

NOTAS SOBRE LA TEORIA DEL PODER CONSTITUYENTE Y LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Por ANTONIO PORRAS NADALES

SUMARIO

I. El problema, la teoría y sus insuficiencias.—II. Hacia una teoría jurídica del poder constituyente: el problema de la legitimación.—III. La teoría de Mortati.—IV. La historia como condicionante: los problemas del caso español: A) Las posibilidades de cambio social en los sistemas occidentales no democráticos. B) Las limitaciones del proceso: el cambio «controlado». C) Conclusiones.

«La source de l'État, c'est du fait: à ce fait se rattacher ultérieurement le droit.»

(CARRÉ DE MALBERG, II, 492)

I. EL PROBLEMA, LA TEORIA Y SUS INSUFICIENCIAS

El tema del poder constituyente se sitúa, en el marco general del estudio de los sistemas políticos, como el momento originario y trascendental en el proceso de creación o surgimiento del Estado. Supone, desde un punto de vista lógico, el elemento que determina el paso de un conglomerado social desorganizado, plural e inconexo, a un sistema jurídico estatal plenamente organizado y adecuado a una norma constitucional suprema.

Este carácter originario es el que determina la gran dificultad que supone la inserción del poder constituyente en unas coordenadas de análisis teórico-jurídico generalizadamente aceptadas por la doctrina: y es que, como fenómeno que se produce en una fase preestatal, el poder constituyente parece expresar precisamente el surgimiento del poder político en su forma más pura, primitiva y descarnada, es decir, en forma no reglada por el Derecho,

no sometida a normas jurídicas: el poder constituyente impulsa el surgimiento del Estado a través de un acto prejurídico; sin ser un *pouvoir de droit* (1), debe determinar sin embargo el nacimiento mismo del Estado y del Derecho y debe, a la vez, quedar encuadrado —constituido— en la propia Constitución al establecerse la definición del principio de soberanía.

Por ello, desde un punto de vista lógico-histórico, todas las doctrinas del poder constituyente pueden ser clasificadas a partir de la proposición de dos supuestos bien diferenciados:

A) El supuesto de la constitución originaria del Estado, o más bien de la constitución originaria del Estado constitucional, que históricamente se remite en general, y sin más, a los procesos revolucionarios burgueses del siglo XVIII, singularmente a los Estados Unidos y Francia.

B) El supuesto de las transformaciones en el Estado burgués ya constituido, que englobaría en consecuencia a todos los restantes procesos hasta la actualidad.

A nivel teórico-doctrinal las implicaciones de esta simple clasificación histórica son de una importancia trascendental: el primer supuesto entraría de lleno en lo que podemos denominar *teoría revolucionaria del poder constituyente*, referida inicialmente a las formulaciones de Sieyès en la Asamblea nacional francesa, y cuya principal consecuencia teórica radicaría en la fijación de un concepto de poder constituyente absoluto, ilimitado y auténticamente revolucionario, detentado constantemente por la sociedad frente al Estado y ejercitable sin condiciones por el pueblo en quien reside originariamente la soberanía.

Sin embargo, desde el momento en que esta concepción teórica está limitada al momento originario de la creación *ex novo* del Estado constitucional, esta teoría radical del poder constituyente queda marginada u obsoleta cuando se trata de enfrentarse a las posteriores transformaciones constitucionales en los Estados ya constituidos como tales. A partir de ahora la doctrina tiende a defender un concepto de *poder constituyente limitado* o *poder constituyente constituido* cuyo ejercicio debe estar restringido al menos en dos aspectos: materialmente por la atribución limitada de la soberanía a través de un sistema representativo que lleva incorporado lógicamente un determinado proceso de filtración electoral, y formalmente por el sometimiento a unas condiciones temporales o procedimentales que deben quedar expresadas en el texto constitucional preexistente (2).

(1) G. BURDEAU: *Traité de Science politique*, 2.^a ed., París, 1969. L. G. D. J., tomo IV, pág. 185.

(2) En la doctrina, en general, tiende a hacerse mayoritaria esta visión conservadora del poder constituyente que rechaza la hipótesis de la formación originaria

De este modo, superada la concepción de la formación originaria del Estado como un acto no limitado por el Derecho, se pasaría a una *juridificación integral* del proceso constituyente que, lógicamente, debe traducirse en una consolidación total de los principios estructurales del Estado constitucional: a partir de ahora, y dentro siempre de los supuestos normales o ideales, la organización y el funcionamiento del poder constituyente pasa a depender de la propia Constitución, operándose en los casos previstos en ella y por los órganos designados expresamente.

Esta clasificación o visión tradicional, que permite encuadrar la problemática del poder constituyente constituido en unas coordenadas jurídicas, dejando el más espinoso tema del poder constituyente originario en la nebulosa histórica del pretérito, ha sido sin embargo profundamente revisada por parte de la doctrina.

Siguiendo a Burdeau podemos afirmar en primer lugar cómo desde el punto de vista *teórico* no puede considerarse el poder constituyente constituido como un poder constituyente en sentido estricto: sería necesario en efecto «avoir le courage de considerer la réalité, si redoutables que soient les engagements qu'elle exige» (3). Y la realidad es que el poder constituyente no es un mecanismo de las épocas tranquilas, de las pacíficas transformaciones de los sistemas constitucionales, sino un *acto revolucionario* que adquiere su mayor significación en los períodos de crisis (4). Y así, los intentos de juridificación integral del poder constituyente chocarían con el riesgo de desnaturalizar las fuerzas sociales que deben estar en su base; «On denature le pouvoir constituant en l'incorporant dans un organe de révision, puis, après l'avoir pudiquement emasculé, on aménage son exercice selon la convenance du régime» (5). Y en este sentido señala el propio Burdeau cómo la experiencia real, *los hechos históricos*, demuestran que el órgano constituyente constituido no dispone realmente en toda su plenitud del poder constituyente originario y absoluto. Refiriéndose a la historia francesa señala

para centrarse en la actuación de los poderes constituyentes constituidos. Así aparece en los teóricos de la Restauración, como Roger-Collard o el propio Hegel, en la doctrina alemana del período de Weimar con Anschütz a la cabeza, y en toda la escuela positivista, defendida en Francia por Carré de Malberg.

En cambio, la concepción radical del poder constituyente, aparte de sus formulaciones originarias en el momento revolucionario, sólo es defendida a contracorriente por Burckhard, Schmitt y algunos autores alemanes, y más recientemente por la doctrina italiana posterior —o contemporánea— al período constituyente de la segunda guerra, singularmente por Constantino Mortati.

(3) BURDEAU, *op. cit.*, pág. 188.

(4) *Ibid.*, *ibid.*

(5) *Ibid.*, pág. 89.

cómo no pueden citarse ejemplos de un órgano de revisión que haya hecho una Constitución enteramente nueva, es decir, inspirándose en una filosofía política diferente de la que debe reemplazar: tanto en 1940 con la transferencia del poder constituyente al mariscal Pétain como en junio de 1958 cuando el Parlamento, modificando el órgano y el procedimiento de reforma previstos por la Constitución de 1946, transfirió el poder constituyente al Gobierno presidido por el general De Gaulle, «Des modifications partielles apportées à la constitution existante, voilà ce qu'ont réalisé les organes de révision, une constitution nouvelle... jamais. Or, cette concordance des précédents historiques n'est pas l'effet d'une coïncidence. Elle ne fait que traduire l'incapacité dans laquelle se trouve le pouvoir constituant institué d'exercer dans leur plénitude les prerogatives de l'autorité constituante... croit-on qu'un organe de révision démocratiquement organisé pourra faire une constitution autoritaire et inversement?» (6). (subrayado mío).

Lo cual, siguiendo el razonamiento del mismo autor, nos llevaría a una conclusión claramente negativista: si la única actividad constitucional a la que se debe reconocer valor jurídico es la de los órganos regularmente habilitados para ello por una Constitución vigente, y si por otra parte, tales órganos son radicalmente incapaces de crear, en toda la amplitud de la palabra, una nueva Constitución, la conclusión que se impone es que no hay sitio, en la teoría jurídica, para un estudio del poder constituyente.

Y es que, como argumenta el propio Burdeau, el verdadero problema que plantea el poder constituyente es el de determinar *le caractère juridique de la révolution*. Porque las teorías establecidas del poder constituyente constituido sólo son útiles en el supuesto de un encadenamiento sucesivo de reformas constitucionales realizadas conforme al procedimiento establecido. Ahora bien, aun dejando por ahora de lado la sospecha de que esa concepción teórica tradicional esté tratando en último término de defender una eternización del Estado constitucional burgués, eliminando posibles supuestos de cambios revolucionarios, es evidente que la clasificación o división de supuestos históricos que sirve de base a esta corriente teórica parece hoy claramente insuficiente.

1.º De entrada porque excluye en gran medida la posibilidad de explicar teóricamente una revolución popular en su estricto sentido «revolucionario», es decir, de una revolución socialista al modo ruso, chino o cubano.

2.º Y en segundo lugar porque tampoco contempla los supuestos de dominación capitalista o burguesa no constitucionales, es decir, los sistemas autoritarios o dictaduras en su más puro sentido.

(6) *Ibid.*, pág. 215.

Está claro que en ambos casos la continuidad constitucional que está en la base de estas concepciones teóricas sufre una auténtica y radical ruptura, desapareciendo incluso el marco preconstitucional —que en todo caso «jurídica» relaciones sociales materiales— de las propias garantías de los derechos humanos en su más elemental expresión.

Sin embargo, las teorías del poder constituyente no parecen haber elaborado hasta ahora un bagaje conceptual suficiente para integrar estos supuestos atípicos, aunque normales en el conflictivo entorno político del mundo actual. Es difícil explicar exhaustivamente las razones de esta insuficiencia teórica: pero en todo caso existe un hilo conductor subyacente a este tipo de planteamientos, característico de toda la teoría burguesa del Estado: el intento de separar la esfera estatal, donde tienen lugar las relaciones políticas, de la propia sociedad que en todo momento debe ser el soporte de aquélla. Es decir, la idea de convertir al Estado en un ente superior, autónomo, por encima de las contradicciones sociales y enfrentamientos de intereses que tienen lugar en la base del sistema. Y así, la elaboración de un discurso teórico-formal que contemple la sucesión de procesos constituyentes como eslabones de un encadenamiento ininterrumpido de mutaciones, dentro siempre del marco irrenunciable del Estado constitucional, no sirve evidentemente para explicar supuestos de hecho en que la propia dinámica de la realidad social, con sus antagonismos y enfrentamientos subyacentes, conduce a una ruptura de ese marco estructural típico del Estado constitucional.

¿Cómo explicar entonces el paso de ese vacío constitucional que supone toda dictadura autoritaria a un modelo democrático homologado a través de un proceso constituyente? ¿Sigue siendo adecuado aplicar las teorías del poder constituyente limitado, estimando que tal proceso constituyente debe desarrollarse conforme al ordenamiento constituido, aunque este último suponga en su más profundo contenido una auténtica negación de los principios de la democracia constitucional? ¿O no sería más coherente considerar éste como un nuevo supuesto de creación originaria del Estado constitucional defendiendo en consecuencia un concepto de poder constituyente revolucionario y absoluto a la manera de las primeras formulaciones de Sieyès?

La confirmación de este verdadero problema político que planteamos encuentra curiosamente su más famoso paradigma en el planteamiento de la doctrina del poder constituyente en los mismos orígenes del Estado burgués y quizá en su más famoso representante, el cura Sieyès: respondiendo a los condicionamientos materiales del momento revolucionario, Sieyès formula ante la Asamblea constituyente en julio de 1789 su concepción radical e ilimitada del poder constituyente: «*Le pouvoir constituant peut... Il n'es point*

soumis d'avance à una constitution donnée» (7). Unos años después, cuando la labor revolucionaria del nuevo sistema ha conseguido estabilizarse, Sieyès rectifica su anterior formulación permitiendo la asunción del poder constituyente por una Asamblea de representantes extraordinarios (8).

Aparece así la transmutación —o, como afirma Burdeau, sería mejor decir la *degeneración*— del poder originario en poder constituido, en ese poder que «oppose una résistance insurmontable à être, dans sa plénitude, intégré dans un organe constitué» (9), y cuya máxima competencia debe reducirse a la reforma limitada de la Constitución establecida.

II. HACIA UNA TEORIA JURIDICA DEL PODER CONSTITUYENTE: EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACION

El problema planteado nos remite así a un tema mucho más general de la teoría del Estado: el de lo que Jellinek denomina la «justificación» del Estado (10). Es evidente que en este punto nos encontramos ciertamente con un importante punto de fricción entre el plano de realidad social soporte del Estado (11) y el Derecho como instancia limitadora y condicionante de la participación del pueblo —máxima expresión de esa realidad social— en la constitución de las instituciones estatales. El problema central es el de si este derecho puede considerarse como algo anterior o preexistente al pro-

(7) *Ibid.*, pág. 206.

(8) SIEYÈS: *¿Qué es el tercer Estado?*, Aguilar, Madrid, 1973, págs. 83 y sigs. El poder de los representantes ordinarios —afirma Sieyès— estaría en efecto «limitado a los asuntos del gobierno». En cambio, «representantes extraordinarios tendrán un nuevo poder tal como plazca a la nación dárselo. Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma, en realidad todas las veces que circunstancias fuera del orden común pudieran exigirlo, es menester que confíe a representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones... Un cuerpo de representantes extraordinarios suple a la Asamblea de esta nación. No tiene necesidad, sin duda, de estar encargado de la *plenitud* de la voluntad nacional...».

(9) BURDEAU, *op. cit.*, pág. 208.

(10) V. JELLINEK: *Teoría general del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1973, capítulo VII. También WILHELM HENKE: *Staatsrecht, Politik und Verfassunggebende Gewalt*. Der Staat, 19/H.2 (1980), págs. 194 y sigs.

(11) JELLINEK, *cit.* pág. 169: «Todo Estado particular en su forma concreta, es la obra de fuerzas históricas cuyos efectos se pueden comprender, pero no son susceptibles de ser representadas en su totalidad por no ser absolutamente racionales. La política práctica y los deseos de los partidos conservan su derecho a cambiar lo dado, y la investigación científica de la política debe abrir camino para que se realicen mejoras...»

pio Estado: la idea de que exista un orden jurídico anterior al Estado ha sido ciertamente defendida por algunas doctrinas, especialmente por toda la teoría contractualista clásica a partir de Hobbes (12). Pero, como afirmaba Jellinek, puede decirse que estas teorías contractualistas caen en el error de considerar la presencia de un derecho que existe sin el soporte de una organización social previa. Por ello la crítica más radical de esta corriente es la que parte de la escuela positivista: si sólo existe derecho en sentido estricto cuando se dan los elementos esenciales del Estado, es decir, una población asentada establemente en un territorio determinado, con un poder soberano organizado, es evidente entonces que el Derecho es posterior al Estado. No sería, pues, aceptable la existencia de un «derecho social» (13) o prepositivo anterior al Estado, salvo en la esfera extrajurídica de los principios éticos o morales; y, en consecuencia, la formación del Estado sólo podría concebirse como un *puro hecho* completamente al margen del Derecho.

Ahora bien, el inconveniente de estas dos corrientes teóricas, contractualista y positivista, es que ambos conciben la esfera social anterior al Estado como un ámbito de actividad estrictamente individual, es decir, como una esfera atomizada y desorganizada donde participan únicamente sujetos independientes: por el contrario, toda realidad social —y en mayor medida la que corresponde a las sociedades del capitalismo actual— implica la existencia de grupos o fuerzas sociales más o menos organizadas. Como decía Jellinek, «el Derecho supone además —ya que jamás ha existido en la historia una comunidad completamente desorganizada— *grupos sociales*, aunque no estén organizados por vínculos estrechos» (14); la existencia de unos grupos o fuerzas sociales mínimamente organizados implicaría como es lógico un cierto *orden social*. A partir de este presupuesto, una nueva corriente teórica iniciada por Gierke (15) y continuada a otro nivel por la doctrina institucionalista italiana pasa a defender la idea del *origen simultáneo del Estado y el Derecho*: sobre este punto de partida el problema sería ahora el de resituarse el tema de la justificación o legitimación del Estado cuyo origen es simultáneo al mismo Derecho.

Conviene recordar que la doctrina más radicalmente «juridificadora» del

(12) JELLINEK, cit. págs. 146 y sigs.

(13) Para una visión histórica de la doctrina sobre el tema véase G. GURVITCH: *L'idée de droit social*. Sirey, París, 1932. Reimpresión de 1972 en *Scientia Verlag Aalen*.

(14) JELLINEK, *op. cit.*, pág. 273.

(15) Véase su *Zeitschr. f. d. Staatswissenschaft*, XXX, 1874, págs. 179 y sigs, citado por JELLINEK, *op. cit.*, pág. 272, nota 1.

poder constituyente y, en consecuencia, defensora del origen del Estado como puro hecho, el positivismo kelseniano, al excluir el tema de la legitimación de la esfera del Derecho termina por afectar profundamente a la propia justificación del Estado; es decir, renuncia a fundamentar el Estado en la realidad social, en la «sociedad civil» de los clásicos. Afirma Kelsen que «dentro de la teoría general del Estado no hay que plantear la cuestión acerca de la justicia de los contenidos del ordenamiento estatal. Este es el tema de la política, de la Ciencia política bajo cuyo nombre puede designarse la disciplina especulativa sobre la teoría política, para diferenciarla de la teoría general del Estado» (16). Pero parece evidente que Kelsen miraba al pasado cuando, en 1934, consideraba esta supresión como un paso adelante frente a las teorías «tradicionales» o iusnaturalistas de épocas anteriores (17), aquellas para las que «un Estado sólo está fundado sobre el Derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según métodos democráticos» (18). Ciertamente esta negativa de la «teoría pura» a legitimar el Estado por el derecho no significa «que considere toda legitimación del Estado como imposible [sino] solamente que la ciencia del Derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el Derecho, o, lo que es lo mismo, de justificar el Derecho por el Estado» (19). La experiencia histórica de las dictaduras fascistas de entreguerras hizo comprobar cómo aquellos sistemas «tradicionales» de legitimación, más o menos actualizados, no podían ser olvidados impunemente.

Por ello, desde nuestro punto de vista, un intento de superación de semejante problema debería pasar por dos coordenadas necesarias:

1.ª Primero, y desde una perspectiva finalista, que la llamada teoría general del Estado, concebida o no como estricta ciencia jurídica en el sentido kelseniano de la palabra, debería actuar como una instancia formal legitimadora de las instituciones políticas ya que, como el mismo Kelsen reconocía, «la negativa de la teoría pura a legitimar el Estado por el Derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible»; es decir, que lo único que se puede intentar desde una perspectiva teórico-jurídica no es determinar cuándo existe un poder constituyente (lo que co-

(16) KELSEN: *Compendio de teoría general del Estado*. Blume, Barcelona, 1979, página 139.

(17) En el mismo sentido, CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la Théorie générale de l'État*. Sirey, Paris, 1922, t. II, pág. 496.

(18) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*. Universitaria de Buenos Aires, 1977, páginas 196-197.

(19) *Ibid.*, pág. 197.

respondería obviamente a la ciencia política), sino cuándo ese poder constituyente es *legítimo*.

2.^a Segundo, que el Derecho y su teoría no pueden ciertamente entrar a determinar de forma absolutamente abstracta y ahistórica, el contenido material de los fines, objetivos o valores del Estado en formación, sino solamente, y en principio, el aspecto procesual, es decir, el camino de formación y participación de la voluntad popular soberana: se trata, pues, de garantizar o reglar el *iter* a través del cual debe expresarse esa voluntad general, otorgándole el máximo posible de legitimación.

Sectores de la doctrina alemana vinculados a la teoría de los valores y al neoiusnaturalismo parecen matizar parcialmente esta concepción al defender la existencia de unos límites supraconstitucionales al ejercicio del poder constituyente. Estos *immanenten Schranken* (20) se refieren fundamentalmente al ámbito de los derechos humanos (21), en mayor o menor medida recogidos —aún implícitamente— en las declaraciones de derechos o partes dogmáticas de los textos constitucionales: constituirían, pues, una especie de presupuestos axiológicos necesarios para la formación de una voluntad popular originaria, y en este sentido tal concepción doctrinal parece aproximarse a las distintas polémicas de las teorías francesas sobre el carácter pre o supraconstitucional de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ahora bien, es evidente que un inconveniente de esta doctrina en el terreno que nos ocupa sería concebir esos valores superiores que actúan como límites al poder constituyente en un sentido ahistórico o universal: tal visión sería válida cuando se refiere a principios o valores humanos de índole estrictamente individual, pero en un ámbito más amplio requerirían una adecuación a lo que Mortati llama «conciencia social dominante» (véase *infra*), que puede suponer cambios a lo largo de la historia.

Por ello la única vía coherente de formular una salida a este problema debería ser la de encontrar un principio justificador originario del nuevo orden jurídico-político en formación, que permita su máxima legitimación ante todos los sujetos que deben formar parte del mismo.

Para Burdeau, el titular de ese poder originario, el soberano, es «*abstraitement, la force politique dont dépend la substance de l'idée de droit: pratiquement c'est le peuple*» (22). Es decir, en este sentido las posibilidades de respuesta a tal interrogante no admiten a lo largo de la historia una gran

(20) Véase C. VON BEYME: *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*. En *Recht und Staat*. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1968, págs. 66 y sigs. Y HENKE, *cit. supra*.

(21) Véase sobre el tema A. E. PÉREZ LUÑO y otros: *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

(22) BURDEAU, *op. cit.*, pág. 219.

pluralidad de alternativas: cuando los ideólogos de la burguesía revolucionaria formulan en el siglo XVIII los presupuestos para la constitución de un nuevo sistema político, aplicando las consecuencias del Derecho natural y de las teorías pactistas del período absolutista a ese orden teórico y prepolítico que era el estado de naturaleza, estaban ciertamente desarrollando las condiciones perennes o universales de legitimación de cualquier nuevo sistema político: *el consentimiento o voluntad libre de los propios individuos*.

Ahora bien, es evidente que este punto teórico de partida utilizado por la teoría clásica del Estado no puede tener una traslación inmediata al ámbito histórico de los sistemas sociales contemporáneos: de ahí que aquel principio originario de unanimidad en la firma del contrato social que creaba el Estado, deba ser sustituido por el sistema mayoritario, y que la atomizada igualdad de los individuos en el estado de naturaleza deje paso a una sociedad pluralista, dividida en clases sociales y organizada a través de grupos o partidos políticos que actúan a través de la vía representativa.

Como ha señalado Habermas, la legitimación en vía democrática constituye un elemento característico de los sistemas políticos del capitalismo avanzado: para él, la «repolitización» de las relaciones sociales que se opera como consecuencia del creciente intervencionismo estatal en la esfera de la sociedad civil, y la imposibilidad de acudir a los sistemas de legitimación tradicional (o precapitalista) superados por el apogeo de la ideología burguesa, hace que el incremento de las necesidades de legitimación del sistema político sólo pueda solventarse acudiendo a la generalización de las formas democráticas de participación, aceptadas hoy mayoritariamente por las bases sociales del sistema (23).

En este marco es evidente que insistir, como hacen Burdeau y otros autores, en el presupuesto general de la soberanía popular, a través de la cual se expresa la fuerza política que crea el Derecho y el Estado, constituye ciertamente una referencia correcta pero excesivamente abstracta, necesitada de una mayor precisión.

III. LA TEORÍA DE MORTATI

Uno de los mejores desarrollos doctrinales en orden a la concreción de una teoría jurídica sobre el poder constituyente ha sido la obra de Constantino Mortati, elaborada a la luz de la experiencia constituyente italiana de la

(23) Véase J. HABERMAS: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Amorrortu, Buenos Aires.

última posguerra (24). Para Mortati, el primer problema consiste en hacer coincidir, en ese momento originario de la constitución del Estado, el elemento factual con el elemento jurídico: para ello procede a una determinación del concepto de Constitución en base al análisis de la naturaleza específica del Estado y de su función. La Constitución se concibe como un elemento primario, no derivado de otros, destinado a perfilar los criterios necesarios para calificar todas las variadas relaciones que se producen en el ámbito del Estado. La Constitución aparece, pues, dotada de una primacía lógica y temporal, lo que determina que sólo pueda surgir de un proceso de autocreación. Su fuerza imperativa procede de las fuerzas políticas exteriores, o grupos sociales, que hacen surgir el Estado y que son expresión inmediata de su poder soberano.

Este planteamiento implica ciertamente una superación de los problemas teóricos sugeridos por Carré de Malberg, quien a partir de su teoría del órgano del Estado era lógicamente incapaz de entender la creación originaria del Estado como un hecho jurídico: para él, el Estado, en su formación originaria es un acto prejurídico, un acto de fuerza que queda excluido de su estudio. Ni siquiera llega a admitir la argumentación —típicamente «francesa» por añadidura— de aceptar en esta formación originaria la existencia de un Derecho anterior al Estado, que se perfilaría claramente en Francia con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; puesto que aquellos derechos naturales o morales no serían un Derecho en sentido estricto al no suponer la existencia de un territorio determinado y de un poder soberano organizado. Para Carré, la soberanía deja de ser un concepto anterior a la Constitución: la soberanía sólo pertenece al pueblo en la medida en que ha sido efectivamente reconocida por la ley constitucional vigente (25). Expresa, pues, en su mayor energía la corriente limitadora o «juridificadora» del poder constituyente haciendo derivar el principio de separación del poder constituyente del propio principio de soberanía nacional (26): en efecto, si la única soberana es la nación, ningún órgano aisla-

(24) Debe destacarse, como es lógico, esta peculiaridad histórica precisamente porque las características del proceso italiano vienen a confirmar una especie de «modelo ideal» de asunción de un poder constituyente originario: una eliminación radical del sistema político preexistente y un proceso que no resultó interferido como en el caso alemán, por elementos exteriores extraños. Para una visión de la influencia de los condicionamientos históricos en las distintas teorías, véase JAVIER PÉREZ ROYO: «El poder constituyente». Apuntes mecanografiados. Facultad de Derecho de Sevilla. Sobre la teoría de MORTATI nos referimos aquí a sus *Scritti*, Giuffrè, Milán, 1972, t. I, cap. I. Citado *passim* a partir de ahora.

(25) CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, II, pág. 540.

(26) *Ibid.*, pág. 545.

damente puede tener un poder ilimitado, y así ese poder de los órganos constituidos está limitado y determinado por una regla que define sus competencias y establece sus límites: la Constitución.

Según Mortati, el gran fallo de esta concepción es la ambigüedad en que queda encuadrado el concepto de nación: si se presenta a la nación como una entidad ya formada y con capacidad de actuar, se cae en una contradicción al admitir que la nación no es susceptible de manifestar su voluntad, sino que ésta viene manifestada por un órgano representativo *ad hoc*. Y es que, en definitiva —concluiría Mortati—, esta concepción de la doctrina francesa conduce a identificar nación con Estado y, en consecuencia, soberanía nacional con soberanía estatal, lo que evidentemente implica una petición de principio y no sirve para explicar el problema de la formación originaria del Estado (27).

Por el contrario, para Mortati está claro que quien determine realmente la *voluntad nacional* a través de aquellos órganos serían *las fuerzas políticas y sociales que tienen un carácter mayoritario*, y su plasmación en la Constitución supone no sólo la declaración de una realidad de hecho, sino que simultáneamente tiende a hacer valer la exigencia de un «deber ser» y, por tanto, se convierte en obligatoria incluso para aquellos entes de cuya voluntad deriva.

Con ello se está situando, en este momento originario, el nacimiento del Estado y de la Constitución como algo factual y simultáneamente jurídico. ¿Dónde reside, pues, el poder originario que va a permitir la instauración de la forma política Estado? Para Mortati, el punto de partida se sitúa en la existencia previa de una comunidad social establecida en un determinado territorio: pero la articulación política de esta sociedad no se operaría a través del protagonismo atomizado e individual de los sujetos que pretenden, a través de un pacto social, proceder a la constitución del Estado, como sucedía en la teoría contractualista clásica; sino que, como corresponde a un marco social organizado, típico del capitalismo avanzado —y, en consecuencia, caracterizado por el pluralismo, la división de clases y la organización en fuerzas y grupos sociales y políticos— debe producirse el establecimiento de una determinada *distribución de fuerzas (o transformación en la ya existente)*, de manera que alguna de ellas sea capaz de expresar una propia voluntad imperativa que pueda hacerse valer y a la vez ser sentida como obligante en forma suprema e incondicionada, al menos en ciertos términos de *media obediencia*: esta voluntad debe quedar expresada en una norma estable que unifique la infinita pluralidad de relaciones sociales. El poder cons-

(27) MORTATI, *op. cit.*, págs. 73 y sigs.

tituyente sería precisamente esta *voluntad imperativa u obligante en su momento originario*, capaz de hacer emerger una voluntad política y de determinar una diferenciación de valores y posiciones entre los miembros, a través de una relación de mando y obediencia. Voluntad que, repetimos, tendrá un carácter de acto normativo, lo que supone la juridicidad de este acto creativo y el nacimiento simultáneo, en consecuencia, del Estado y del Derecho.

Observemos cómo el sistema de legitimación de esta teoría del poder constituyente sigue las mismas pautas generales que desarrollaban las teorías clásicas de la burguesía revolucionaria.

En primer lugar, el Estado tiende a quedar justificado en base a unos *principios superiores de justicia*: el Estado, afirma Mortati, se concibe como un medio para el desarrollo armónico de la personalidad y de los fines universales del hombre en su aspecto social; es, pues, un órgano de realización objetiva del ideal de justicia del grupo social. Y, evidentemente, este ideal de justicia, para traducirse en una realización efectiva, debe ser asumido por la propia sociedad; por ello el elemento constitutivo de eficacia del poder constituyente consistiría en «una convicción, confusa dentro de ciertos límites, de la necesidad de uniformarse al orden establecido en la Constitución y de considerarlo vinculante para el futuro» (28). ¿En qué consiste esta convicción? Para Mortati, el contenido de esta convicción debe radicar en la persuasión de la existencia de un aparato con fuerza para imponer la ejecución coactiva de los principios de ordenación, así como en el convencimiento de la idoneidad del fin genérico que el ordenamiento persigue y de su bondad. La justificación legitimadora del poder constituyente asumiría, pues, dos aspectos:

A) La determinación del contenido de los valores generales que se asumen y que van a ser actuados como «obligantes» por el ordenamiento estatal.

B) La determinación del sujeto autorizado para declarar tales valores.

Es evidente, pues, que en principio la validez de esta concepción parece remontarse originariamente a una esfera suprajurídica próxima al Derecho natural; pero a diferencia de las pretensiones universalistas y atemporales de los primeros pensadores burgueses, ahora se afirma que tanto la interpretación o concreción de esos principios o valores fundamentales, como la articulación concreta del sujeto autorizado para declararlos —en principio el pueblo, como es lógico—, deben ser analizados *históricamente* en el desarrollo de los ordenamientos singulares. O sea, Mortati es plenamente cons-

(28) *Ibid.*, pág. 51.

ciente de que esta referencia a unos principios próximos al Derecho natural es relativa y sólo pueden completarse sobre la base de su idoneidad para adecuarse al grado de desarrollo de la conciencia social dominante en el ordenamiento; y esta adecuación deberá tener necesariamente un carácter histórico.

Por ello, si de lo que se trata es de analizar históricamente la articulación del sujeto autorizado para declarar esos valores superiores que van a determinar el ordenamiento estatal —y superados obviamente los momentos en que se afirmaba la soberanía del monarca o del Estado-monarca—, es evidente que en las sociedades actuales del capitalismo desarrollado el único principio aceptado por la conciencia social dominante es el de la soberanía popular instrumentada a través de un principio mayoritario. No es posible ya aceptar atribuciones restrictivas de la soberanía a través del principio de soberanía nacional que conduce a estructuras de carácter oligárquico (aparte las limitaciones teórico-doctrinales de esta concepción, como ya veíamos en la crítica a Carré de Malberg). Por último, los instrumentos de articulación y organización de la deliberación política de la voluntad del pueblo serían actualmente los grupos, partidos o sindicatos, expresión del pluralismo social: es decir, formaciones sociales intermedias portadoras de determinadas concepciones políticas generales y en torno a las cuales tienden a agruparse los individuos.

En un sentido parecido Wilhelm Henke (29) insiste rotundamente en concebir a la sociedad como fundamento del Derecho y de la Constitución, aunque de una manera que no es aprehensible jurídicamente. Pero a partir de aquí no se atreve a incluir esta esfera de la sociedad en el ámbito del Derecho: para Henke, la política es *das Austragen von Konflikten*, es decir, la esfera de la disputa y la incertidumbre no predecida por el Derecho, y en este sentido el poder constituyente del pueblo se encontrará siempre en estado natural. Su intento de solución teórica del problema se centra en demostrar la doble dimensión, política y jurídica, de los conceptos fundamentales del Estado (democracia, poder, Constitución...): al concluir afirmando que «Auch der Begriff der verfassunggebenden Gewalt is ein Begriff mit doppelter, politischer und rechtlicher Bedeutung» está ciertamente tocando el fondo del problema (30), pero deja, sin embargo, sin resolver la posible mediación entre una y otra esfera, entre la realidad política y el ámbito del Derecho. En cambio, Mortati parece dar un paso adelante en la línea de incluir la teoría del poder constituyente en el terreno de la ciencia del Dere-

(29) *Op. cit.* en nota 10, y J. PÉREZ ROYO: «Apuntes» cit.

(30) *Ibid.*, pág. 204; en general, véase sobre todo págs. 199 y sigs.

cho al insistir en la articulación o determinación jurídica de la *forma de actuar* de la sociedad, estimando que se trata lógicamente de una sociedad organizada a través de fuerzas sociales, partidos, sindicatos, etc., es decir, de una sociedad que se corresponde al entorno histórico de las sociedades del capitalismo actual. En este sentido, el Derecho no podría predeterminar el contenido material de la decisión en que se exprese el poder constituyente, pero sí podría condicionar la forma de articulación y participación de las fuerzas políticas para que ese poder pueda considerarse plenamente legítimado.

Es aquí, pues, donde debe buscarse un principio de coordinación entre las fuerzas o grupos sociales que constituyen el substrato material previo de todo sistema jurídico-político, y unos principios jurídicos de articulación política de los mismos (que, repetimos, no deben alejarse de la dimensión histórica en que esta realidad del pluralismo social se expresa).

La teoría del Derecho podría encaminarse, pues, a formular una serie de requisitos o condiciones que permitan la expresión de esta voluntad conforme a los principios legitimadores históricamente aceptables.

En primer lugar, para la aplicación del *principio mayoritario* podrían formularse, según Mortati, estas condiciones mínimas:

1.^a Que éste se traduzca en una concepción de la vida en sociedad unitaria y armónica, es decir, aceptadora/integradora del pluralismo social y político.

2.^a Una instrumentación técnica mínima para que se trate de una mayoría clara.

3.^a Que encuentre frenos y contrapesos que le impidan convertirse en una mayoría tiránica, lo que supondría aceptar un principio de representación proporcional.

4.^a Que se garantice a las minorías no sólo su existencia e independencia, sino la posibilidad de convertirse en futuras nuevas mayorías; es decir, máxima libertad de opinión y propaganda.

Y en segundo lugar, el Derecho podría establecer unos principios mínimos para la articulación del *principio representativo* en un marco pluralista, asegurando que éste sea un procedimiento que refleje fielmente las diversas corrientes de opinión existentes en un país, es decir:

1.^a Reconocimiento jurídico de las diversas asociaciones.

2.^a Sistema electoral de representación proporcional.

3.^a No intervención o coacción en su proceso de formación o funcionamiento por parte del Estado, es decir, respeto de su carácter espontáneo.

Ambas series de condicionantes, analizados comprensivamente, podrían reducirse a una doble categoría clasificados conforme a su funcionalidad:

aquellos que tratan de asegurar la *expresión* adecuada de una voluntad popular ya formada, es decir, que adoptan un carácter formal, y aquellos que pretenden garantizar una fase previa o anterior —y que podríamos considerar como de carácter material—, la de *gestación o formación* de esa voluntad popular en el seno de un marco social pluralista.

A grandes rasgos podríamos advertir cómo históricamente estas dos series de condicionamientos legitimadores se han desarrollado inversamente en los sistemas del constitucionalismo occidental, mientras en el marco de los sistemas liberales el ámbito de formación de la opinión pública constituye un espacio social escasamente interferido por los poderes públicos, que adoptan una posición no intervencionista en el seno de la sociedad; en cambio, los cauces participativos están claramente restringidos a través de una multitud de procedimientos censitarios, principio de soberanía nacional, sistemas electorales limitados, etc.; por el contrario, en el capitalismo contemporáneo las estructuras democráticas de participación se han ensanchado considerablemente superando incluso los niveles estrictamente políticos, permitiendo la participación en la formación de la voluntad general de otras fuerzas sociales —sindicatos, asociaciones, organizaciones de intereses, etcétera—; pero, en cambio, el medio social de formación de la opinión pública ha perdido el espontaneísmo no interferido de antaño; es, en primer lugar, un medio «politizado» por el intervencionismo creciente del Estado, y en segundo lugar, «manipulado» por la progresiva incidencia de los grandes medios de comunicación y difusión de masas inexorablemente controlados monopólicamente por grandes grupos financieros y de intereses (31).

IV. LA HISTORIA COMO CONDICIONANTE: LOS PROBLEMAS DEL CASO ESPAÑOL

Ambas categorías de principios condicionantes de la formación y expresión de la voluntad popular, legitimadores del poder constituyente, deben, como es lógico, desarrollarse en el marco de sistemas sociales muy distintos.

El modelo histórico ideal sería, como recuerda Burdeau, aquel en el que previamente ha sido eliminado el sistema político preexistente conforme al viejo eslogan revolucionario *destruam ut aedificabo*. Burdeau habla de una *primera* fase del proceso dominada por el puro hecho revolucionario, frente

(31) Véase sobre el tema PEDRO DE VEGA: «Parlamento y opinión pública», en *Parlamento y sociedad civil* (simposio), coordinación de M. A. Aparicio. Universidad de Barcelona, 1980.

a un *segundo* momento de articulación jurídica donde el poder constituyente originario aparece como *pouvoir juridique* estableciendo la nueva idea de Derecho (32). Tal puede ser, por ejemplo, el caso de las denominadas constituciones consensuadas de la posguerra, especialmente, como hemos apuntado, el supuesto italiano: la eliminación de los sistemas de organización y dominación de los grupos sociales preexistentes impulsaría un proceso de dinamización e integración de fuerzas que se desarrollará en un marco de absoluta espontaneidad social, fuera de todo control político; y sería dentro de este marco prepolítico donde podría engendrarse esa nueva distribución de fuerzas hasta permitir que alguna de ellas —mayoritaria— sea capaz de expresar «una voluntad propia imperativa que pueda hacerse valer y a la vez ser sentida como obligante...», conforme a la descripción de Mortati.

Sin embargo, según apunta el propio Mortati, en la génesis de este proceso preconstituyente puede encontrarse no sólo la aparición de una *nueva* constelación de fuerzas sociales o políticas, sino igualmente una *transformación en la ya existente*. Tal supuesto, que Mortati apenas reseña de pasada, constituiría evidentemente un puro proceso endógeno de cambio, un modelo claramente diferenciado de articulación de fuerzas políticas en esta fase originaria; porque —y aquí reside la verdadera diferencia— esa transformación del sistema de mayorías políticas anteriormente existente no tiene por qué suponer el *desmantelamiento previo* de los aparatos de control social o político detentados por esos grupos o fuerzas dominantes.

Creemos que merece la pena desarrollar más ampliamente este *supuesto especial* apuntado por el ilustre constitucionalista italiano, puesto que, en definitiva, estaría más próximo a lo que ha sido la reciente experiencia de cambio político en nuestro país. Nuestra visión de este problema debería desarrollarse a dos niveles: uno, al margen por completo de todo planteamiento jurídico, centrado en el mero estudio de las posibilidades de *cambio social* en el marco de las sociedades no democráticas del mundo occidental y particularmente en la española; frente a un segundo plano de análisis acerca de las condiciones jurídico-políticas de articulación y actuación de los grupos o sistemas de mayorías en su intento de acceder al control de los aparatos de poder del Estado.

En general, los estudios hasta ahora realizados sobre el caso español (33) se centran, como es lógico, en el fenómeno de cambios sociales operados en nuestro país a partir de la década de los sesenta: inclusión en una dinámica

(32) BURDEAU, *op. cit.*, tomo IV, págs. 217 y sigs.

(33) En especial los de Sánchez Agesta, Esteban, Jiménez Campo (en García de Enterría y Predieri ed.), Maravall, etc.

de desarrollismo económico encuadrada en una fase mundial alcista y transformaciones sociales subsiguientes, a saber, formación de unas potentes capas medias urbanas, progresiva desaparición de las bases agrarias de apoyo al sistema franquista y, como es lógico, cambios en el esquema de organización de los grupos capitalistas dominantes (34). J. M. Maravall interpreta este proceso de cambio en España (35) como una conjunción de dos líneas o vectores de dinamismo social: lo que él llama de una parte la política reformista «desde arriba», es decir, las transformaciones en el equilibrio hegemónico de los bloques en el poder, frente a las presiones «desde abajo» con la movilización de grupos sociales no dominantes en una estrategia reivindicativa más o menos organizada.

Está claro, sin embargo, que el protagonismo inicial de nuestro proceso de cambio proviene del primer bloque, es decir, que estamos en principio ante una reforma «desde arriba» que conforme a la interpretación de Mortati deberá responder a una «transformación» en el bloque social dominante; con mayores o menores ambigüedades esta estrategia está presente desde los primeros momentos del Gobierno Arias Navarro y en ella confluyen fuerzas significativas del bloque dominante, como la Iglesia, la Corona, sectores del Movimiento, etc. Y ello es tan obvio porque responde a la misma lógica de la situación planteada: la evidente insuficiencia del sistema de dominación franquista tras la muerte del dictador. Ahora bien, el problema sería ¿en qué condiciones se engendra tal dinámica de cambio entre los grupos sociales dominantes, es decir, entre las fuerzas del capitalismo español? Es aquí donde debemos plantear inicialmente el problema de las transformaciones sociales de nuestro país como soporte de un proceso de transformación política, a partir de los cambios operados en las últimas décadas, y no simplemente en la constatación de unas transformaciones en las bases sociales del sistema —la liquidación de las bases agrarias y el nacimiento de unas poderosas capas medias urbanas— que evidentemente no lograron tomar la iniciativa del cambio.

A) *Las posibilidades de cambio social en los sistemas occidentales no democráticos*

Dando por supuesto el mantenimiento en términos globales del sistema de dominación social existente en las sociedades capitalistas de corte occi-

(34) En especial J. JIMÉNEZ CAMPO, en GARCÍA DE ENTERRÍA y PREDIERI (ed.): *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Ed. Civitas.

(35) «Transición a la democracia. Alineamientos políticos y elecciones en España», en *Sistema*, núm. 36, págs. 65 y sigs.

dental, es evidente que una *transformación* en el grupo de fuerzas sociales que controla los aparatos del poder político no puede suponer una inversión radical del sistema de dominación, es decir, un proceso revolucionario popular *strictu sensu* que implicaría la liquidación total del modelo de sociedad. Más bien por «transformación» en la distribución de fuerzas o grupos sociales y políticos preexistentes, según la expresión de Mortati, habría que entender la sustitución, ampliación o transformación de los sectores o grupos *dominantes* —así como de sus respectivas líneas de alianzas— y, en consecuencia, el cambio en los criterios que orientan la estructura y la actividad política del Estado, aunque no necesariamente en los objetivos últimos o finales de la misma.

El primer caso —la inversión radical del sistema de dominación, con la aparición de un grupo mayoritario dominante totalmente nuevo— es obviamente un supuesto radicalmente revolucionario y más que una transformación en el sistema implicaría la propia eliminación del mismo mediante la inversión de las relaciones de clase. El segundo es el que presenta mayores consecuencias para el estudio de las transformaciones en los sistemas sociales no pluralistas del capitalismo occidental: implica la permanencia de las grandes líneas estructurales de esta formación social, es decir, la subsistencia de unas estructuras de dominación en favor de un grupo o grupos *dominantes*. En este caso podríamos distinguir tres supuestos diferenciados según la dinámica a que se ven afectados los grupos *dominantes* y sus respectivas relaciones y alianzas:

1) La *sustitución* de un grupo o sector dominante por otro sería, como desencadenante de un proceso constituyente, el supuesto más radical o rupturista. Podría tratarse del caso de un régimen dictatorial apoyado sobre un sector capitalista (capitalismo monopolista de Estado, por ejemplo) o sobre una constelación de intereses movida por el gran capital multinacional en el caso de algunos regímenes autoritarios del Tercer Mundo. En este caso, el ascenso en la pirámide del poder social de grupos autóctonos no vinculados al anterior sistema, interesados en una mayor apertura política del mismo, podría contar con el apoyo de sectores populares y llegar incluso a la eliminación radical —*ruptura*— de los antiguos circuitos privilegiados de poder.

2) La *ampliación* de los sectores *dominantes* se produciría cuando en las mismas circunstancias objetivas del supuesto anterior puede llegarse a un compromiso entre grupos anteriormente *dominantes* y sectores en ascenso: compromiso, por ejemplo, entre una gran burguesía central amparada entre los circuitos del poder y burguesías regionales o periféricas en ascenso; entre un capitalismo monopolístico vinculado al sector público y grupos surgidos en

el marco de sectores en libre competencia, o bien entre sectores dependientes del capitalismo exterior o multinacional y grupos nacionales autóctonos en expansión. Las posibilidades de compromiso son variadas y de su traducción en el terreno de una posible ampliación de los cauces estructurales de participación política dependerá el apoyo circunstancial de grupos populares o partidos de izquierda. Según los supuestos podría hablarse de *ruptura reformista*, *ruptura pactada*, etc.

3) Por último quedaría un supuesto final de mantenimiento de la misma constelación anterior de fuerzas dominantes, que proceden a una *transformación* del sistema político existente: las razones que exigirían esta transformación pueden ser de dos tipos: a) Bien por la desaparición de alguna pieza fundamental en el sistema de dominación anteriormente existente, caso, por ejemplo, de muerte o desaparición de la figura personal del dictador y/o b) Por la necesidad de aumentar o perfeccionar el sistema de legitimación del orden existente acudiendo a una introducción de elementos democráticos (sufragio universal, libertad de asociación, etc.) que refuercen la estabilidad y sobre todo, la *imagen* del régimen (36). Nos encontraríamos, pues, ante un simple y escueto *proceso reformista* en el que la participación o apoyo circunstancial de fuerzas populares o partidos de izquierda dependería más de circunstancias extraordinarias o de la habilidad personal de la clase política en crear expectativas suficientes entre estos grupos que de las exigencias objetivas de la situación.

Con estos simples modelos descriptivos no pretendemos, por cierto, dar por cerrada la discusión sobre cuál haya sido el proceso peculiar de cambio en el bloque hegemónico de nuestro país, sino tan sólo señalar sus diversas posibilidades de interpretación. No pretendemos tampoco asimilar el problema en una óptica estrictamente «poulantziana» y vinculada a las llamadas teorías del desarrollo dependiente. J. M. Maravall (37) ha criticado esta interpretación para el caso español apuntando, entre otras, a las obras de C. Moya y J. Muñoz (38) para defender la idea de lo que denomina un «modelo prusiano» de desarrollo económico a partir de los años sesenta, apoyado esencialmente sobre la aristocracia financiera de la gran banca, así como en el propio papel del Estado en la formación de capital a través del Instituto Nacional de Industria: es decir, lo que bajo una óptica principalmente marxista se ha denominado «capitalismo monopolista de Estado».

(36) Sobre el tema véase HABERMAS, *op. cit.*, en nota 23.

(37) En *Sistema*, núm. 36, cit., págs. 68 y sigs.

(38) Del primero, *El poder económico en España*, Túcar, Madrid, 1975; y del segundo, *El poder de la Banca en España*, Zyx, Madrid, 1969.

Parece claro que una interpretación omnicompreensiva del proceso de transformaciones sociales que se operan en España con anterioridad al momento de liquidación del franquismo debería tener en cuenta ambos modelos de interpretación, porque en contra de lo que afirma Maravall, una formación dependiente no se basa solamente «en la importancia de los ingresos del turismo y de la emigración..., lo mismo que el volumen de las inversiones extranjeras» (39), sino en el papel que una economía nacional desempeña en el conjunto de los mercados mundiales y específicamente en su función agroexportadora y de enclave de recursos mineros (40) y no deben quedar muchas dudas de la conformación histórica de la economía española en este sentido (41).

B) *Las limitaciones del proceso: el cambio «controlado»*

En cualquier caso, todos estos supuestos de cambio quedarían fuera del modelo ideal de proceso constituyente originario o *ex novo* (caracterizado, repetimos, por ese previo momento revolucionario de que hablaba Burdeau y que supondría eliminar, hacer tabla rasa con el sistema institucional anterior) y más próximos, evidentemente, al marco de los *poderes constituyentes constituidos* que actúan y se articulan conforme al ordenamiento preexistente. ¿Cómo deberían operar en este caso aquellos principios materiales legitimadores de la articulación y manifestación de la voluntad popular? ¿Cuál debería ser el fundamento de legitimación del nuevo poder constituyente, de especial importancia, como es lógico, en los supuestos en que, como el nuestro, el marco político preexistente no pueda ser calificado como un sistema democrático-constitucional en sentido estricto?

Debemos recordar en este punto, primero, que los factores de legitimación de un poder constituyente no deben confundirse con los requisitos formales del *proceso* constituyente que es donde suelen centrarse la mayoría de los análisis hasta ahora realizados sobre la experiencia constituyente española, para calificar como más o menos «atípico» el proceso que ha conducido a nuestra actual Constitución de 1978. Si pretendemos defender una concepción de la teoría del poder constituyente que conecte la trans-

(39) En *Sistema*, cit. pág. 69.

(40) Sin ánimo de reproducir la ya extensa bibliografía sobre el tema basta con citar los «clásicos» A. EMMANUEL: *El intercambio desigual*, en Siglo XXI ed., y S. AMIN: *El desarrollo desigual*. Fontanella.

(41) Puede verse sobre el tema, J. NADAL: *El fracaso de la Revolución industrial en España*. Ariel, Barcelona.

formación de la forma estructural del Estado con sus auténticas bases reales, es decir, con la propia realidad social, sus enfrentamientos de clase y sus conflictos immanentes, está claro que deben defenderse, como hemos apuntado, unos requisitos legitimadores de naturaleza material. En segundo lugar, aclaremos que lo que se trata de determinar es el tema de la legitimación *originaria* y «*a priori*» del poder constituyente, a través de la actuación de los grupos o fuerzas sociales y no de la legitimación (o pseudolegitimación) *a posteriori* a través de la vía del referéndum, cuya autenticidad democrática está más que puesta en duda a partir de su sistemática utilización por los sistemas autoritarios de todo el mundo.

Por ello, el verdadero problema de la legitimación originaria de un poder constituyente no revolucionario deberá situarse en las condiciones que permitan la formación libre de una voluntad popular mayoritaria, expresada y articulada a través de las fuerzas sociales y políticas libremente organizadas. A este nivel, como hemos dicho, debemos señalar dos aspectos diferenciados: el plano institucional o formal que trata de garantizar la expresión pública de una voluntad popular ya formada, y el nivel anterior, auténticamente social, material o preinstitucional, de formación y desarrollo de esa opinión pública.

Es evidente que estos dos planos pueden moverse en forma no coincidente en aquellos supuestos no revolucionarios *strictu sensu* en que las fuerzas o grupos anteriormente dominantes siguen conservando su capacidad de control sobre el sistema social, así como el dominio del aparato institucional en su conjunto.

De entrada, la propia *creación de partidos políticos* como fuerzas representativas adopta un distinto significado según se trate de partidos generados en el seno de la propia sociedad o de partidos creados desde el poder, según la clasificación tipificada por La Palombara y Weiner (42). Porque es evidente que el surgimiento «desde abajo», en el seno de una sociedad no democrática, de grupos o fuerzas políticas de oposición, capaces en teoría de articularse hasta formar un bloque mayoritario, no pueden considerarse como fenómenos «libres» o espontáneos generados en el marco de un teórico nuevo estado de naturaleza; por el contrario, todo este proceso tendrá su gestación en el entorno del sistema político anterior, será interferido y reprimido por un aparato de poder que consagra quizá intereses contrapuestos a las nuevas constelaciones sociales que van surgiendo, y estas fuerzas sociales estarán inexorablemente condicionadas, reprimidas y manipuladas por el sistema de gobierno existente. En el lado opuesto, la «democratización»

(42) En *Political Parties und Political development*. Princeton U., pág. 1966.

de las fuerzas sociales o políticas que anteriormente controlaban los aparatos del poder dentro de un sistema autoritario no pluralista, se convierte igualmente en una posible desnaturalización del régimen democrático desde el momento en que el partidismo pluralista puede configurarse como una fachada al servicio de intereses «superiores»: el mantenimiento de un bloque de control suprapartidista que procura excluir del ámbito representativo determinados sectores institucionales y sobre todo circuitos privilegiados del poder, como la defensa, ciertas esferas de la administración económica, grandes medios públicos de difusión, organismos de los servicios secretos de información, etc.

Pero aun concediendo una cierta apertura en lo que Claus Offe llamaría filtros institucionales de participación (43), es evidente que el proceso de formación de una nueva voluntad popular originaria puede estar sujeto a una serie de controles materiales de enorme eficacia.

Así, podríamos hablar en primer lugar de un *control interno* que se ejercitaría en el interior del antiguo aparato administrativo-institucional, tanto a nivel central como local o provincial, y cuya operatividad respondería lógicamente a un sistema de dominación burocrática al servicio de los viejos intereses dominantes.

Cabe hablar, en segundo lugar, de un *control estructural* detentado por el órgano ejecutivo que ejerce las funciones de gobierno provisional y consistente en la potestad de reglamentar toda la normativa electoral que estructurara el sistema de representación: determinación de las circunscripciones, número mínimo de diputados y sistema de escrutinio, aparecen a estas alturas como auténticos instrumentos de conformación de la representación política, permitiendo (con la ayuda de adecuados instrumentos de prospección y sondeo) la predeterminación de mayorías electorales o parlamentarias sin una excesiva dificultad. La legislación electoral, puesta en manos de un gobierno provisional vinculado al pasado, es claramente un instrumento de control estructural que permite condicionar la evolución de todo proceso político (44).

Igualmente, y en casos más excepcionales, puede aparecer una dinámica de *control a través de instrumentos exteriores* al propio sistema político: la amenaza de una intervención del ejército o de una potencia extranjera,

(43) Véase SONNTAG-VALECILLOS: *El estado en el capitalismo contemporáneo*. Siglo XXI, cap. I, y C. OFFE: *Lo Stato nel capitalismo maturo*. Etas Libri, 1979. Traducción de su *Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates*. Frankfurt, 1972.

(44) Véase para el caso español M. MARTÍNEZ SOSPEDRA: «Desigualdad y representación en la Constitución española de 1978: el caso de las Cortes Generales», en la obra citada *Parlamento y sociedad civil* (simposio). Universidad de Barcelona, 1980.

que se produciría al rebasarse unos tácitos límites máximos tolerables a la evolución o transformación del sistema político.

Pero, por último, y por encima de todos ellos, podemos señalar la existencia de un tipo de *control externo*, previo, que actuaría sobre el mismo proceso de formación de la opinión pública, cuya decisión deberá afectar a la formación del órgano constituyente; se trataría, como hemos apuntado anteriormente, de un tipo de control desarrollado y agudizado progresivamente en los sistemas sociales del capitalismo avanzado: nos referimos al control sobre los grandes instrumentos de formación de la opinión pública, es decir, sobre las grandes cadenas de prensa, radio y televisión, que de hecho pueden convertirse en decisivos elementos de «dirección» de la opinión del electorado.

C) Conclusiones

En definitiva, todos estos fenómenos que apuntamos no hacen más que acercarnos a la constatación de que en el marco de los sistemas políticos establecidos en las sociedades contemporáneas difícilmente puede producirse (salvo, repetimos, en los supuestos de ruptura revolucionaria) la formación y manifestación de una voluntad popular originaria en su estado puro. Conclusión que evidentemente sería también aplicable a ciertos procesos revolucionarios «populares» en los que la asunción de poderes absolutos por un gobierno provisional no pluralista puede igualmente obstruir la formación de una auténtica voluntad popular constituyente. Es decir, que salvo casos históricos excepcionales o salvo el supuesto de la «revolución de laboratorio» que a nivel teórico plantea Burdeau, la legitimación originaria del poder constituyente no puede encontrar fácilmente sus cauces ideales de formación en los sistemas establecidos.

Por ello, y rechazada ya la posibilidad de una legitimación *a posteriori* a través de la vía estricta del referéndum, sólo sabría plantear, al menos a nivel teórico, la posibilidad de una *legitimación intermedia* que se produciría a partir de la incorporación de las fuerzas o grupos políticos mayoritarios a un proceso constituyente cuya iniciativa ha partido de los poderes constituidos del anterior ordenamiento. Nos encontraríamos en este supuesto ante dos etapas de contenido inverso a las dos fases de la «revolución de laboratorio» que planteaba Burdeau: en la *primera* de ellas la actuación de un puro y simple poder de reforma; es decir, no habiendo existido una mutación en la distribución de fuerzas sociales y políticas preexistentes que dé lugar al surgimiento de una nueva voluntad política dominan-

te que actúe como un auténtico poder constituyente absoluto, no puede hablarse de poder constituyente en sentido propio, capaz de generar una formación originaria, *ex novo*, de un nuevo tipo de Estado, sino más bien del ejercicio por parte de las mismas fuerzas sociales dominantes anteriormente de una potestad de revisión nacida en el seno del viejo ordenamiento y manifestada formalmente como poder constituyente constituido. La incorporación, en una *segunda* fase, de fuerzas sociales y políticas ajenas al anterior sistema (expresión, aunque controlada y manipulada, del pluralismo social) permitiría la transformación material de ese poder de reforma en auténtico poder constituyente, es decir, supondría una posible legitimación intermedia a través de la cual ciertamente un proceso autogenerado y controlado de reforma alcanzaría, al transformarse en constituyente, su máximo posible de legitimación.

Esta doble fase de tal proceso es admitida, entre otros para el caso español, por J. F. Coverdale (45), cuando analiza cómo la iniciación del proceso de reforma política por el Consejo Nacional del Movimiento (46) supone una primera legitimación del nuevo régimen para las viejas grandes fuerzas del franquismo (se trataría, pues, del mismo poder constituyente material anterior que inicia un proceso de reforma a través de los órganos constituidos), mientras la participación posterior de las fuerzas extrafranquistas —oposición de izquierdas y grupos neoconservadores— generaría una legitimación democrática posterior.

En definitiva, un sistema semejante de legitimación intermedia, por incorporación *a posteriori*, en una segunda fase, de la pluralidad de fuerzas políticas capaces de articular una voluntad general imperativa plenamente legitimada, puede considerarse como el máximo modelo tolerable de poder constituyente dentro de un proceso de cambio «controlado», al margen del supuesto auténticamente originario o de previa radical ruptura del orden existente.

Sólo cabría recordar, una vez más, el carácter *limitado* con que —como señalaba Burdeau— opera todo poder constituyente constituido («Des modifications partielles apportées à la constitution existance, voilà ce qu'ont réalisé les organes de révision, une constitution nouvelle... jamais»), lo que

(45) En *The political transformation of Spain after Franco*. Praeger Publishers, Nueva York, 1979, págs. 135 y sigs.

(46) Por cierto, Coverdale se confunde y habla del Council of the Realm (Consejo del Reino). Debe referirse seguramente al informe preceptivo del Consejo Nacional del Movimiento (aunque no vinculante) del 8 de octubre de 1976. Véase ESTEBAN-LÓPEZ GUERRA: *De la dictadura a la democracia*. Universidad Complutense, Madrid, 1979.

supondría, una vez producida la incorporación de las fuerzas sociales democráticas al proceso constituyente, el intento de mantener en forma más o menos expresa unos límites extraconstitucionales impuestos por el anterior sistema, o por los sectores sociales que los representen, que pueden quedar o no incorporados al propio texto constitucional (47). Este desfase en la superposición de niveles ideológicos y políticos que deben confluir en tal proceso determinará como es lógico una especial dificultad en el necesario consenso constituyente (48), dificultad que en nuestro caso hubo de resolverse, quizá no en su forma más óptima, mediante una dilación del mismo, elaborando una Constitución abierta que transfiere la mayoría de sus grandes problemas de desarrollo a las leyes orgánicas posteriores. Esta transparencia al futuro de ciertos problemas constituyentes irresolubles debe considerarse necesariamente como un factor de inestabilidad política que permite la reproducción periódica de conflictos «constituyentes» que debían haber quedado resueltos en aquel momento originario: todo lo cual contribuye a demostrar el carácter limitado, extraordinario y contingente con que opera un sistema de legitimación intermedia del poder constituyente dentro de cualquier proceso de cambio político —en el marco de una sociedad no pluralista— siempre que no venga precedido por la eliminación previa de los anteriores sistemas de dominación.

(47) Tal incorporación, en su caso, podría contar con una especial protección o reforzamiento al quedar excluida del ámbito de modificación o reforma a través de los procedimientos ordinarios de revisión constitucional. Así sucede en nuestra Constitución con el ambiguo y polémico artículo 8.º sobre las FF. AA. y con la propia monarquía parlamentaria como forma de Estado, que constituyen un bloque prácticamente irreformable.

(48) Esta idea ha sido desarrollada, entre otros, por Pedro de Vega; podemos referirnos, por ejemplo, a su conferencia en el ciclo «Derechos humanos y Constitución», Facultad de Derecho, Sevilla, curso 79-80. No hay versión mecanográfica.