del Partido Comunista Mateo Navarro afirmó: «Entiendo que está en el ánimo de todos los miembros de la Comisión quién puso el término «todos», que sustituía al término «persona» que había sido aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso (clara alusión a Mendizabal Uriarte, de Alianza Popular), y

⁶¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 105, Sesión Plenaria del 6 de julio de 1978.

⁶² Sus argumentos no carecen de buen sentido en cuanto denuncia la ambigüedad de la palabra «todos». Dice Cela «El texto aprobado por el Congreso dice: «Todos tienen derecho...» ¿Quiénes son los aludidos por el adjetivo? Sin duda alguna, alguien está vivo, puesto que se le reconoce el derecho a estarlo, pero ¿quién? ¿Todos los seres vivos? ¿Todos los mamíferos...?»

quién impuso este término que, en definitiva prevalecería. Nosotros, los comunistas, creemos que debemos volver... al término «persona». Posteriormente, en la misma sesión, este Senador retiró su enmienda diciendo «soy consciente de que insistir en la sustitución de «todos» por «persona» podría reproducir un debate para mí indeseado en esta Comisión»⁶³.

En consecuencia, el Dictamen de la Comisión del Senado mantuvo la fórmula «Todos tienen derecho a la vida». El Pleno del Senado, en su sesión del 26 de septiembre, no debatió esta cuestión porque no se presentó ningún voto particular al correspondiente artículo, que fue aprobado por 190 votos a favor y ninguno en contra, sin abstenciones. El mismo texto fue aprobado por la Comisión Mixta Congreso-Senado y por el Pleno del Congreso en su sesión de 31 de octubre de 1978. Se respetó, por tanto, la redacción propuesta por el Diputado Mendizabal Uriarte.

Tal como había predicho Peces-Barba, en 1985 el Gobierno socialista, con mayoría absoluta en el Congreso, contra la explícita voluntad mayoritaria de los constituyentes, aprobó la Ley Orgánica nº 9/85 de 5 de julio, de despenalización del aborto.

ALGUNAS IMPRECISIONES DEL TÍTULO II

El alcance de la expresión contenida en el artículo 56.1 de «arbitrar el funcionamiento regular de las instituciones» y la prohibición del matrimonio de las personas que tengan derecho a la sucesión en el Trono (artículo 57.4), son dos cuestiones un tanto imprecisas que han dado lugar a diversas interpretaciones. En cuanto a la primera, me remito a la excelente disertación de Fernández Campo⁶⁴. Respecto del matrimonio de las personas reales, el artículo 57,4 suscita la duda de si la prohibición ha de ser doble —del Rey y de las Cortes— o basta con que la formule uno de ellos. Si las Cortes lo prohíben y el Rey no, ¿sería ineficaz la prohibición?

⁶³ Diario de Sesiones del Senado, año 1978, nº 43.

⁶⁴ *La fundación real en España* en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº 72. Madrid, 1995, pág.113.

También ofrece dudas el tenor literal del Artículo 59, relativo a la Regencia al decir: «Cuando el Rey fuere menor de edad, el padre o la madre del Rey...» pues no queda claro si se establece un orden de prioridad (primero el padre y, en su defecto, la madre del Rey) o si se trata de una alternativa (en el sentido de que «tanto monta monta tanto» el padre como la madre). Esta misma imprecisión se advierte en el artículo 60 cuando dice «...será tutor el padre o la madre». No me detendré en este punto.

He de señalar, por último, que las espinosas cuestiones de las abdicaciones y renunciaciones y las dudas de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona no han sido objeto todavía de la Ley Orgánica a la que se remite el artículo 57.5

PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Las Constituciones escritas y cerradas tratan de fijar para el futuro un conjunto de preceptos jurídicos situándolos por encima del juego político ordinario. Como afirma Ruiz Ojeda⁶⁵ «desde el punto de vista de la técnica normativa, una Constitución no es otra cosa que el blindaje de un consenso político» y añade: «será necesario el mismo nivel de consenso para modificar lo inicialmente establecido». Esta segunda frase no es del todo exacta. El nivel de consenso exigido para la aprobación de la Constitución de 1978 venía determinado por el artículo 10 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado que exigía para toda modificación o derogación de las Leyes Fundamentales (entre ellas, la Ley Orgánica del Estado de 1967), el acuerdo de las Cortes y el referéndum de la Nación. Es distinto, en cambio, el nivel del acuerdo para modificar la Constitución de 1978. La propia Constitución contempla dos supuestos diferentes:

— El del artículo 168, para la **revisión total** de la Constitución o una parcial que afecte al **Título preliminar**, al **Capítulo segundo, sección primera del Título I** (los derechos fundamentales y libertades públicas) o al **Título II** (la Corona).

⁶⁵ *La propiedad privada como fundamento jurídico de la liberación del suelo*, en Revista de Derecho Urbanístico, año XXXI, nº 155, julio-agosto 1997, pág. 153 y ss.

— El del artículo 167, para la reforma de los demás artículos de la Constitución.

En el primer supuesto se requiere:

a) La aprobación en principio por la **mayoría de dos tercios de cada Cámara** y la **disolución inmediata de las Cortes**;

b) La ratificación de la decisión reformadora por las nuevas Cámaras elegidas, las cuales procederán al estudio del nuevo texto constitucional que deberá ser aprobado por **mayoría de dos tercios de ambas Cámaras**;

c) Ser sometido a **referéndum**.

En este supuesto se puede decir con propiedad que los preceptos que ampara quedan blindados o, en la terminología consagrada, que la Constitución es rígida.

En el otro supuesto, el ordinario, la reforma exige:

a) La **mayoría de tres quintos de cada Cámara** (si no hay acuerdo entre ambas se designará una Comisión paritaria que presentará un texto que será votado en el Congreso y en el Senado; si tampoco hubiera acuerdo y el texto hubiera sido aprobado por la mayoría absoluta del Senado, **el Congreso**, por **mayoría de dos tercios** podrá aprobar la reforma).

b) La reforma sólo será sometida a referéndum si lo solicitan una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

En este supuesto, evidentemente el blindaje es más débil, es decir, la Constitución es flexible.

Otras Constituciones adoptan un solo procedimiento para su reforma. Así, la italiana de 1947 establece que la revisión de la Constitución será adoptada por cada Cámara en deliberaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses y se aprobará por **mayoría absoluta** de los miembros de cada Cámara. Será sometida a referéndum si lo solicita una quinta parte de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales, pero no ha lugar a referéndum si ha sido aprobada en cada una de las dos Cámaras por una **mayoría de dos tercios** (art. 138).

La Constitución francesa de 1958 dispone que la revisión ha de ser aprobada por las dos Asambleas y ulterior referendum. Sin embargo no procede el referendum si el Presidente de la República la somete al **Parlamento convocado en Congreso** y es aprobada por una **mayoría de tres quintos** (art. 89).

Tanto la Constitución italiana como la francesa **excluyen de la revisión constitucional** la forma republicana de gobierno (art. 139 y 89, respectivamente).

La Constitución francesa excluye, además, de la revisión constitucional cuanto afectara a la **integridad del territorio**. La Constitución española nada dice sobre este punto, que considero del mayor interés. Este silencio puede tener graves consecuencias si tenemos en cuenta la fuerza centrífuga de algunas Comunidades Autónomas.

El doble procedimiento de reforma que establece la Constitución española plantea una cuestión que no me parece bizantina; a saber, si no estando incluido el Título X («De la reforma constitucional») en la enumeración del artículo 168.1, este Título podría ser modificado por el procedimiento menos oneroso del artículo 167, en cuyo caso se podría desmontar el blindaje del 168. Nos encontramos, pues, ante un silencio u omisión que podría dar lugar a diversas interpretaciones.

Precisamente, en la enmienda nº 97 presentada en el Senado por el Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, se solicitaba la supresión del artículo 162 (el actual artículo 168) por considerar que «el mantenimiento de este artículo haría prácticamente imposible, en aquellas materias que contempla, la reforma de la Constitución. El procedimiento previsto en el artículo 161 (el actual 167) ya confiere al texto constitucional una rigidez razonable. **Piénsese, por otra parte, en la inutilidad de este artículo 162, pues bastaría su derogación por la vía del artículo 161 para salvar los obstáculos que opone a la reforma constitucional**» (Esta enmienda fue defendida por el Senador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer).

En este mismo sentido se expresó Villar Arregui en el debate sobre dicho artículo en la Comisión de Constitución del Senado⁶⁶ al afirmar: «**Se podría eludir el precepto contenido en el artículo 162 (el actual 168) mediante un proyecto de enmienda a ese mismo artículo que no está amparado por la**

⁶⁶ Sesión del viernes 8 de septiembre de 1978.

rigidez constitucional. Para su reforma bastaría cubrir los requisitos del art. 161 (el actual 167). Por consiguiente, el artículo 162 es inútil. He aquí otra poderosa razón para suprimirlo.»

La enmienda nº 97 fue rechazada por 11 votos en contra y dos a favor, con nueve abstenciones. En vista de ello, Lorenzo Martín-Retortillo retiró la enmienda y se mantuvo el doble procedimiento de reforma constitucional de los artículos 167 y 168.

Entre los comentaristas de la Constitución que abordan la cuestión suscitada por el doble procedimiento de reforma, Jorge de Esteban y Pedro González Trevijano afirman: «La desmesurada y artificiosa complejidad del **procedimiento de reforma agravada** hace del artículo 168 CE un precepto con escasísimas oportunidades de aplicarse alguna vez. Por ello, **algún sector de la doctrina ha apuntado la posibilidad de revisar el procedimiento agravado del artículo 168, a través de su modificación por el procedimiento ordinario del 167**, si bien este criterio no ha sido unánimemente compartido, pues, para otros autores, la utilización de tal mecanismo supondría un grave fraude a la Constitución»⁶⁷. Me inclino por la opinión de estos últimos. Pero no hubiera estado de más añadir la mención expresa del Título X, en la enumeración contenida en el artículo 168.1, que exige un «procedimiento de reforma agravada». De ese modo no cabría duda alguna.

Ojalá no ocurra con la vigente Constitución y, en particular, con su Título II, lo que sucedió con la Constitución de 1869 y que el Marqués de la Vega de Armijo relata en los siguientes términos: «Una de las innovaciones que se hicieron en aquella Constitución, sobre las diferentes redactadas en España, fue consignar los términos en que podría realizarse su reforma. Esta innovación, que se creyó por el elemento conservador que era un verdadero triunfo, pues impedía el paso instantáneo de la monarquía a la república, fue violada sin trámite de ninguna especie por unas Cortes ordinarias monárquicas que proclamaron la república en la primera ocasión en que debía aquélla aplicarse»⁶⁸.

⁶⁷ Jorge de Esteban y Pedro J. González, *Curso de Derecho Constitucional Español*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1994, pág. 743.

⁶⁸ Necrologías de los Señores Académicos de número fallecidos desde 1º de julio de 1885.- Tomo I. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid 1898 - Página 8. (necrológica de D. José Posada Herrera).

Sin embargo, no es exacta la afirmación del Marqués de la Vega de Armijo de que fue la Constitución de 1869 la primera que estableció las normas para su reforma, pues ya la Constitución de Cádiz de 1812 en su Título X reguló «el modo de proceder para hacer variaciones en ella».

CONCLUSIONES

La ambigüedad, la imprecisión y la falta de rigor técnico-jurídico de la regulación constitucional de determinadas materias esenciales, como las que han sido objeto de esta disertación, tienen como consecuencia ineludible que, preceptos formalmente constitucionales, no lo sean desde un punto de vista material. En este sentido, la nuestra es una Constitución «*in fieri*», que necesita irse complementando mediante Leyes Orgánicas y sentencias del Tribunal Constitucional.

Los defectos señalados son generadores de problemas jurídico-constitucionales y políticos cada vez más graves. El debate ya público sobre la forma federal del Estado, los derechos históricos, incluida la autodeterminación de determinadas regiones de España, son buena prueba de ello.

No siendo aconsejable, a mi juicio, una reforma constitucional, sería, en cambio, conveniente un Pacto de Estado, al estilo de los Pactos de la Moncloa, entre todos o la mayoría de los partidos políticos que sin salirse, en ningún caso, del marco jurídico de la Constitución y en base a la doctrina del Tribunal Constitucional, estableciera límites precisos a unas cuestiones, cristalizara otras y, en fin, como pedía Ortega, pusiera claridad en todas.

