

LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS CONDICIONANTES: UNA REFLEXIÓN A LOS TREINTA AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGOR

Javier PÉREZ ROYO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La monarquía como presupuesto del proceso constituyente y como resultado de éste*. III. *Las fuerzas armadas*. IV. *La mención de la Iglesia católica y el derecho a la educación*. V. *La composición de las Cortes Generales*. VI. *La estructura del Estado*. VII. *Conclusión*. VIII. *Estado del arte*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de este artículo puede ser abordado desde múltiples perspectivas, entre las que he optado por las dos siguientes:

- 1a. La perspectiva contrafactual. Puesto que la Constitución es la que es porque la transición a la democracia se hizo en España de la forma en que se hizo, ¿qué Constitución es la que podríamos haber tenido en el caso de que la transición se hubiera hecho de otra manera?
- 2a. La perspectiva de la Constitución realmente existente como consecuencia del proceso de transición que efectivamente se produjo.

Aunque a primera vista ambas perspectivas parecen muy distintas y parece que deberían conducir a resultados completamente diferentes, en realidad no es así. Más bien lo contrario. Se llega a resultados bastante coincidentes. A partir del proceso de elaboración de la Constitución tal como realmente fue, es decir, como un proceso que se descompuso en dos fases, una primera, en la que se procedió a una voladura controlada

del régimen de las leyes fundamentales nacido de la guerra civil, siguiendo el procedimiento de reforma en ellas previstas, para pasar en la segunda a un proceso constituyente relativamente convencional, pero muy marcado por la forma en que se había tenido que recorrer la primera fase, podemos deducir lo que la Constitución hubiera sido con un proceso de elaboración distinto, en el que no se hubiera producido la mencionada voladura controlada, sino una ruptura con el régimen nacido de la guerra civil, y se hubiera puesto en marcha el proceso constituyente bajo la dirección de un gobierno provisional, que hubiera convocado unas elecciones a Cortes constituyentes.

Antes que nada hay que decir que, independientemente de cómo se hubiera hecho la transición, había límites para el ejercicio del poder constituyente, que no podrían haber sido traspasados. España era, a mediados de los setenta, el país que era. Un país europeo occidental, el último país europeo occidental que todavía no se había constituido democráticamente después de la Segunda Guerra Mundial. Cuando se inicia la transición tras la muerte del general Franco, había un modelo europeo de Estado constitucional democrático perfectamente definido. Con variantes diversas, pero con confines inequívocos. Estábamos en un momento de guerra fría, que se vivía con particular intensidad, sobre todo en Europa. Hoy sabemos que ya en ese momento el modelo comunista estaba muy minado, y que tenía perdida la guerra, pero entonces no lo sabíamos. De ahí la comprensión, por decirlo de manera suave, de golpes de Estado, como el de Pinochet en Chile, o la tolerancia casi inmediatamente después de dictaduras militares, como la que se impuso en Argentina, o las reservas no disimuladas ante la fuerte presencia del PCI en el sistema político italiano, construido inicialmente con base en la Constitución de 1947, que quedó bloqueado y acabó descomponiéndose de manera definitiva en las décadas finales del pasado siglo. Por lo demás, en ese momento ya se había avanzado de manera significativa en la construcción de lo que acabaría siendo la Unión Europea, y era evidente que el objetivo de cualquier país que iniciara un proceso de recuperación de la democracia no podía ser otro que integrarse en las comunidades europeas, lo que coloquialmente se conocía como el mercado común.

El margen de maniobra del que hubiera dispuesto cualquier país europeo para el ejercicio del poder constituyente era limitado. Dicho margen de maniobra se reducía tanto más cuanto más débil fuera el país. Y no se puede perder de vista que en los años setenta únicamente Grecia, Portu-

gal y España entre los países europeos occidentales no estaban constituidos democráticamente, y que los tres venían ocupando desde que se inició el constitucionalismo, una posición muy subalterna en el concierto europeo.

En el caso español disponíamos además de lo que podríamos denominar la *vacuna portuguesa*, sobre la que no creo que sea preciso extenderse en un artículo como este. A Portugal se le hizo ver de manera inequívoca cuáles eran los límites para un proceso constituyente digamos revolucionario a mediados de los setenta. A España no hizo falta, porque la experiencia portuguesa estaba a la vista, de la misma manera que el fracaso de la política de ruptura con el capitalismo del primer gobierno Mitterand vacunaría al primer gobierno presidido por Felipe González en 1982.

Hubiera sido como hubiera sido la transición a la democracia, la Constitución estaba prefigurada en sus elementos esenciales. Tendría que ser una Constitución democrática europea, reconocible como tal, por utilizar la expresión del Tribunal Constitucional para definir el contenido esencial de los derechos fundamentales (STC 11/1981).

Ahora bien, esto no quiere decir que la Constitución hubiera tenido que ser la que ha sido. Límites en el ejercicio del poder constituyente no es sinónimo de determinismo constitucional. El margen de maniobra no era ilimitado, pero había margen de maniobra.

En mi opinión, con un proceso de transición distinto, que hubiera desembocado en un proceso constituyente convencional, que no hubiera tenido que ser pactado por los partidos democráticos con las fuerzas del régimen del general Franco o, mejor dicho, que no hubiera tenido que ser pactado por las fuerzas de dicho régimen con los partidos democráticos, la Constitución habría sido distinta al menos en los siguientes extremos:

- 1o. Hubiera sido una Constitución republicana en lugar de una Constitución monárquica.
- 2o. No hubiera figurado la mención a las fuerzas armadas en el título preliminar.
- 3o. No habría figurado la mención a la Iglesia católica en el artículo 16, y, en conexión con ello, no figuraría el derecho a la educación en los términos en que figura en el artículo 27.
- 4o. La composición de las Cortes Generales no sería la de los artículos 68 y 69 de la Constitución.
- 5o. La descentralización política se habría efectuado de manera distinta.

En estos cinco extremos estoy seguro de que la Constitución hubiera sido distinta. En lo demás, creo que habría sido la misma. Redactada de una manera más o menos distinta, pero la misma. Los derechos habrían sido constitucionalizados como derechos fundamentales, el régimen político habría sido un régimen parlamentario, el sistema de fuentes del derecho sería el que es, la cláusula de apertura a la Unión Europea sería la del artículo 93, los principios constitucionales del Poder Judicial habrían sido los del título VI, y las garantías constitucionales, reforma y justicia constitucional figurarían como figuran en los títulos IX y X.

Quiero decir, con ello, que los condicionantes del proceso de elaboración de la Constitución se circunscriben, en mi opinión, a esos cinco extremos: monarquía, fuerzas armadas, Iglesia, composición de las Cortes Generales y estructura del Estado.

Son extremos importantes, aunque no todos fueron igualmente importantes en el momento de la transición y, sobre todo, no todos continúan teniendo la misma importancia tras la entrada en vigor de la Constitución. La Constitución habría sido distinta de la vigente, así como también lo habría sido el sistema político resultante de su aplicación respecto del que hoy tenemos. No estoy seguro de que hubiera sido mejor ni tampoco de que hubiera sido peor. De lo que estoy seguro es de que habría sido distinto.

II. LA MONARQUÍA COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO CONSTITUYENTE Y COMO RESULTADO DE ÉSTE

La monarquía no fue objeto de debate en el proceso constituyente. Los partidos tuvieron que aceptar la opción por la monarquía o, dicho de otra manera, descartar la República, para que el primer paso del proceso constituyente, la convocatoria de las elecciones del 15 de junio de 1977, pudiera darse. Cuando se celebraron dichas elecciones, la decisión constitucional ya había sido adoptada. De ahí que en las actas de las Cortes Constituyentes no quede más rastro que el voto particular testimonial del PSOE en el primer proyecto de Constitución y algunas posiciones muy minoritarias de Esquerra Republicana de Catalunya o del senador Xirinach de la Entessa.

Éste fue el primer condicionante del proceso de elaboración de la Constitución. España había sido definida como reino en las leyes fundamentales del régimen nacido de la guerra civil y, en consecuencia, dado

que la transición se hizo de la manera ya conocida, no cabía duda de que esa definición preconstitucional de España como reino no podía ser puesta en cuestión. La restauración de la monarquía se había efectuado por el general Franco, pero no podía ser puesta en cuestión en el proceso de transición a la democracia.

Esto debe ser expresamente subrayado. La monarquía no es antidemocrática, sino simplemente a-democrática, pero la monarquía en España fue restaurada antidemocráticamente, como consecuencia de un golpe de Estado contra un régimen democráticamente constituido, y fue esta monarquía antidemocráticamente restaurada la que tuvo que ser aceptada como paso previo para el ejercicio del poder constituyente. En términos constitucionales, la monarquía es la huella más inequívoca del régimen del general Franco en nuestra fórmula de gobierno. Fue un condicionante que se insertó en la Constitución, que se convirtió en derecho constitucional.

La finalidad del condicionante es clara. Mejor dicho, era clara, pues no acabó operando como se suponía que lo haría o, al menos, como se suponía que lo haría para quienes más insistieron en su inclusión en el texto constitucional.

La monarquía en el Estado constitucional ha sido un elemento competidor de la legitimación democrática del poder. La competición política en el Estado, en todo Estado, necesita un árbitro. El único árbitro conceptualmente aceptable es el cuerpo electoral. Competición entre elites arbitrada periódicamente por el cuerpo electoral. En esto consiste todo sistema político democrático. En el día de hoy esto ya no se discute. Pero históricamente sí se ha discutido. En España en particular, dada la debilidad del arbitraje electoral hasta la Segunda República, el sistema político no pudo prescindir hasta ese momento del arbitraje regio. La Corona no había dejado de ser nunca hasta 1931 el árbitro del sistema político. No lo había sido nunca o casi nunca de manera exclusiva y no lo había sido siempre con la misma intensidad, pero no había dejado de serlo nunca. Mantener como reserva de legitimidad esta instancia a-democrática, pero impuesta antidemocráticamente, es, obviamente, lo que implicaba, en principio, la imposición de este condicionante.

Juan Carlos I hizo uso de su función arbitral desde el momento en que, tras la muerte del general Franco, tuvo posibilidad de hacerlo. En realidad, dicha función arbitral fue una pieza decisiva para que la primera parte de la transición, la voladura controlada del régimen nacido de la

guerra civil, se hiciera como se hizo. Sin el arbitraje del rey la operación no hubiera sido posible de la forma en que se hizo. Se habría tenido que hacer de una forma distinta. Con ello no quiero decir que el rey fuera el artífice de la transición, como a veces se deja caer con cierta ligereza, pero sí subrayar que fue una pieza muy importante en la implementación del proceso a través del cual se hizo real y efectivamente la transición.

Esa función arbitral se expresó entre el momento de la muerte del general Franco y la celebración de las elecciones del 15 de junio de 1977 en varios momentos decisivos. En el ejercicio de esa función arbitral se expresa con mucha precisión lo que fue la transición, esa combinación de continuidad con el pasado para acabar en una fórmula política no ya distinta, sino completamente antagónica.

El primero de ellos fue el mantenimiento de Carlos Arias Navarro como presidente del primer gobierno de la monarquía. El segundo, la exigencia indirecta a Carlos Arias Navarro de su dimisión a través del episodio de las declaraciones a la revista *Newsweek*, en las que calificó su gestión como un “desastre sin paliativos”. El tercero, su indicación al entonces presidente del Consejo del Reino, Torcuato Fernández Miranda, de que intentara conseguir que Adolfo Suárez figurara en la terna que dicho órgano le tenía que proponer para la designación de presidente del gobierno. El propio Torcuato Fernández Miranda diría a la salida de la reunión del Consejo del Reino en que se había elaborado la terna que estaba en condiciones de ofrecer al rey lo que éste le había pedido. El cuarto fue la elección de Adolfo Suárez, que figuraba el tercero en la propuesta del Consejo del Reino frente a los dos primeros, Federico Silva y López Bravo.

El inicio de la voladura controlada de las leyes fundamentales del régimen nacido de la guerra civil se dirigió por el rey, haciendo uso de su función arbitral. Sin esa reserva de legitimidad de la que es depositaria la institución monárquica, y que es tanto más intensa cuanto más ausente está el principio de legitimidad democrática, no hubiera sido posible que la primera fase de la transición se hubiera podido desarrollar como efectivamente se desarrolló.

En la segunda fase de la transición, en el proceso constituyente relativamente convencional mediante el cual se elaboró la Constitución, la función arbitral del rey brilla por su ausencia, ya que no es imaginable, aunque no se pueda demostrar, que el rey no estuviera al tanto y no diera su consentimiento a la exigencia que se les hizo a todos los partidos de la

oposición democrática de que la monarquía no podía ser puesta en cuestión en el proceso constituyente, así como también al compromiso constitucional a través del cual se decidió la posición de la monarquía en la futura Constitución democrática.

En la Constitución, la función arbitral del rey desaparece, a pesar de que en el artículo 56.1, CE, se afirma que el rey “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones”. No hay en el resto del texto constitucional ninguna atribución específica que le permita al rey ejercer esa función arbitral, y no ha habido desde la entrada en vigor de la Constitución momento alguno en el que el rey haya ejercido tal función, a pesar de que en alguna ocasión se le han hecho invitaciones interesadas en ese sentido, en particular en momentos de tensión entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo o por parte de algún alto mando del ejército.

Y es así, porque el principio de legitimación democrática es incompatible con cualquier otro, porque es un principio que no admite excepción de ningún tipo. Respecto de la legitimación democrática, no puede predicarse lo de que no hay regla sin excepción. La excepción en este terreno es siempre contravención de la regla. De ahí que no pueda haber una sola manifestación de poder en el Estado que no tenga una relación directa o indirecta con dicho principio de legitimación. Ello excluye que una magistratura hereditaria y, por tanto, a-democrática, pueda ocupar algún lugar en el ejercicio del poder.

Dado que el principio de legitimación democrática no podía no ser el fundamento de la nueva Constitución, la definición de la monarquía y la posición constitucional de la Corona en la economía del texto constitucional estaba predeterminada. La monarquía tenía que figurar después del principio de legitimación democrática, y la Corona tenía que figurar como un órgano, pero no como un poder del Estado. Así se haría. En el artículo 1.2 figuraría el principio de legitimación democrática: “la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado”. En el artículo 1.3 figuraría la definición de la monarquía: “la forma del Estado español es la Monarquía parlamentaria”. La posición de la Corona se apartaría de la ubicación que tuvo el rey en todas las Constituciones monárquicas del siglo XIX, en las que figuraba como titular del Poder Ejecutivo en el título inmediatamente posterior al dedicado a las Cortes, para situarse en el título II, inmediatamente antes del dedicado a las Cortes, con el que, con la referencia al principio de legitimidad demo-

crática en el primer inciso del primer artículo de dicho título, el constituyente indica que se empiezan a configurar los poderes del Estado, dejando a la Corona fuera de los mismos.

La monarquía, como presupuesto del poder constituyente, fue una monarquía completamente distinta a la monarquía como resultado del ejercicio de dicho poder constituyente. La primera era una institución antidemocrática. La segunda es una institución a-democrática. Ese tránsito de una a otra no hubiera podido hacerse sin el consentimiento y la participación activa del rey Juan Carlos, que de esta manera selló por primera vez en nuestra historia político-constitucional el compromiso de la institución monárquica con la democracia.

Ese compromiso lo refleja perfectamente la Constitución de 1978, que es la que con más diaphanidad y con menos interferencias expresa el principio de legitimación democrática del poder. Del artículo 1.2, principio de legitimación democrática, se pasa al 66.1, legitimación democrática directa de las Cortes Generales, al 99, investidura del presidente del gobierno por el Congreso de los Diputados y al 117.1, legitimación democrática del Poder Judicial mediante la sumisión únicamente al imperio de la ley. No ha habido ninguna Constitución española anterior, ni siquiera la republicana de 1931, que haya expresado con tanta diaphanidad y tan libre de interferencias la cadena de la legitimación democrática de los poderes del Estado, ya que en esta última la configuración constitucional del presidente de la República le permitía interferir en el proceso de legitimación democrática del poder de una manera perturbadora.

Visto con la perspectiva que nos da el paso del tiempo, no podemos decir que el condicionante monárquico afectara negativamente al proceso de definición democrática de nuestra fórmula de gobierno. La inclusión de la monarquía en la Constitución fue un magnífico ejemplo de hacer de necesidad virtud.

El compromiso de la democracia con la monarquía y de la monarquía con la democracia se ha respetado escrupulosamente desde la entrada en vigor de la Constitución tanto por las autoridades democráticamente elegidas como por los miembros de la Casa Real. De ahí que, como indican todos los estudios de opinión, la alternativa de la República no cuente en este momento con apoyo significativo en la sociedad española.

Ahora bien, no se puede pasar por alto que no ha habido propiamente una decisión constituyente por parte del pueblo español sobre la monarquía. Éste es un elemento de fragilidad de la institución monárquica en

nuestro sistema político difícilmente evaluable, pero que está ahí. En todo caso, de lo que no cabe duda es de que la restauración de la monarquía por el régimen nacido de la guerra civil condicionó de manera determinante el proceso de elaboración de la Constitución.

III. LAS FUERZAS ARMADAS

La inclusión de las fuerzas armadas en el título preliminar de la Constitución, inmediatamente después de los partidos políticos y los sindicatos y asociaciones empresariales como instituciones de relevancia constitucional, jamás se habría producido si la transición a la democracia se hubiera hecho de otra manera. El texto del artículo 80. de la Constitución reproduce prácticamente el del artículo 37 de la última de las leyes fundamentales aprobadas en vida del general Franco, la Ley Orgánica del Estado, de 1967. No consta que en este caso hubiera presión expresa de ningún tipo para que la mención de las fuerzas armadas se hiciera de la forma en que se hizo, pero no cabe duda de que en el contexto de otra transición, dicha mención hubiera sido impensable. Se trata, por lo demás, de una mención insólita en el derecho comparado de nuestro ámbito histórico y cultural.

La mención de las fuerzas armadas está conectada con el condicionante monárquico que acabamos de analizar, y cumplía una finalidad concomitante con la de éste. En ambos casos se trataba de enviar una señal a las futuras autoridades democráticamente elegidas de que hay otros poderes que, aunque no tengan legitimación democrática, existen. El recuerdo de una especie de poder militar, tradicionalmente vinculado a la figura del rey, se dejaba en la Constitución, sin que se pudiera precisar ni poco ni mucho lo que eso podía significar, pero se dejaba. Un cierto aire de tutela sobre el poder democráticamente constituido se deducía, tras la constitucionalización de la monarquía, de la incorporación de las fuerzas armadas a la parte noble de la Constitución, sometida al proceso de reforma agravado del artículo 168, CE, en la que figuran las decisiones políticamente constitucionalmente conformadoras del Estado, los principios políticos y jurídicos inspiradores, y fundamentadores de todo el sistema y la mención de las asociaciones indispensables para el funcionamiento del Estado democrático: los partidos políticos.

Los términos en que está redactado el artículo 80., en el contexto en que se hizo la transición, eran preocupantes. En primer lugar, porque se

les atribuía una misión sin prever expresamente que únicamente podrían ser llamados a la misma por los órganos constitucionales legitimados para ello, Cortes Generales y gobierno de la nación, y en segundo, porque la misión de la defensa de la integridad territorial podía tener una lectura tanto externa, frente a una agresión de otro Estado, en cuyo caso no habría nada que decir, como interna, frente a la voluntad de constituirse como Estado independiente de alguna de las nacionalidades o regiones cuyo derecho a la autonomía se reconocía en el artículo 2o., CE, lo que resulta completamente inaceptable. Las fuerzas armadas no pueden tener ninguna misión que cumplir frente a un referéndum como el que se ha celebrado en Montenegro recientemente o como los que se celebraron en su día en Québec. Ése es un asunto que tiene que ser resuelto por las autoridades civiles sin interferencia alguna de las fuerzas armadas.

Esta mención no tuvo desarrollo posteriormente en el texto constitucional, y la interpretación que se hizo de la misma en la legislación inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Constitución ha sido impecable desde una perspectiva democrática. Las distintas leyes orgánicas (básicamente LO 6/1980 y 1/1984) que han regulado la defensa nacional y la organización militar han dejado claro que no existe un poder militar, sino únicamente un poder civil, democráticamente legitimado, y que las fuerzas armadas únicamente pueden ser llamadas a cumplir la misión que el artículo 8o. les asigna por el gobierno de la nación previa autorización por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (artículo 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio).

Por lo demás, la amenaza de la posible afirmación de un poder militar vinculado a la monarquía que ejerciera una tutela sobre el poder civil desaparecería tras el fracaso del golpe de Estado del 23 F de 1981. Es obvio que, a partir de esa fecha, la interpretación que cabe hacer de los dos condicionantes que estamos examinando es muy distinta de la que se podía hacer antes de ese día. Ambos operaron de una manera distinta a lo que podían haber previsto quienes los pusieron como condicionantes para la transición a la democracia. El intento de golpe de Estado de 1981 tuvo como resultado la confirmación de la vinculación de la monarquía con la democracia, e hizo desaparecer la sombra de un poder militar en el nuevo sistema político definido por la Constitución de 1978.

La presencia de ambos condicionantes en el texto constitucional no nos dice prácticamente nada en el día de hoy sobre el funcionamiento de

nuestro sistema democrático, pero es un indicador de la manera en que se hizo la transición a la democracia.

IV. LA MENCIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La mención de la Iglesia católica que figura en el artículo 16, en el que se reconoce el derecho a la libertad religiosa, es la expresión del tercero de los condicionantes que operó en el proceso constituyente.

En realidad, dicha mención es materialmente anticonstitucional. No lo es formalmente, porque la puso el constituyente. Pero materialmente sí lo es. El reconocimiento de la libertad religiosa no puede ir acompañado de la mención de ningún tipo de confesión. Es una contradicción en los términos. En la lógica del Estado constitucional no cabe nada más que el reconocimiento del derecho y la garantía de su ejercicio. Como consecuencia de dicho ejercicio resultará después una determinada realidad religiosa, que tiene o puede tener una gran importancia desde un punto de vista sociológico e incluso político, pero que constitucionalmente tiene que ser irrelevante. Es obvio que, con una transición distinta, dicha mención no hubiera figurado en la Constitución.

De la misma manera que hubiera sido muy distinta la redacción que se le hubiera dado al artículo 27, en el que se reconoce el derecho a la educación, en la Constitución únicamente debería figurar la obligación que supone para el Estado garantizar el ejercicio del derecho a la educación, que es un derecho con una vertiente prestacional muy importante. El constituyente tenía que haber dejado que fueran las autoridades democráticamente elegidas de acuerdo con lo previsto en la Constitución, las que después definirían el modelo educativo según los programas a los que los ciudadanos dieran su apoyo. La hipoteca que para un modelo público de prestación del servicio educativo supone la redacción del artículo 27, CE, únicamente se explica por la forma en que se produjo la transición.

De la misma manera que únicamente se explican a través de ella los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede firmados el 3 de enero de 1979, es decir, formalmente posconstitucionales, pero materialmente preconstitucionales, a través de los cuales se desarrollaron parcialmente los artículos 16 y 27 de la Constitución de una manera constitucionalmente más que dudosa, por decirlo de forma suave.

Las relaciones entre la Iglesia y el Estado han quedado definidas en unos términos en los que está muy presente la posición alcanzada por la Iglesia en el régimen nacido de la guerra civil, y que no es explicable en un Estado democrático laico. A diferencia de los dos primeros condicionantes, cuya presencia tuvo importancia en los momentos de la transición y de la inicial puesta en marcha de la Constitución, pero que han dejado de ser después problemas para el funcionamiento de la democracia española, este de las relaciones Iglesia/Estado se ha ido convirtiendo en un problema progresivamente más agudo con el paso de los años. Es, por tanto, un condicionante que está gravitando sobre nuestro sistema político con una intensidad, que si no es, ni de lejos, similar a aquella con que gravitó en otros momentos de nuestra historia política y constitucional, sí es mucho mayor de lo que razonablemente cabría esperar en una sociedad democrática europea a estas alturas de la historia.

A los casi treinta años de la entrada en vigor de la Constitución, creo que se puede afirmar que la democracia española no ha aprobado todavía la asignatura de sus relaciones con la Iglesia católica.

V. LA COMPOSICIÓN DE LAS CORTES GENERALES

Los tres condicionantes de los que hemos hablado hasta ahora vienen de lejos, de tan lejos como el propio Estado constitucional. La monarquía, las fuerzas armadas y la Iglesia católica han sido elementos esenciales en la vida político-constitucional española desde que se inicia el proceso de construcción del Estado constitucional tras la invasión francesa en 1808. Han sido problemas no para la democracia en España, sino para la conservación de un régimen constitucional. La presencia de esos tres institutos como problemas en el pasado es la que gravitó de manera inequívoca en el momento de la transición, y la que condicionó de la forma que se acaba de ver la elaboración de la Constitución.

El condicionante que vamos a examinar a continuación no es un condicionante histórico, sino que es un condicionante que tuvo su origen en el propio proceso de la transición. Es, justamente por ello, la huella más importante de la transición en nuestro texto constitucional, y la que gravita con más intensidad sobre nuestro sistema político.

Parece increíble, pero el órgano constitucional más importante, el único legitimado democráticamente de manera directa y a través del cual reciben su legitimación democrática los otros dos poderes del Estado, el

Ejecutivo y el Judicial, no fue definido a través del ejercicio del poder constituyente, sino que se definió con base en la última de las leyes fundamentales de Franco: la Ley para la Reforma Política de 1976, tal como fue desarrollada por el Real Decreto-ley del 15 de abril de 1977, por el que se reguló la convocatoria de las elecciones del 15 de junio de 1977. En el proceso constituyente se reprodujo exactamente la composición del Congreso de los Diputados que figuraba en dicho Decreto-ley, y casi exactamente la del Senado. Hay senadores autonómicos, pero son claramente minoritarios respecto de los senadores provinciales, que era la fórmula del Real Decreto-ley de 1977.

Con mucha diferencia la decisión que se adoptó por la Ley para la Reforma Política y por el Real Decreto-ley de abril de 1977 de que las primeras Cortes elegidas democráticamente fueran Cortes bicamerales y con una composición del Congreso de los Diputados y, sobre todo, del Senado, que beneficiaba de manera clara a la derecha española, fue la que más condicionó el proceso de elaboración de la Constitución y la que acabó dejando la huella más profunda en su texto.

La decisión más importante que se puede tomar sobre la redacción de una norma jurídica es la relativa a la composición del órgano que tiene que redactarla. Una vez decidida la composición del órgano, el contenido de la norma está prefigurado. Y esto ocurrió en el proceso constituyente de 1977-1978, a pesar de que el resultado de las elecciones del 15 de junio de 1977 fue mucho menos favorable a los partidos de derecha de lo que había previsto el gobierno presidido por Adolfo Suárez. Pero aún así, aunque el resultado proporcionó un equilibrio entre la derecha y la izquierda, que hizo inevitable que las Cortes devinieran constituyentes, tanto aritmética como políticamente la derecha estaba en una posición de ventaja en la negociación del texto constitucional.

Prueba de ello son los condicionantes que ya hemos visto y, sobre todo, éste. Aunque inicialmente nadie pensaba que la composición de las Cortes Generales elegidas el 15 de junio podía ser la composición que tendría el órgano en la Constitución, no fue posible llegar a un acuerdo sobre la composición de las mismas, reproduciéndose, en consecuencia, la composición definida pre y anticonstitucionalmente en el Decreto-ley del 15 de abril.

Este incidente es la expresión más clara de un problema constitucional que venimos arrastrando en España desde los orígenes mismos de nuestra historia constitucional. Los españoles no hemos sido capaces de ejer-

cer nunca el poder constituyente en circunstancias de normalidad, sino que únicamente hemos sido capaces de ejercerlo en circunstancias extremas, cuando no podíamos no ponernos de acuerdo porque estábamos al borde del abismo. Por eso, no hemos sido capaces de reformar la Constitución una vez que la habíamos aprobado. La incapacidad para hacer la reforma es la expresión más clara de nuestro ejercicio patológico del poder constituyente.

La reforma de la Constitución es el ejercicio normalizado del poder constituyente, es la expresión de que una sociedad es capaz de renovar su voluntad de vivir juntos bajo una misma norma no porque no se tiene más remedio, como suele ocurrir en los procesos constituyentes originarios, sino porque voluntariamente así se acuerda. El país está constituido, y no es, en consecuencia, indispensable ponerse de acuerdo para hacer indispensable la convivencia. Se hace la reforma porque se estima conveniente, porque se valora positivamente la fórmula de gobierno de que se dispone y se la reforma para perfeccionarla y para conseguir que aumenten sus posibilidades de duración indefinida. Esto es algo que se ha hecho con normalidad en los países democráticamente constituidos, pero que no hemos sido capaces de hacer en España, ni antes de 1978 ni tampoco desde entonces.

La decisión sobre la composición de las Cortes Generales era la única decisión materialmente reformadora que tenían que adoptar las Cortes elegidas el 15 de junio de 1977. La composición de las Cortes ya estaba fijada. Era el único contenido obligatorio de la Constitución del que ya se disponía. Todo lo demás había que construirlo de nueva planta, pero las Cortes Generales ya existían. Se trataba de darle una composición diferente. Y no fue posible. La tradicional incapacidad de la sociedad española para tomar decisiones constituyentes de manera voluntaria se volvería a poner de manifiesto en el proceso constituyente de 1977-1978, de la misma manera que se volvería a poner de manifiesto desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Obviamente, con una transición que no se hubiera hecho como efectivamente se hizo, este condicionante no habría podido darse. Las Cortes Constituyentes habrían sido unas Cortes unicamerales, que habrían estado obligadas, en el caso de que decidieran constituir un Estado políticamente descentralizado, a incluir en la Constitución unas Cortes bicamerales, lo que les hubiera obligado a tomar una decisión propia sobre la composición de las mismas. El caso es que no fue así, y que, como conse-

cuencia de ello, la institución a través de la cual se produce la asignación del poder a partir del ejercicio del derecho de sufragio por parte de los ciudadanos y a través de la cual se ejerce dicho poder en nombre de ellos, sigue siendo un instrumento pre y antidemocráticamente diseñado, aunque acabara siendo ratificado por las Cortes constituyentes y aprobado en referéndum. Unas verdaderas Cortes constituyentes convocadas como tales por un gobierno que no hubiera nacido del régimen anterior jamás habrían tenido la composición que tuvieron las Cortes que hicieron la Constitución de 1978 y, en consecuencia, las Cortes de nuestra Constitución serían otras. Dada la dificultad que tenemos para reformar la Constitución, es más que probable que este condicionante quede por mucho tiempo.

VI. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

En los cuatro condicionantes que hemos examinado está claro que la Constitución habría sido otra completamente distinta en caso de que la transición se hubiera hecho de una manera distinta a como efectivamente se hizo. Habría sido republicana y no monárquica, no habría existido la mención de las fuerzas armadas en el título preliminar, ni la mención de la Iglesia católica en el artículo 16, CE, ni se habría reproducido la composición de las Cortes del Real-Decreto ley del 15 de abril de 1977.

¿Qué habría ocurrido en el quinto, en el relativo a la estructura del Estado?

En este caso no tengo duda de que la Constitución habría establecido una estructura del Estado políticamente descentralizada. La sociedad española, en el momento en que se inicia la transición, posiblemente no sabía muy bien qué estructura del Estado quería, pero sí sabía muy bien qué estructura del Estado no quería o, todavía más, que estructura del Estado no podía en ningún caso querer. Sabía que el Estado unitario y centralista no podría ser la forma de Estado de la democracia española. Sobre esto no tenía la menor duda y, en consecuencia, con otra vía de acceso a la democracia distinta de la que tuvimos, también habríamos llegado a un Estado políticamente descentralizado.

La respuesta a la expresión de este condicionante no puede ser, pues, tan inequívoca como la respuesta a los cuatro anteriores. Descentralización política hubiéramos tenido en todo caso. ¿Qué descentralización? Esta es la cuestión.

Éste es un interrogante al que no sé si es posible dar algún tipo de respuesta, pero al que yo, al menos, soy incapaz de dársela. Creo que las variables que habría que tomar en consideración son tantas y que es tan difícil, por no decir imposible, predecir cómo habrían interactuado, que no hay manera de saber qué estructura del Estado se habría acabado imponiendo con un acceso a la democracia por una vía distinta a la de la transición.

Lo que sí sabemos, porque de ello queda testimonio en las actas de las Cortes Constituyentes, es que tuvo que haber resistencias muy fuertes al intento de establecer la estructura del Estado más próxima a la del Estado federal, que fue la primera propuesta que se hizo por parte de la ponencia encargada de la redacción del anteproyecto de la Constitución.

A diferencia de lo que ocurre con los cuatro primeros condicionantes, en los que el iter constituyente no nos dice prácticamente nada, en este quinto el análisis de las actas de las Cortes Constituyentes sí tiene mucho interés.

Y lo tiene porque el constituyente partió de una definición de la estructura del Estado bastante precisa. La “desconstitucionalización de la estructura del Estado” (Cruz Villalón) del texto definitivo de la Constitución no figuraba en el primer proyecto de Constitución, sino que fue el resultado de las resistencias a la constitucionalización del modelo de estructura que en dicho proyecto se contenía. La desconstitucionalización no fue, pues, un punto de partida, sino un punto de llegada.

En el primer proyecto de Constitución, el publicado en el *BOC* el 5 de enero de 1978, hay una definición clara y completa de la estructura del Estado, que puede ser sintetizada en los siguientes puntos:

1o. La decisión política constitucionalmente conformadora de la estructura del Estado del artículo 2o. estaba formulada en términos más sencillos que la decisión que definitivamente figuraría en el texto de la Constitución. El artículo 2o. originario se limitaba a establecer el principio de unidad política del Estado y a reconocer el derecho a la autonomía de manera clara y precisa: “La Constitución se fundamenta en la unidad de España y la solidaridad entre sus pueblos y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran”. No hay ninguna de las reservas, de los temores se podría decir, que en el texto definitivo se expresarían, de manera implícita, pero muy expresiva, sobre los posibles efectos disgregadores del ejercicio del derecho a la autonomía.

2o. Se diferenciaba en la ubicación en la Constitución la autonomía municipal y provincial de la autonomía regional/nacional. Las primeras figuraban en el título V, dedicado al gobierno y a la administración (artículo 105), contemplándose, además, que a través de los estatutos de autonomía los territorios autónomos pudieran establecer, mediante la agrupación de municipios, circunscripciones distintas de la provincia (artículo 105.2). A la segunda se dedicaba en exclusiva el título VIII.

3o. En este título VIII el ejercicio del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones estaba regulado de manera bastante precisa, previéndose los siguientes momentos del ejercicio de tal derecho en condiciones de igualdad para todos los territorios:

- a) La iniciativa del proceso autonómico (artículo 129) se atribuía a las dos terceras partes de los municipios que representaran la mayoría absoluta de la población de cada una de las provincias que quisieran constituirse en territorio autónomo. Era la única vía de acceso a la autonomía.
- b) El proceso de elaboración del estatuto de autonomía era el siguiente (artículo 131): una vez ejercida la iniciativa autonómica, el gobierno convocaba a los diputados y senadores elegidos en las provincias que quisieran constituirse en territorios autónomos, para que se constituyeran en asamblea, a los solos efectos de elaborar el proyecto de estatuto mediante el acuerdo de la mayoría absoluta. Una vez aprobado el proyecto se remitiría a la comisión constitucional del Congreso, la cual, en el plazo de dos meses, lo examinaría con el concurso y asistencia de una delegación de la asamblea proponente para determinar de común acuerdo su formulación definitiva. Si se alcanzara dicho acuerdo, el texto resultante sería sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias afectadas. Si el texto fuera aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos, sería elevado a las Cortes generales para su ratificación por éstas. De no alcanzarse el acuerdo entre la comisión constitucional y la delegación de la asamblea proponente, el texto sería tramitado como proyecto de ley por las Cortes Generales y sometido a continuación a referéndum del cuerpo electoral de las provincias afectadas.
- c) El contenido obligatorio del estatuto, definido como norma institucional básica de cada territorio autónomo, debería ser el siguiente:

- delimitación del territorio, regulación y denominación de las instituciones autónomas propias, competencias asumidas, procedimiento de reforma y organización institucional, que se basará en una asamblea, un consejo de gobierno y un presidente (artículo 132).
- d) A la asamblea, elegida por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, con arreglo a un sistema de representación proporcional, correspondía la potestad normativa, la potestad presupuestaria y el control del gobierno (artículo 133).
 - e) Al consejo de gobierno, bajo la dirección de un presidente, elegido por la asamblea, y responsables ante ella, corresponde la función ejecutiva, incluida la potestad reglamentaria (artículos 134-136).
 - f) La delimitación de las competencias entre el Estado y los territorios autónomos se establecía mediante una lista única en la que figuraban las competencias del Estado, pudiendo los territorios autónomos asumir competencias sobre todas las materias no reservadas al Estado (artículos 137 y 138).
 - g) Se contemplaba un único sistema de financiación para todos los territorios, sin especificidad foral alguna (artículos 145-149).
 - h) En la disposición adicional cuarta se preveía el orden de tramitación de los distintos estatutos, que sería el de la fecha de su remisión a la comisión constitucional.
 - i) Por último, el Senado sería la Cámara de representación de los distintos territorios autónomos, siendo elegidos los senadores por las asambleas legislativas de dichos territorios, en número de diez por cada territorio más uno por cada quinientos mil habitantes o fracción superior a doscientos cincuenta mil, con el límite que ningún territorio podría tener el doble de senadores que otro (artículo 60).

Como puede verse, el primer proyecto de Constitución la estructura del Estado, ya que establecía, en primer lugar y de manera inequívoca, que las condiciones de ejercicio del derecho a la autonomía reconocido a las “nacionalidades y regiones” eran las mismas para todas, y, en segundo, las equiparaba a todas en cuanto unidades de descentralización política del Estado en general y, en particular, en el proceso de formación de la voluntad general del Estado a través del Senado. El modelo de estructura del Estado que se proponía era el más próximo posible al de un Estado federal.

A dicho modelo de estructura del Estado únicamente se opondría en su correspondiente voto particular el grupo parlamentario de AP. Todos los demás grupos parlamentarios parecía que aceptaban como punto de partida dicha propuesta, sin expresar reservas esenciales sobre la misma.

Por qué la constitucionalización de la estructura del Estado que el primer proyecto de Constitución se abandonaría por la desconstitucionalización que finalmente se incorporaría al texto definitivo de la Constitución, es algo que las actas de las Cortes Constituyentes no aclaran. En dichas actas se puede seguir el tránsito de la constitucionalización a la desconstitucionalización de la estructura del Estado, pero en ningún momento se explica el porqué. Nadie dio ninguna explicación en sede constituyente de por qué se cambiaba de un modelo de estructura del Estado a otro o, mejor dicho, a un no modelo, porque al final la Constitución no contiene ninguno, aunque con base en ella se haya acabado imponiendo uno.

Es obvio que, con una vía distinta de acceso a la democracia, la estructura del Estado se habría definido de otra manera, y que, con bastante probabilidad, habría quedado constitucionalizada, pero poco más se puede decir.

VII. CONCLUSIÓN

Cuando con algo más de treinta años de perspectiva se echa la vista atrás para analizar la transición a la democracia, sorprende que, con tantos pies forzados, pudiera ponerse en pie constitucionalmente un edificio que funcionara de manera razonablemente aceptable.

El proceso constituyente de 1977-1978 ha sido, con mucha diferencia, el proceso constituyente más condicionado por el pasado de todos los procesos constituyentes de la historia de España. Ni en los procesos constituyentes de apertura de un ciclo constitucional, 1808-1812, 1836-1837, 1868-1869 y 1931, ni en los de revisión de tales procesos, 1845 y 1876, se tuvo que hacer una Constitución con una vigilancia tan intensa por parte de estructuras de poder del pasado que no habían sido desmanteladas. Las Cortes Constituyentes de 1977-1978 han sido las Cortes Constituyentes con menos poder de todas las que hemos tenido en la historia de España, las que han tenido que actuar con más limitaciones a la hora de hacer la Constitución.

Y sin embargo, su obra ha estabilizado el régimen constitucional en España como no fue capaz de hacerlo ninguna de las anteriores. El trabajo del constituyente de 1977-1978 fue un trabajo de hacer de necesidad virtud. Tal vez por ello sea una Constitución que no he generado nunca

mucho entusiasmo, pero que ha sido capaz de ser aceptada de forma muy generalizada por la sociedad española.

VIII. ESTADO DEL ARTE

Sobre la transición hay una bibliografía enorme, pero sobre el proceso de elaboración de la Constitución española de 1978 no existe ninguna monografía. Ha sido relativamente bien estudiada la primera fase del proceso constituyente, el que se ha venido a denominar la “voladura controlada” del régimen de las leyes fundamentales, pero no el segundo, el proceso constituyente relativamente convencional que tuvo como resultado la Constitución. El libro de más utilidad para seguir el proceso de elaboración de la Constitución es *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980. Son interesantes el libro de los periodistas Gallego Díaz, S. y De la Cuadra, B., *Crónica secreta de la Constitución*, Madrid, 1989, y el de Peces-Barba, G., *La elaboración de la Constitución*, Madrid, 1988.

Sobre la monarquía y sobre su relación con las fuerzas armadas sí se ha escrito bastante. Se ha debatido mucho sobre qué interpretación debe darse a la posición de la Corona en el ordenamiento constitucional español en general y en relación con la atribución del “mando supremo de las Fuerzas Armadas” en particular. Se pueden distinguir dos posiciones: una ampliamente mayoritaria, integrada por la mayor parte de los constitucionalistas, que consideran que las atribuciones del rey tienen un carácter simbólico, y otra minoritaria, que considera que tienen carácter efectivo. Entre estos últimos destacan dos juristas que han tenido gran influencia en España: E. García de Enterría y, sobre todo, Herrero de Miñón.

Sobre la libertad religiosa y la mención de la Iglesia católica en el artículo 16, CE, también hay una bibliografía inmensa. Barrero Ortega, A, en *La libertad religiosa en España*, Madrid, 2006, recoge bien el debate constituyente y contiene toda la bibliografía sobre este punto.

Sobre la composición de las Cortes Generales y su incidencia en el funcionamiento del sistema político español acaba de aparecer una monografía de gran interés, de Carles Castro, *Relato electoral de España (1977-2007)*, Barcelona, 2007. Incluye la bibliografía relevante.

Para hacerse una idea de la gestación del título VIII de la Constitución no hay mejor texto que las Actas de las Cortes Constituyentes.