RdL Revista de Libros

¿Necesaria pero imposible?

Manuel Arias Maldonado
16 julio, 2018

Me ocupaba aquí la semana pasada de la reforma constitucional, de la que se hablaba mucho hasta que ha empezado a hablarse poco, pero a la que, no obstante, sigue apelándose, casi como un latiguillo del discurso, cuando se habla de la crisis territorial y su posible superación. Y empecé por preguntarme si la reforma es necesaria, concluyendo que no lo es, pero quizá se haya hecho tal a fuerza de repetirlo. Ahora toca responder al segundo interrogante: ¿es posible reformarla? Antes, sin embargo, un breve *excursus* servirá para sopesar si, sea posible o no, estamos ante un «momento constitucional».

2. *Excursus*: ¿estamos ante un momento constitucional?

Entre las contribuciones más destacadas del constitucionalismo de los últimos decenios se cuenta, sin duda, la teoría del «momento constitucional» del norteamericano Bruce Ackerman. Su trabajo se inscribe en la historia del constitucionalismo norteamericano, lo que dificulta un tanto su aplicación a otros contextos políticos; es instructivo, empero, aplicarlo a nuestro caso. Curiosamente, el sintagma «momento constitucional» tiene algo de engañoso, pues no dice exactamente lo que parece decir. Ackerman está refiriéndose a aquellos episodios de la historia norteamericana en los que un elevado

nivel de interés del público por los asuntos políticos hace posible un cambio constitucional *sin que* se realice necesariamente una enmienda de la Constitución. Esto último es posible porque se produce un cambio significativo en la comprensión pública y la interpretación judicial del texto constitucional.

En estos «momentos constitucionales», la política normal deja paso a la alta política y el pueblo se convierte en soberano mediante el ejercicio informal de la soberanía. Para que nos encontremos ante un cambio constitucional de este tipo, sostiene Ackerman, el apoyo al mismo debe ser «hondo, amplio y decisivo». Es decir, un apoyo derivado de un «juicio sopesado» que incluya el aprendizaje y el rechazo ponderado de las alternativas, además de ser numéricamente sólido (aunque el autor norteamericano no explicita porcentajes), y mantenerse vivo durante un período suficiente de tiempo: sólo así gozará la autoridad necesaria. Hablamos entonces de aquellos

> raros momentos en que los movimientos políticos tienen éxito dando forma a nuevos principios de la identidad constitucional, que ganan el apoyo meditado de una mayoría de ciudadanos norteamericanos después de un proceso institucional prolongado de prueba, debate y decisión.

Ackerman entiende que así sucede con la fundación del país, con el período de la reconstrucción que sigue a la Guerra Civil y con el New Deal que ve crecer el poder del Estado federal. A su juicio, las innovaciones que traen consigo estos episodios tienen el mismo estatus que las enmiendas constitucionales. Nótese que Ackerman habla de ese tipo particular de cambio y no de los cambios constitucionales que siguen un procedimiento reglado. Pero nuestro autor adopta un punto de vista normativo cuando se pregunta por qué decisiones adoptadas en el pasado ?a veces distante? constriñen de manera legítima las decisiones de los contemporáneos; que es lo que suelen hacer las Constituciones, no digamos la norteamericana. ¿Qué convierte en vinculantes a las Constituciones, pese al transcurso del tiempo? Su respuesta es que la deliberación pública durante los momentos constitucionales tiene rasgos especiales que la distinguen de la política ordinaria, lo que da a las innovaciones constitucionales así realizadas prioridad normativa sobre las decisiones posteriores. Esto es: si durante los períodos de política ordinaria los ciudadanos atienden mayormente a sus asuntos privados, en los momentos constitucionales el público se compromete con la deliberación pública en torno al interés general, adoptando, al menos en el nivel agregado, una posición relativamente imparcial. Por lo demás, el entusiasmo público exhibido durante esos períodos se conserva en el ánimo de los ciudadanos, como expresión del compromiso con la Constitución que contribuyen a crear. Pero lo decisivo es que se trata de mejores decisiones y tienen, por tanto, la prioridad correspondiente.

Esta teoría persigue resolver el muy norteamericano problema de la «legitimidad revolucionaria», el problema de la ilegalidad de los procedimientos mediante los cuales esos cambios se llevan a cabo. Para Ackerman, el problema se resuelve identificando una «tercera vía» que rechaza la dicotomía entre el legalismo ortodoxo y la fuerza bruta. En los momentos constitucionales, la ruptura de la legalidad no implica ilegalidad. ¿Cómo? No es necesario detallar aquí el intrincado conjunto de interacciones entre la movilización popular favorable al cambio constitucional y las distintas ramas del gobierno federal que describe Ackerman. En esencia, una vez que el movimiento político ha situado su agenda de cambio en el centro del debate público, se produce una fase propositiva y deliberativa, que a su vez se subdivide en momentos de resistencia conservadora, victoria electoral e *impasse* constitucional hasta que otra victoria electoral contundente ratifica el cambio en cuestión y

el Tribunal Supremo traslada la reforma a la doctrina constitucional. Esto habría sucedido en los tres momentos arriba citados, resolviéndose así el problema de la legitimación *a posteriori* de cada uno de esos episodios.

El momento constitucional es, así, un cambio extralegal de la Constitución. Pero, como ha señalado Sujit Choudhry, la pregunta que queda en el aire es por qué los actores políticos realizan un cambio constitucional *al margen* de los procedimientos establecidos. La respuesta es la existencia de una crisis. En estos momentos, que Choudhry denomina de «política constitutiva», los propios procedimientos de cambio constitucional entran en crisis, pues son también aquellos durante los cuales los fundamentos de la comunidad política son objeto de crítica existencial. En otras palabras: ¿cómo pueden las normas ordinarias de reforma constitucional regular los momentos de política constitutiva? Para Choudhry, la enseñanza de Ackerman para la perspectiva comparada es que existen límites a la capacidad de las formas constitucionales para regular la política constitucional; límites que son, también, los del propio constitucionalismo.

Pues bien, ¿de qué modo podemos aplicar la teoría del momento constitucional al caso español? Sería razonable pensar que algo parecido a un momento constitucional se produjo cuando las Comunidades Autónomas ordinarias, encabezadas por Andalucía, demandaron una vía rápida a la autonomía e inauguraron eso que luego vino en llamarse «café para todos». No podría decirse lo mismo, en cambio, del desarrollo posterior, entre político y jurisprudencial, del Estado de las Autonomías, que careció del elemento popular central a la tesis de Ackerman. Posteriormente, pudo pensarse que las movilizaciones del 15-M darían pábulo a un nuevo momento constitucional, pero la contundente victoria electoral del PP de Mariano Rajoy en las elecciones generales y el fracaso de Podemos en su pugna con el PSOE cancelaron esa posibilidad, relegando a los márgenes la demanda de un «cambio de régimen».

¿Y qué hay de la crisis catalana? Mal podríamos hablar de un momento constitucional para describir la ruptura unilateral del orden democrático por parte del movimiento independentista, que pretendía acabar con la vigencia de la Constitución en Cataluña antes que cambiar la Constitución para España. En cambio, es razonable preguntarse si no se aproximaría un poco más a la idea de Ackerman el *efecto* de la sublevación nacionalista en el resto de Cataluña y en España: allí, sacando a la luz la existencia de una comunidad no nacionalista poco dispuesta a transigir con los propósitos del independentismo; aquí, generando un sentimiento de hartazgo frente a las demandas nacionalistas que se traduciría en un tipo particular de «voluntad política», a saber, la de poner freno a la centrifugación del Estado y reclamar el aseguramiento de una cierta igualdad básica entre ciudadanos españoles, además de defender la existencia de una identidad nacional española cuyos símbolos habrían de ser rehabilitados como patrimonio común de todos los ciudadanos. De ser el caso, estaríamos ante un momento de cambio no recogido de momento en las normas constitucionales y que, de hecho, va en dirección contraria a la mayoría de las reformas propuestas, casi todas ellas de carácter federal.

A decir verdad, este hipotético «momento constitucional» está todavía lejos de confirmarse. Al igual que sucediera con el 15-M, la oposición explícita al nacionalismo ?cuyo estandarte ha alzado por el momento Ciudadanos? no se ha alzado con victoria electoral alguna. Por añadidura, la exitosa moción de censura de Pedro Sánchez ha otorgado la iniciativa a la propuesta de signo contrario, que es el

bilateralismo privilegiado por el PSOE como medio para la cauterización de las heridas abiertas por el *procés*. En el debate público, las posiciones siguen enfrentadas. Y mientras no sepamos qué quiere decir «federalismo» en boca de cada uno de sus defensores, será difícil que el debate se desplace en una u otra dirección. Las siguientes elecciones generales serán decisivas para medir el apoyo relativo del que goza cada una de las posiciones aquí discernibles. Siendo así que los resultados de las elecciones autonómicas en las Comunidades históricas son, y seguirán siendo, la más eficaz fuerza de veto contra cualquier cambio constitucional que pueda reforzar al Estado central o apunten hacia una más decidida igualdad entre españoles, sea cual sea su origen. Fin del *excursus*.

3. ¿Es posible la reforma constitucional?

Preguntarse por la viabilidad de la reforma constitucional es algo muy diferente de hacerlo por su conveniencia o necesidad, pero no cabe desvincular del todo ambos interrogantes; desear lo imposible no deja de ser un signo de romanticismo o inmadurez. Ni que decir tiene que la reforma constitucional, valga la tautología, es constitucional. El texto de 1978 recoge el procedimiento para su propia reforma en los artículos 166, 167 y 168. En consecuencia, la reforma es legalmente posible; otra cosa es que sea políticamente viable. Y en las dificultades que puede encontrarse la política para hacer una reforma influyen notablemente las dificultades que la Constitución misma plantea cuando explicita los procedimientos y las mayorías requeridas para llevarla a cabo. La reforma posible, para empezar, no es fácil.

Aunque de un tiempo a esta parte se haya convertido en un lugar común de nuestra esfera pública decir eso de que «si hay que reformar, se reforma, y no pasa nada», formulación que expresa o persigue la normalización de las reformas constitucionales, no parece que el constituyente estuviera de acuerdo. Nuestra Constitución exhibe una considerable «rigidez» que hace difícil su reforma; sobre todo, su reforma sustancial. Pedro de Vega ha explicado este rasgo a partir de la ausencia en nuestra norma suprema de toda «cláusula de intangibilidad», es decir, de la prohibición material de revisar aspectos concretos de la misma. Estas cláusulas, contra lo que pudiera pensarse, no son raras en el Derecho comparado: la constitución francesa de 1958 dice en su artículo 58 que «Ningún procedimiento de revisión puede ser iniciado o llevado adelante cuando se refiera a la integridad del territorio. La forma republicana de Gobierno no puede ser objeto de revisión»; la alemana de 1949 establece en su artículo 79.3 que «Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Estados o al principio de la cooperación de los Estados en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1 y 20»; y la Constitución italiana de 1947 prescribe en el artículo 139 que «La forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional». Si bien el constituyente español no quiso incluir cláusulas de este tipo con objeto de evitar cualquier comparación con el carácter «perpetuo e inmodificable» de los llamados «Principios Fundamentales del Movimiento», fijó un procedimiento formal de gran rigidez con objeto de hacer casi imposible su reforma.

Se trata de algo que, como también ha señalado Pedro de Vega, no deja ser lógico si se refieren a materias que otros textos constitucionales declaran irreformables. Y ello hasta el punto de que un mismo procedimiento, el agravado del artículo 168, exige dos consultas populares: una en las nuevas elecciones generales que siguen a la disolución de las Cortes tras la aprobación de la reforma propuesta por mayoría de dos tercios en cada cámara, y otra en referéndum tras la ratificación de la

propuesta por las nuevas Cortes. En el caso del procedimiento simplificado del artículo 167 -que puede reformar todo aquello que no se encuentre en el Título Preliminar, el Capítulo Segundo, Sección Primera del Título I, o el Título II?, bastará una mayoría de tres quintos en cada cámara y, en principio, no será necesario el referéndum (no lo ha habido, de hecho, cuando se ha reformado la Constitución para reconocer el sufragio pasivo de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales y con objeto de establecer la regla de estabilidad presupuestaria). Pero, y no puede minusvalorarse la relevancia de esta cláusula cuando tomamos en consideración la viabilidad de la reforma, el referéndum habrá de celebrarse «cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras» (artículo 167.3). Vale decir, al menos treinta y cinco diputados.

En sí mismo, como demostrarían las sencillas reformas ya efectuadas, el grado de exigencia del procedimiento no imposibilita la reforma: sólo lo dificulta. Mi sospecha, sin embargo, es que lo dificulta hasta hacerlo imposible en las actuales circunstancias políticas. En fin de cuentas, los procedimientos creados por las Constituciones ?ya sea para regular la política constitucional o la política democrática ordinaria? están lejos de ser neutrales. Tal como ha señalado Jeremy Waldron, los procedimientos políticos siempre reflejan concepciones en disputa sobre los valores que subyacen a ambos registros políticos: el constitucional y el ordinario. De ahí, por ejemplo, las críticas que hacen los populistas a las Constituciones liberales por no ser suficientemente participativas, o «democráticas», y las que hacen los nacionalismos en términos de falta de reconocimiento del sujeto soberano: las naciones de las que se predican portavoces.

Todo depende, ciertamente, de los presupuestos de que se parta. Cuando Santiago Muñoz Machado *et altera* proponen abrir un «tiempo de reformas» orientado a forjar consensos sucesivos sobre aquello que, a su juicio, exige ser reformado, señalan que para que esta operación sea exitosa «sería necesario un profundo cambio en la cultura política ?y, por tanto, en el actuar? de los partidos con representación parlamentaria». Pero esta formulación es, además de lógica, algo tramposa: si la cultura política fuese otra, quizá no habría necesidad de reformar la Constitución y podríamos dar un rumbo distinto a nuestra comunidad política sin necesidad de retocar la norma suprema. Ellos mismos matizan, razonablemente, que el consenso no existirá al comienzo del proceso de reforma, sino que será el resultado o la consecuencia de las negociaciones: el único consenso que se necesita para empezar se refiere a la voluntad de culminar la reforma. Y aunque con esto es fácil estar de acuerdo en el plano normativo, hay que tener en cuenta que una cosa es el proceso *imaginado* y otra el proceso *real*: algo sobre lo cual el *Brexit* nos ha dejado amargas lecciones. En ese sentido, la posibilidad de la reforma se vería lógicamente reforzada si todos los actores políticos exhibieran un compromiso explícito con ella. Sin embargo, incluso en ese caso podría suceder que cada uno de ellos se comprometiese exclusivamente con *su* reforma, fijando de entrada un conjunto de eso que ahora se llaman «líneas rojas» que jamás traspasarían. En ese caso, la negociación puede convertirse en una guerra de trincheras donde los vetos cruzados impidieran cualquier acuerdo.

Tal vez la pregunta más acuciante en este contexto sea la de si las reformas constitucionales que tienen en mente los distintos actores políticos en liza son compatibles entre sí. Ya se ha dicho que los partidos populistas desean un proceso constituyente que alumbre una república participativa en la que se constitucionalice el máximo número posible de derechos sociales. Por su parte, los socialistas

apuntan hacia un federalismo de rasgos aún inconcretos, pero que parece inclinarse por eso que se ha llamado «asimetría» en el reparto de bienes competenciales y simbólicos. Es algo que los conservadores no verán con tan buenos ojos, mientras que Ciudadanos no ha dejado de poner sobre la mesa el problema de la igualdad entre españoles como parte de un combate ideológico contra los presupuestos del nacionalismo. En cuanto a los actores nacionalistas, está por ver que también ellos crean que una reforma federalizante es la solución a una crisis territorial que no sabemos si quieren «solucionar». Hace un par de semanas, José Antonio Zarzalejos apuntaba, en el marco de un curso de verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, que los nacionalistas se sienten cómodos en la «viscosidad jurídica» y no en un reparto claro y preciso de competencias de cada poder del Estado. Asimismo, no es descabellado anticipar que los españoles ?si es que son preguntados en una encuesta? se manifestarán generalmente favorables a un federalismo racional que no vaya en desdoro de la igualdad entre ciudadanos. Es dudoso, en cambio, que esos mismos ciudadanos abracen una reforma de signo confederal: una cosa es vivir con un confederalismo *de facto* y otra es discutirlo y aprobarlo explícitamente en el marco de un proceso deliberativo inevitablemente contaminado por la lucha electoral y con el recuerdo aún vivo del *procés*.

¿Son compatibles, en fin, estas reformas? No lo parece. Y es evidente que la obligación o posibilidad ?incluso en el procedimiento simplificado? del referéndum complica mucho el recurso a una solución orquestada desde la elite. Por dos razones elementales: ¿aceptarán fácilmente los populistas una reforma que no cuestione la Jefatura del Estado o deje de incorporar nuevos derechos sociales y mecanismos de participación? Puede que la aritmética parlamentaria impida a los nacionalistas exigir tal referéndum, pero, ¿podría hacerse una reforma *contra* los nacionalistas, cuando se trata de solucionar con ella la crisis territorial? Más aún, ¿puede justificarse una reforma que no incluya una consulta popular en una época dominada por el argumento populista? Difícilmente. Así las cosas, ¿podría someterse a referéndum una reforma que corriese el riesgo de recibir un débil apoyo popular? No hace falta preguntar a David Cameron ni a Matteo Renzi: la posibilidad de que la reforma fuese rechazada en las provincias catalanas o vascas, o que recibiese el rechazo de una parte de los jóvenes por no haber cuestionado la monarquía, es suficiente para contemplar esa opción con justificado recelo. En otras palabras: la reforma constitucional necesita de un consenso que no existe ni parece realista esperar en el medio plazo. Y sería una frivolidad inaceptable *forzar* una reforma constitucional que no disfrutase del mismo.

Por otro lado, si bien la reforma difiere notablemente de un proceso constituyente, las expectativas generadas por ella trascienden las de un mero retoque técnico. Está investida, por el contrario, de un alto valor simbólico: el que le hemos dado. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía en 1978, no existe una razón incontestable para hacerla. Entonces, no había Constitución y era necesario proveerse de una; hoy, tenemos una y no es imprescindible ?aunque pudiera ser aconsejable? reformarla. No concurren hoy el miedo (a la regresión) ni la esperanza (en la democracia venidera) que animaron el compromiso forjado en la Transición. Si la aprobación de la Constitución era entonces insoslayable, su reforma es hoy aplazable. Y eso, se quiera o no, influye en la psicología de los actores implicados.

Análogamente, habría que preguntarse si estamos realmente ante el momento apropiado para hacer la reforma. Es una cruel paradoja del reformismo, y no sólo del constitucional, que el incentivo para

cambiar las cosas es mayor en época de crisis, pero las épocas de crisis generan a menudo malas reformas; cuando la crisis ha terminado, el deseo de reforma disminuye considerablemente. En nuestro caso, resulta más que discutible que pueda afrontarse una reforma de la organización territorial cuando todavía está tan presente la sublevación del nacionalismo catalán. ¿Es acaso concebible que un hipotético proceso de reforma *ignore* las lecciones del *procés*? O, si se prefiere, ¿podemos reformar la Constitución para resolver los problemas creados por el nacionalismo, que ha sido desleal con la formidable descentralización consagrada en 1978, suspendiendo nuestra incredulidad en lo que a la naturaleza del nacionalismo se refiere? Incluso: ¿podemos echar en saco roto aquello que hemos aprendido sobre el pluralismo interior de Cataluña, dejando de garantizar los derechos de aquellos ciudadanos catalanes que no comulgan con los presupuestos del nacionalismo?

Tomemos al Senado como ejemplo. Durante al menos veinte años hemos venido diciendo que se trata de una cámara inútil que no cumple su función y que, por tanto, su reforma constitucional es una prioridad. Y está bien que así se diga. Pero, ¿de qué serviría reformar el Senado, otorgándole nuevos poderes o deberes de coordinación, si los partidos nacionalistas van a seguir condicionando las alianzas políticas en el Congreso de los Diputados, haciendo *de facto* política regional en la cámara que habría de representar al conjunto de los ciudadanos *en cuanto* españoles? De nada, seguramente. Pero tampoco cabe, siendo realistas, neutralizar la fuerza de los nacionalistas en el Congreso por otra vía que no sea el improbable acuerdo de los partidos no nacionalistas: la idea de aplicar de manera sobrevenida una barrera electoral de exclusión que los dejase fuera del hemiciclo, defendida últimamente por Ciudadanos, es poco afortunada. Esto no supone que el Senado no pueda reformarse: sólo que no puede esperarse demasiado de su reforma. Dicho de otra manera: no puede reforzarse el federalismo de nuestro Estado mediante una reforma constitucional sin la «lealtad federal» (*Bundestreue*) de los actores políticos nacionalistas.

Tiene así la reforma algo de trágico, porque los bienes en conflicto no son conciliables. No podemos descartar que un proceso negociador, una vez iniciado, pudiera crear dinámicas imprevistas que condujesen a resultados milagrosos. Por desgracia, la comisión parlamentaria para la reforma constitucional ahora en marcha ha ido languideciendo por la palmaria ausencia de eso que se denomina «voluntad política»; hasta el punto de que los partidos nacionalistas se han negado a pasar por ella. Tal vez sería aconsejable que el discurso sobre la reforma adoptase una tonalidad nueva, más alejada de la épica refundadora de la que a menudo quiere revestirse y, a la vista de la situación aquí descrita, subrayase la relación entre democracia y frustración: porque sólo cuando cada actor político acepte que no puede conseguir todo lo que desea será posible empezar a entendernos. Aunque también puede ser que ese día, si llega, no sólo haga más fácil la reforma de la Constitución, sino que nos convenza de que podemos mejorar la democracia española sin reformar ?al menos no de manera sustancial? la Constitución misma. En fin: si la reforma constitucional es hoy necesaria pero imposible, nada sería más deseable que poder decir algún día que se ha vuelto posible pero también innecesaria.