

Santiago  
Muñoz  
Machado  
Vieja  
y nueva  
Constitución



SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

VIEJA Y NUEVA  
CONSTITUCIÓN

CRÍTICA  
BARCELONA

Primera edición: mayo de 2016

Vieja y nueva Constitución  
Santiago Muñoz Machado

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (Art. 270 y siguientes del Código Penal)

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra.  
Puede contactar con CEDRO a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 91 702 19 70 / 93 272 04 47

© Santiago Muñoz Machado, 2016

© Editorial Planeta S. A., 2016  
Av. Diagonal, 662-664, 08034 Barcelona (España)  
Crítica es un sello editorial de Editorial Planeta, S. A.

*editorial@ed-critica.es*  
*www.ed-critica.es*

ISBN: 978-84-9892-973-7  
Depósito legal: B. 7734 - 2016  
2016. Impreso y encuadernado en España por Huertas Industrias Gráficas S. A.

# Índice

---

I. PRELIMINAR: ¿CUÁNTO TIEMPO TIENE QUE DURAR UNA CONSTITUCIÓN? . . . . .	7
II. ¿PUEDEN LAS GENERACIONES PASADAS IMPONER UNA CONSTITUCIÓN A LAS GENERACIONES SIGUIENTES? . . . . .	15
III. DE LA CONSTITUCIÓN INMUTABLE A LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA . . . . .	37
IV. EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA . . . . .	57
V. SOBRE LAS DIFERENTES MANERAS DE INCUMPLIR, CAMBIAR O ABROGAR LA CONSTITUCIÓN EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA. . . . .	75
1808 . . . . .	76
1812/1834 . . . . .	77
1834/1837 . . . . .	79
1837/1845 . . . . .	86
1845/1869 . . . . .	93
1869/1876 . . . . .	97
1876/1931. . . . .	101

VI.	¿CAMBIA LA CONSTITUCIÓN SU CUSTODIO? . . . . .	115
	¿Quién es el custodio de la Constitución?. . . . .	117
	Adaptar la Constitución a través de la jurisprudencia. . . . .	128
VII.	LAS FORMAS TRADICIONALES DE LAS MUDANZAS CONSTITUCIONALES Y ALGUNAS ACTUALIZACIONES . . . . .	137
	Modificaciones expresas: formales y fraudulentas . .	138
	Cambios tácitos o mutaciones . . . . .	145
	Modulaciones <i>extra ordinem</i> del poder de reformar la Constitución. . . . .	150
VIII.	EL CAMBIO CONSTITUCIONAL POR SECESIÓN . . . . .	161
	Las dimensiones del desafecto . . . . .	163
	Estudios sobre el método . . . . .	168
	Independentismo democrático . . . . .	177
	De nuevo, la cuestión de la soberanía . . . . .	185
	Retorno a la constitucionalidad . . . . .	194
IX.	SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA . . . . .	207
	De tratados a Constitución . . . . .	211
	Soberanía compartida y federalización . . . . .	218
X.	NUEVO CONSTITUCIONALISMO. LA CONSTITUCIÓN ABIERTA Y COSMOPOLITA . . . . .	243
	Tres generaciones de constituciones. . . . .	246
	Constitucionalismo global. El ejemplo de la integridad territorial del estado . . . . .	255
	La cosmópolis europea. El ejemplo de los derechos fundamentales . . . . .	264
	Creación y cambio en el constitucionalismo de tercera generación . . . . .	274
	NOTA BIBLIOGRÁFICA . . . . .	285

# I

---

## Preliminar: ¿cuánto tiempo tiene que durar una constitución?

Thomas Jefferson contestó la pregunta fijando el tiempo ideal de vigencia de una constitución en diecinueve años, y explicó su aserto con meticulosas razones biológicas y económicas. Pero, después de él, a nadie se le ha ocurrido establecer criterios estrictos para responder a ese problema. Tampoco las constituciones mismas suelen fijarse un término y la mayor parte de quienes, a lo largo de la historia de cualquier país, han participado en su elaboración, han salido del compromiso convencidos de haber hecho una obra pétrea, de vigencia inacabable, que venerarían las generaciones siguientes. Han asumido la idea de que la Constitución es una ley perpetua.

Tan común como este orgullo de fundador suele serlo el desafecto de las generaciones inmediatas que, a veces, ni esperan, para proceder al derribo de tan maravillosas creaciones, a comprobar su utilidad para organizar los poderes y garantizar los derechos, que han sido siempre sus propósitos más elementales. ¿Por qué motivo van a aceptar los ciudadanos vivos reglas de convivencia establecidas por ciudadanos muertos? O, si aún alientan los que hicieron la Constitución, ¿por qué aceptar com-

promisos vinculantes en cuya preparación no se ha participado por razones de edad, de política o de cualquier otra clase? ¿Por qué razón puede bloquearse el deseo de cambiar la Constitución con trabas que dificulten la aplicación más llana del principio democrático?

Algunas de estas preguntas acompañaron al constitucionalismo desde sus primeros pasos y han vuelto a ponerse de moda en España, a veces expresadas con intransigencia, reclamando reformas de una constitución que va camino de cumplir sin retoques el doble de los años que tardan estos textos en alcanzar la decadencia, según las cuentas de Jefferson. Las actitudes ante el cambio oscilan, como siempre en estos graves asuntos, entre quienes se aferran al texto histórico por considerarlo difícilmente mejorable, y, en el otro extremo, quienes lo desacralizan hasta el punto de optar por la mayor de las mudanzas, que es tenerlo por decaído, inservible e inaplicable sin mayores consideraciones.

Verdaderamente, la Constitución española de 1978 hizo muchos méritos para ser respetada y defendida sin titubeos. La nuestra es una constitución del viejo estilo, fundante de un nuevo sistema político, inauguradora de un régimen de derechos avanzado y dotado de fuertes garantías, y diseñadora de una organización del poder radicalmente distinta de la preexistente. Si se deja aparte la efímera Constitución de la Segunda República española, no ha habido nada parecido en toda la historia constitucional de nuestro país. Es, la vigente, una constitución revolucionaria. Aspiró a cambiar la sociedad y el ejercicio del poder. En este sentido, asumió las mismas pretensiones de radicalidad que tuvieron las primeras constituciones europeas y se distanció de las constituciones que se han limitado a restablecer o mejorar modelos políticos ya ensayados. Es una de esas constituciones que se ha dado en llamar *new beginning* porque acometen cambios radicales en la gobernación de la comunidad y la de-

fensa de los derechos individuales: se plantean regir en una nueva sociedad. Fueron de este tipo las constituciones europeas de la segunda posguerra mundial: normas fundamentales que dividieron el poder, en algunos casos lo repartieron territorialmente, reorganizaron el estado y aseguraron la preservación de los derechos en un marco democrático firmemente establecido. Tardíamente, la nuestra de 1978 se asoció a ese mismo orden de valores, y lo hizo también al término de un régimen político salido de la guerra.

Es la primera vez en nuestra historia que la voluntad soberana del pueblo ha conseguido aprobar un texto con tan larga vigencia. Sostengo lo dicho porque no todas las constituciones históricas españolas han surgido de la soberanía popular. Rara vez el soberano constituyente ha sido, en España, el pueblo, y las ocasiones en que más se ha aproximado a serlo, la vigencia de la Constitución siempre ha sido breve. Este fue el destino de las constituciones de 1812, 1837, 1869 y 1931, las únicas en las que la nación fue el único sujeto constituyente. En los demás casos, la soberanía nacional se combinó con la soberanía monárquica y de este tándem resultaron las constituciones más duraderas (1845, 1876).

Haya sido o no la soberanía popular el sujeto fundador, las constituciones que más arraigo han llegado a tener en la historia española, han compartido su tarea creativa con la aceptación de instituciones preconstitucionales, formadas a lo largo de generaciones anteriores y mantenidas como reglas constitucionales perennes y de aceptación hereditaria inexcusable. Integran la «Constitución histórica» y condicionan el poder constituyente de la generación viva que, en cierta medida, ha de compartir su soberanía con la que tuvieron las generaciones muertas.

Analizando la dinámica de los cambios constitucionales, puede observarse la repetición de ciertos fenómenos de forma axiomática. El primero de ellos es que en todos los casos en que

las constituciones se han basado en la soberanía popular y han sido muy radicales, revolucionarias o, simplemente, muy reformistas, sus autores han establecido muchas restricciones al cambio, o, al menos, a la fácil mudanza. La empalizada jurídica se ha levantado fijando muy severos procedimientos de necesaria observancia para su reforma o estableciendo prohibiciones de acometerla antes de transcurrido un determinado plazo. Así ocurrió con todas las primeras constituciones del mundo: la norteamericana de 1787, la francesa de 1791, la española de 1812...

La segunda evidencia es que cuanto mayores son las dificultades que se establecen en una constitución para evitar cambios radicales, más pronto y con mayor fuerza se producen estos. Así lo enseñan también las experiencias de las primeras constituciones francesa y española, que fueron derribadas a poco de entrar en vigor; la nuestra, además, fue restablecida y arrumbada con la misma perentoriedad en varias ocasiones. La rigidez de la norteamericana tampoco la dejó al margen de un torrente de enmiendas que la afectaron a poco de entrar en vigor.

La máxima de que «los extremos se tocan», es decir, que las proposiciones situadas en cada uno de los bordes de la gama de opciones que pueden utilizarse para abordar un problema, dan lugar a soluciones parecidas, se realiza también en los dominios de la reforma constitucional. Enuncio así una tercera constatación sobre los cambios constitucionales: tanto los que se empeñan en cerrar la Constitución a toda modificación, como quienes pretenden privarla de vigencia total, generan fuerzas que conducen a que sus reglas sean paulatinamente sustituidas por otras en la práctica, por la vía de hecho, sin que medie reforma constitucional de ningún tipo. Estas convenciones, costumbres o mutaciones constitucionales afectan extraordinariamente a la seguridad jurídica y reducen el prestigio y el valor ordenador de la norma fundamental, pero son inevitables y se aceleran en una

relación proporcional al tiempo que los inmovilistas tardan en ceder o los radicales en volver al cauce constitucional para resolver sus reclamaciones.

Con la Constitución de 1978 se han cumplido o están en curso de cumplirse los tres teoremas enunciados. Solo una de las proposiciones del segundo ha sido aplazada temporalmente. Pero está en proceso de hacerse efectiva porque las aspiraciones de cambiar la Constitución se han disparado en poco tiempo. La mayor parte de ellas se refieren a la organización territorial del poder porque, en la ahora establecida, tanto los expertos como los gestores públicos han apreciado muchos defectos y problemas operativos. También se aducen corruptelas y decaimiento en algunas instituciones. E incluso se aspira a mejorar los capítulos concernientes a los derechos fundamentales, según diversas reclamaciones. Todos los proyectos conocidos proponen reformas salvo uno, con aspiraciones de mucho mayor alcance, que persigue la extinción de la Constitución vigente en el territorio de Cataluña, para sustituirla allí por la nueva Constitución de la República catalana independiente.

En el compendio de cuestiones que he relacionado hasta aquí, hay bastantes que han aparecido en otros momentos de la Historia y han sido analizadas por la teoría constitucional. Un primer objetivo de este libro es recuperar esas experiencias, sorprendentemente dejadas de lado en los debates públicos actuales sobre las excelencias o insuficiencias que adornan o perjudican a nuestra ya baqueteada Constitución. Pretendo retornar a cuestiones que se suscitaron en el constitucionalismo originario y que han vuelto a ponerse de moda sin que se vean aparecer en los debates las ideas que se usaron en otros tiempos para abordarlas y solucionarlas. Por ejemplo, como decía al principio, si el constituyente puede vincular a las generaciones futuras. O, expuesta la idea de otra forma, si la democracia es un valor absolu-

to que puede sobreponerse a cualquier obstáculo constitucional que la limite.

También es una proposición verificable en la historia de nuestro constitucionalismo la dificultad de conseguir que se respeten estrictamente las garantías establecidas en las sucesivas constituciones para evitar cambios bruscos o reformas no acordadas conforme al procedimiento fijado en la propia ley fundamental. Las maneras de cambiar la Constitución vigente, en nuestra experiencia, han sido muchas. En este libro se ofrece un muestreo, que no pretende ser exhaustivo, que recoge y explica más de una docena, ninguna atendida a las cláusulas de reforma vigentes en cada momento. Si se profundiza en las razones que las movieron, las que más reiteradamente aparecen son tres: primero, las reclamaciones de derechos no reconocidos o la eliminación de potestades públicas asfixiantes que restringían desproporcionadamente su ejercicio o lo abrasaban. Por épocas, ha sido el caso de las libertades de información, reunión, asociación y también de la libertad religiosa. En segundo lugar, los problemas de organización de la Administración pública territorial; durante todo el siglo XIX se ha discutido sobre las competencias de los ayuntamientos y la restricción de las potestades de tutela de la Administración central; en el siglo XX, lo mismo y, además, sobre la organización autonómica de las nacionalidades y regiones. Y en tercer lugar, de modo constante, la disputa sobre la titularidad de la soberanía.

La primera gama de conflictos, formados alrededor de las libertades, prácticamente han desaparecido en la actualidad considerando la amplitud y la potencia de las garantías ofrecidas en la Constitución y en las cartas, convenios y tratados internacionales. Los segundos se han resuelto en gran medida en la Constitución vigente porque se ha ampliado la autonomía local y se han hecho desaparecer las potestades de tutela atribuidas a

otras administraciones superiores cuando implicaban, de alguna manera, control o dirección política. Esta pacificación municipal no puede tenerse por definitiva. Mucho menos si el municipalismo recupera la veta juntista, tan tradicional en España, y vuelven a manejarse las instituciones locales para multiplicar reclamaciones políticas de más calado y trascendencia general que los simples intereses locales.

La tercera es, de todas, la más persistente: siempre ha estado presente la cuestión de la soberanía en las crisis constitucionales históricas y ha vuelto a presentarse vivamente al inicio del siglo XXI. Ahora estos conflictos se denominan «soberanistas», y su ideología está montada en la afirmación de que los pueblos tienen siempre derecho a decidir sobre su destino, en la creencia de que la democracia es el mayor valor de cualquier sociedad libre y de que nada puede oponerse a la voluntad expresada por la mayoría, ni siquiera, sostienen, el principio de integridad territorial del estado, que es una vetusta fórmula aplicada en línea de continuidad desde la Paz de Westfalia sin considerar el tiempo transcurrido y las transformaciones políticas, económicas y sociales, y los tumbos que ha dado el mundo, desde el siglo XVII.

El conflicto de la soberanía, aunque resuelto en la mayor parte de las democracias avanzadas del mundo, se mantiene en pocos países europeos como en España. Pero sería un error creer que es el eslabón que mantiene la continuidad de nuestro constitucionalismo histórico y el actual, de manera que los problemas han conservado el mismo cariz a lo largo de dos siglos. Media un abismo entre las constituciones antiguas y el constitucionalismo actual y uno de los propósitos de este libro es tratar de demostrarlo.

Los contenciosos sobre la soberanía, que debilitaron e hicieron caer constituciones en el siglo XIX, versaron siempre sobre su titularidad (de la nación o del monarca) y limitaciones. La soberanía fue siempre la fuente única e inmediata de la Consti-

tución, el fundamento del poder constituyente, único, indivisible, irresistible e incondicionado. Se reclamaba la soberanía para dominar el poder constituyente y, desde él, decidir sobre la organización del estado, declarar los derechos de los ciudadanos y arbitrar sus garantías. De la soberanía emergían constituciones enteras decididas sin condicionamientos de ninguna clase.

Actualmente, los polos del debate se han desplazado hacia otros problemas: si la Constitución puede ser un texto estable o si está incondicionalmente sometido a las decisiones de las mayorías. Si pueden concurrir diversos procesos constituyentes en el seno de un mismo estado, incluso con el propósito de fragmentarlo en varias piezas soberanas, por considerar que la regla de la indivisibilidad ha dejado de ser oponible a las decisiones democráticas. Si son el fruto de procesos ordenados de los que surge un texto único o se crean, por el contrario, por acumulación de textos de origen vario y producidos de forma no simultánea.

Los textos constitucionales que nos rigen son multinivel y pluritextuales, porque se integran por más de un documento de tal rango formulado en diversas instancias territoriales. La soberanía y el poder constituyente están ahora restringidos porque necesariamente han de ser cosmopolitas, en el sentido de que han de estar ampliamente conectados y aceptar la vigencia y eficacia interna de regulaciones formadas en instituciones supranacionales.

Propone este libro un recorrido sobre estas transformaciones del constitucionalismo que arranca en la época fundacional y concluye con el análisis del proceso que se está siguiendo en la Unión Europea y de los problemas que están planteando los movimientos políticos soberanistas respecto de la reconstrucción del poder constituyente en España.