

¿No hay cláusulas de intangibilidad material en la Constitución Española?

Is there any Entrenched Clause in the Spanish Constitution?

Ignacio González García

 <https://orcid.org/0000-0003-1882-721X>

Universidad de Murcia. España
Correo electrónico: igongar@um.es

RECEPCIÓN: 31 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 1 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18710>

RESUMEN: El profesor Sauca Cano parte en su trabajo de una premisa comúnmente admitida por la doctrina constitucionalista de nuestro país: la Constitución española de 1978 no recoge ninguna cláusula de intangibilidad material de carácter expreso. En el presente texto se intenta justificar, desde la óptica del derecho constitucional, por qué el artículo 2o. de la Constitución sí establece ese tipo de cláusula expresa cuando prescribe la condición indisoluble e indivisible del sujeto titular de la soberanía.

Palabras clave: cláusulas de intangibilidad, límite expreso, indisolubilidad, indivisibilidad, soberanía, reforma constitucional.

ABSTRACT: In his work, Professor Sauca Cano assumes a premise commonly accepted by the constitutional doctrine of our country: the Spanish Constitution of 1978 does not contain any entrenched clause of an express nature. The aim of this paper is to argue, from the constitutional law perspective, why article 2 of the Constitution does establish this type of express clause when it prescribes the indissoluble and indivisible condition of the holder of sovereignty.

Keywords: Entrenched clauses, express limit, indissolubility, indivisibility, sovereignty, constitutional reform.

SUMARIO: I. *Planteamiento: la unanimidad doctrinal sobre la inexistencia de cláusulas de intangibilidad expresas en la Constitución española.* II. *Sobre las cláusulas de intangibilidad: su concreta redacción y ubicación.* III. *La indisolubilidad e indivisibilidad de la Nación: mandato normativo positivo.* IV. *El procedimiento para la revisión total de la Constitución y su alcance hermenéutico.* V. *La irrelevancia de la categoría de democracia no militante a estos efectos.* VI. *Recapitulación.* VII. *Referencias.*

I. PLANTEAMIENTO: LA UNANIMIDAD DOCTRINAL SOBRE LA INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD EXPRESAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En la primera parte de su trabajo, el profesor Sauca aborda de modo sagaz la cuestión de la incorporación de las cláusulas de intangibilidad a los textos constitucionales, aportando interesantes reflexiones y categorizaciones de la óptica de la teoría del derecho que resultan muy estimulantes y útiles para la labor de los constitucionalistas. Lógicamente, viene a concluir que en nuestra Constitución española (CE) vigente no hay más cláusula de intangibilidad que aquella de carácter circunstancial recogida en el artículo 169 CE; esto es, no habría límites materiales expresos a la reforma constitucional. Es esta una de las premisas de las que parte para desplegar el resto de sus razonamientos relativos a la posibilidad de que nuestro texto constitucional sí haya previsto, por el contrario, algunas cláusulas de *liquidez constitucional*, que operarían en la lógica contraria.

Y, efectivamente, se suma así a lo que ha sido siempre un sentir unánime de la doctrina constitucionalista de nuestro país, con el aval de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹ Por supuesto, quienes defienden la inexistencia de límites materiales absolutos de cualquier tipo (Pérez Royo, 2015; Aláez Corral, 2000; García-Escudero Márquez, 2007), pero también aquellos otros autores que propugnan la existencia de límites materiales de carácter implícito (Ruipérez Alamillo, 2014, pp. 145-146; De Vega García, 1985; Fondevila Marón, 2015, pp. 249-260), coinciden en afirmar sin margen para la duda que nuestra Constitución vigente no ha previsto de forma expresa ninguna cláusula de intangibilidad material.

Mi aportación a este debate consiste en, al menos, cuestionar —por supuesto, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, no de la Filosofía del Derecho— esa premisa general por todos compartida. Concretamente, ¿no cabría entender que el constituyente dispuso un límite material expreso a la reforma constitucional cuando estableció el carácter *indisoluble e indivisible* de la Nación española, esto es, del titular de la soberanía, en el artículo 2 CE de 1978? Desde luego, si echamos un vistazo

¹ Véase STC 103/2008, de 11 de septiembre: “El procedimiento que se quiere abrir, con el alcance que le es propio, no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión total de la Constitución por la vía del artículo 168 CE. [...] La cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos del País Vasco afecta (artículo 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone una reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano [...]) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del artículo 168 CE”.

a la mejor literatura jurídica de nuestro país al respecto, habría que responder negativamente a ese interrogante.²

Sin embargo, creo que cabe separarse de esa tesis a través de la refutación de los principales argumentos doctrinales sobre los que se apoya. Así, intentaré justificar: la viabilidad jurídica de las cláusulas de intangibilidad expresas y sus posibles diversas formulaciones; la condición de fundamento pero también de mandato positivo de la indisolubilidad e indivisibilidad consignadas en el artículo 2 de la Constitución; la ausencia de valor hermenéutico de la previsión de un procedimiento para la revisión total de la Constitución (artículo 168.1); y, finalmente, la irrelevancia a estos efectos de la condición de democracia no militante de nuestro modelo. Veámoslo.

II. SOBRE LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD: SU CONCRETA REDACCIÓN Y UBICACIÓN

Tanto la licitud jurídica de incorporar cláusulas de intangibilidad material a los textos constitucionales, como su pertinencia y potencial eficacia desde una óptica más política o incluso sociológica, han sido objeto de discusión doctrinal desde los inicios mismos del constitucionalismo (véase la síntesis de corrientes críticas en García-Atance García, 2002, pp. 182-187). Aun no faltando debates relativos a la primera de esas dimensiones —la estrictamente jurídica (Hernández Valle, 1993, pp. 151-153)— es lo cierto que, como ha señalado acertadamente Jiménez Campo, la mayor parte de los argumentos esgrimidos por la doctrina constitucionalista para criticar la incorporación de estas cláusulas a las constituciones se han centrado en la segunda de tales dimensiones, la eficacia en términos políticos.³ Valga, por todos, el ejemplo de Loewestein (2018):

² Véanse los diferentes enfoques: Aláez Corral y Bastida Freijedo (2019, pp. 243-298); Aragón Reyes (2019, pp. 183-214); Caamaño Domínguez (2020); De Carreras Serra (2018); López Basaguren (2014, pp. 87-106); Ruipérez Alamillo (2003); Solozábal Echavarría (2018); Tajadura Tejada (2018); Vera Santos (2007); Virgala Foruria (2017).

³ Jiménez Campo (1980) explica que “Más interés tiene para la interpretación de nuestra Constitución el problema de los límites expresos —*textuales*, como, con mayor precisión, los identifica Cicconetti— a la revisión constitucional. Como habrá ocasión de apuntar, la cuestión de la existencia de tales límites no puede, sin más, resolverse negativamente a propósito del texto fundamental español, y ello pese a que no pueda ignorarse la importancia de la previsión de una revisión total del mismo. Como es de sobra conocido, el recurso a las cláusulas de intangibilidad no escasea en el Derecho comparado, por más que dicha práctica siga siendo objeto de una aguda polémica doctrinal. No se trata ya de la argumentación según la cual los límites en cuestión nunca tendrían carácter absoluto y sí sólo relativo, siendo removible el procedimiento más agravado, al modo como lo ha expuesto Biscaretti

En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una Constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales —y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa—, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política. (p. 192)

Entiendo, no obstante, que tales argumentos, atendibles desde determinadas ópticas, no pueden restar valor jurídico a estas cláusulas, como prueba el hecho de que han sido incorporadas y efectivamente aplicadas por los tribunales constitucionales de no pocos sistemas constitucionales de referencia en nuestro ámbito, singularmente en Italia, como en seguida veremos.⁴

Comparto, en este punto, lo sostenido, entre otros, por Vera Santos cuando justifica la procedencia de este tipo de cláusulas en la medida en que “expresan la identificación de toda la Constitución con determinado régimen político, aclaran de alguna manera las posibles concomitancias y diferencias entre el poder constituyente y el poder de revisión y determina contundentemente el significado y el alcance de las funciones de la Justicia Constitucional” (Vera Santos, 2007, p. 261). Y ello en el entendido de que esos límites absolutos a la reforma de la Constitución no serían, en sentido estricto, límites al poder constituyente, por cuanto lo que se limita es el poder de revisión constitucional, que es un poder constituido y necesariamente limitado. Lo cual obliga a que planteemos, como ha hecho certeramente Tajadura Tejada (2016), que los tribunales constitucionales deben estar facultados para controlar las reformas que puedan vulnerar los límites no sólo formales sino también materiales que el propio texto constitucional imponga:

y como en España sostuvo Ruiz del Castillo. Desde un punto de vista más sociológico que jurídico, se ha afirmado la inutilidad de semejantes cautelas incapaces, se argumenta, de enfrentarse al cambio político-, cuando no su potencial *revolucionario*, en la medida en que contribuirían a obstaculizar la juridificación de determinadas demandas políticas que, desprovistas de cauce constitucional adecuado, devendrían fatalmente anti-sistema” (p. 94).

⁴ En este mismo sentido, García-Atance García (2002) sostiene que “No resulta suficiente la afirmación de la inutilidad de tales circunstancias, para negarles carácter y valor jurídico a las mismas, en consideración al potencial revolucionario que asumen, obstaculizando la juridificación de ciertas demandas políticas que, careciendo de previsión jurídica al respecto, desembocarían en posible revolución” (p. 204).

Es preciso afrontar la principal objeción que suele formularse al establecimiento de cláusulas de intangibilidad: su inoperancia. Se afirma que estas cláusulas resultan jurídicamente inútiles puesto que carecen de mecanismos o procedimientos para garantizar su efectividad. A mi juicio, la objeción deja de tener sentido en el momento mismo en que se faculta al órgano de defensa para controlar la reforma constitucional. El Tribunal Constitucional debe estar facultado para anular una reforma constitucional que no respete los límites materiales finados por la propia Constitución. En estos casos, y para evitar un enfrentamiento directo con la voluntad popular es preciso defender la necesidad de que el control de constitucionalidad de la reforma se verifique, en todo caso, siempre, antes de que ésta sea sometida a referéndum. La atribución de esta decisiva función o facultad al Tribunal refuerza su posición de supremo órgano de defensa del Texto Constitucional, y nos exige, a su vez, replantearnos el complejo y delicado diseño de esta institución como auténtica clave de bóveda del edificio constitucional. (p. 277)

En lo que nos separamos abiertamente del criterio prácticamente unánime de la doctrina es en entender que esas cláusulas de intangibilidad material —que, por supuesto, han de ser claras y explícitas en el texto constitucional— deban estar necesariamente ubicadas en el Título X, relativo a la reforma de la Constitución, y tengan que estar formuladas con la redacción *el precepto X es inmodificable/irreformable*.⁵ Así ocurre, por ejemplo, en el caso italiano, especialmente atendible en la medida en que, como el nuestro, se trata en origen de un Estado unitario descentralizado y no propiamente un Estado federal:⁶ no hay en el Título correspondiente a la reforma de la Constitución italiana una típica cláusula de inmodificabilidad del carácter indivisible de la República, pero la Corte Constitucional (Sentencias 1146/1988 y 118/2015) ha entendido que la literalidad del artículo 5 de su Constitución: “La República, una e indivisible [...]”, refiere de modo más que suficiente una decisión del constituyente que queda “sustraída incluso de la facultad de revisión constitucional”, esto es, que establece un límite material expreso a la reforma de la Constitución, que no precisa de otras formulaciones ni de mayores ni más explícitos refuerzos en otras zonas del texto constitucional.

⁵ Al respecto, Carreras Serra (2014) afirma: “Si este inciso —la *indisoluble unidad de la Nación española*— fuera irreformable, la misma Constitución debería advertirlo, como hacen otras Constituciones (tales como la alemana, italiana o francesa) respecto de otros preceptos” (pp. 86-87).

⁶ Quizá ante distinta situación nos pudiéramos encontrar en el caso de tener una Constitución federal que procediera del poder constituyente originario de los Estados federados. Véase Solozábal Echavarría (2018, p. 68). Véase también las muy sugerentes reflexiones de Vera Santos (2014, pp. 157-172).

Creo que es más que razonable trazar este potencial paralelismo entre el alcance del artículo 5 de la Constitución italiana y el del todavía más rotundo artículo 2 de la Constitución española, por más que la postura de nuestro Tribunal Constitucional haya sido bien diferente a la de la Corte Constitucional italiana. Y ello en virtud de las razones que siguen.

III. LA INDISOLUBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA NACIÓN: MANDATO NORMATIVO POSITIVO

El artículo 2 CE es categórico al señalar que la Constitución, esto es, el conjunto de todas las decisiones del constituyente, “se fundamenta” en la indisoluble unidad de la Nación española, para añadir a continuación que esa Nación es “patria común e indivisible” de todos los españoles. Conectando esta afirmación con la previsión del artículo 1.2 CE que le precede, alusiva al pueblo español como el titular de la soberanía, no se puede más que concluir que el constituyente, el soberano, y su condición unitaria preceden a la decisión constitucional, como es lógico.

Pero, por lo tanto, siendo incuestionable que la indisoluble unidad de la Nación es precondition y fundamento de la propia Constitución, ello no significa que tal cualidad quede exclusivamente en el mundo de lo pre-jurídico, de lo meta o supra positivo. La afirmación del artículo 2 de la Constitución no es únicamente el reconocimiento de una realidad previa sobre la cual asentar la manifestación de voluntad del constituyente, sino que, precisamente a través de esa incorporación al texto de la Constitución, adquiere, además, el carácter de decisión constitucional positiva. Esto es, la Nación española y su indisoluble naturaleza preceden en el tiempo a la Constitución, pero también es decisión del soberano *constituir* esa realidad extrajurídica y transformarla en mandato positivo de la norma fundamental. Al margen de su preexistencia, es también voluntad del constituyente de 1978 dotar a la Nación española de la condición de indisoluble. Por decirlo en palabras de Schmitt (2019), la indisoluble unidad sería, a la vez, *fundamento y voluntad política del ser político*:

Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser político*, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra *voluntad* denuncia —en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta— lo esencialmente *existencial* de ese fundamento de validez. El poder constituyente es voluntad política: ser político concreto. (p. 124)

Así, vaya por delante mi parecer de que en modo alguno es incompatible la condición de fundamento previo con la de primera decisión normativa del constituyente,⁷ con todas las relevantes consecuencias que de ello se derivan, como, por ejemplo, que los argumentos contrarios a entender que el artículo 2 CE establece un límite a la reforma de la Constitución basados en la autorreferencialidad y positividad del texto constitucional decaerían.

Pero es que, además, resulta en contra de lo defendido por una buena parte de la doctrina de nuestro país, que ha entendido que la posterior alusión al carácter también “indivisible” de la Nación, nada nuevo, diferente o complementario añade a esta primera afirmación. Por ejemplo, Alzaga Villaamil (1978, p. 970), entiende que “indisoluble” e “indivisible” son utilizados por el constituyente como “sinónimos”; y califica la afirmación “patria común e indivisible de todos los españoles” como “retórica redundancia”. Mientras que Herrero de Miñón (2008), llega a afirmar que ese añadido

no introduce en la Constitución ningún nuevo elemento normativo [...]. Sirvió y sirve, en el plano afectivo, para compensar los sentimientos, en este caso de recelo, que el propio legislador constituyente abrigaba al introducir en el mismo artículo la expresión nacionalidades. El lenguaje catárquico, en consecuencia, pretende, tan sólo, ser enunciado. Su finalidad se agota en sí mismo. (pp. 6-7)

La *indivisibilidad* que postula a continuación el mismo artículo 2 CE 78 no es un aserto ajeno, pero sí separado y distinto del relativo a la *indisolubilidad*.⁸ Esta consideración nos llevaría a poder interpretar que sólo la insolubilidad es fundamento de la Constitución y que la indivisibilidad

⁷ De Carreras Serra (2014, p. 86), entiende también que se trata de una decisión normativa del constituyente, si bien niega, precisamente por ello, su carácter de presupuesto de la decisión constitucional y, como consecuencia, su condición de límite implícito a la reforma de la Constitución: “La Unidad de España no es un presupuesto de la Constitución, aunque una interpretación literal del artículo 2 CE nos pueda confundir. En efecto, el primer inciso de este artículo dice: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española* [...]. Algunos autores, mediante una interpretación literal y descontextualizada, han considerado que la redacción de este precepto establece que la unidad es un presupuesto de la Constitución, con lo cual no puede ser objeto de reforma. No nos parece acertada esta interpretación ya que, como hemos argumentado, toda la Constitución puede ser reformada y la expresión *se fundamenta*, producto como toda ella de la voluntad del constituyente, puede ser modificada en la misma medida que el resto y no es, por tanto, presupuesto de la Constitución sino parte de la misma”.

⁸ Distinto sería si la redacción del artículo 2 CE78 hubiera sido, por ejemplo, la propuesta por Cámara Villar: “La Constitución se fundamenta en la unidad e indivisibilidad de la Nación Española [...]” (2018, p. 53).

del soberano es, no una realidad previa y extrajurídica, sino una plena —y, ahora sí, inequívoca— decisión normativa del constituyente, que viene a establecer —autorreferencialidad y positividad— un límite explícito a la revisión constitucional. Dicho de otro modo, la Nación española, además de insoluble en origen, sería también indivisible porque así lo ha dispuesto el constituyente y sólo porque así lo ha dispuesto el constituyente.

Para ello, lógicamente, es indispensable justificar que estamos ante dos categorías perfectamente diferenciables y no equivalentes. Quizá quien, con intención distinta a la nuestra, primero advirtiera de la pertinencia —o, al menos, la utilidad— de distinguir entre ambas, pese a compartir inicialmente la tesis mayoritaria contraria a ello, fuera Torres del Moral (1992):

En un principio se interpretó como un desliz del constituyente el hablar de *insoluble* unidad de la nación española. Acaso un prurito literario le hizo utilizar este término por no repetir dos veces *indivisible* en el mismo precepto. Al cabo del tiempo ha resultado un acierto. La desaparición de la URSS ha puesto de relieve que una cosa es la división de un Estado y otra su disolución. La URSS no se ha dividido: se ha disuelto. Así, pues, el término insoluble ha resultado ser mucho más preciso de lo que acaso pretendió el constituyente. (p. 23)

Ya en el Informe del Consejo de Estado de 2006, sobre la propuesta gubernamental de modificación de algunas partes de la Constitución, se apuntaba también la idea de que no hay reiteración cuando la Constitución habla de insolubilidad e indivisibilidad, hasta el punto de recomendar el mantenimiento en su actual literalidad de esa primera parte del artículo 2 CE 78:

La referencia al derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones sirvió a los constituyentes de vía para introducir en la Constitución la idea de lo que se ha llamado la España plural, una Nación única e indivisible, pero integrada por partes diferenciadas. A juicio del Consejo de Estado es imprescindible mantener incólume esta idea [...]. Las modificaciones que han de introducirse en el artículo 2 no afectan en modo alguno a la primera parte del precepto; es decir, a la afirmación de que *la Constitución se fundamenta en la insoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*. (Rubio Llorente y Álvarez Junco, 2006, pp. 150-151)

Conviene también destacar que todas las enmiendas presentadas durante los trabajos parlamentarios de elaboración de este artículo 2 CE tendientes a eliminar la presunta reiteración de estos dos términos aparentemente sinónimos fueron rechazadas por las Cortes Constituyentes.

Más recientemente, Virgala Foruria (2017) ha señalado —certeramente, a mi juicio— que la indivisibilidad quebraría con una hipotética secesión, pero no necesariamente la indisolubilidad, si bien no ve en aquella un límite —ni expreso, ni implícito— a la reforma de la Constitución:

Se mantiene la unidad de lo previo y la unidad de lo posterior [en caso de secesión de una parte del territorio]. La soberanía sigue perteneciendo al conjunto del pueblo español que permite en un momento dado, y por los procedimientos constitucionales establecidos, que los ciudadanos de un determinado territorio decidan la separación, reestructurándose en ese momento la unidad del Estado a la nueva situación. (pp. 393)

En mi opinión, un eventual reconocimiento constitucional del derecho a la autodeterminación sí sería incompatible con la prescripción de la indisoluble unidad de la Nación, pero no en el supuesto de que una reforma de la Constitución decidiera la secesión directa de un territorio concreto. Esa secesión estaría proscrita no por la indisolubilidad sino por la indivisibilidad de la Nación establecida en el mismo precepto. Se trata de una decisión del constituyente, de un mandato normativo de rango constitucional, que va un paso más allá en la restricción de las posibilidades de alterar la integridad del territorio nacional. Proscripción que, a mi criterio, se adopta como límite expreso y absoluto a la reforma de la Constitución de 1978. Se prohíbe así expresamente lo menos —la división del sujeto soberano—, por lo que, al margen del valor jurídico que le podamos dar a la indisolubilidad como fundamento de la Constitución, es lo cierto que, de este modo, difícilmente podremos entender permitido lo más —la disolución de la Nación—.

Además, no sólo se formula como límite, sino como premisa primera o mayor de otras decisiones constitucionales que le siguen, también de las previstas en el Título X correspondiente a la revisión constitucional. Sin ninguna duda, el derecho a la autonomía política —y, por tanto, todo el Título VIII de la Constitución— se establece y regula en los términos que conocemos porque se parte de un indisponible: la indivisibilidad de la Nación.⁹ Pero, asimismo, como señalamos a continuación, en el artículo 168 CE se prevé un procedimiento para la revisión *total* de la Constitución,

⁹ Véase al respecto, Blanco Valdés (2003): “Y es que la autonomía existe porque existe la unidad, sin la cual la autonomía resulta simple y sencillamente inconcebible: la unidad es el presupuesto, lógico y político, de una autonomía que ha sido en España el punto de llegada del proceso descentralizador y no, como ha ocurrido en la mayoría de los Estados federales, el punto de partida que ha conducido, tras el correspondiente proceso de vertebración territorial, a la construcción de una unidad política estatal formada por territorios previamente soberanos” (p. 111).

no pese a que el artículo 2 establece la indivisibilidad de la Nación, sino una vez que dicho precepto ha blindado la unidad del sujeto soberano frente a cualquier reforma posterior que pretendiera alterarla.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN Y SU ALCANCE HERMENÉUTICO

UNA muy importante mayoría doctrinal ha venido justificando la inexistencia de cualquier límite material a la reforma de la Constitución —tanto implícito como expreso— casi exclusivamente en el hecho de que el artículo 168 CE haya previsto un procedimiento para la *revisión total* de la Constitución. Se ha ido así —incomprensiblemente, a mi juicio— a una lectura aislada y literalísima del primer apartado de ese precepto constitucional,¹⁰ a partir de la cual se interpretan restrictivamente —o, sencillamente, se desatienden— algunas de las más relevantes decisiones constitucionales situadas en el Título Preliminar de la norma fundamental, pórtico de la misma. Ejemplifica este modo de ver la cuestión con meridiana claridad Aláez Corral (2000):

Si el límite material se ha podido definir como aquella disposición constitucional de estructura normativa abierta que, a través de un mandato o de una prohibición, clausura la capacidad de conocimiento de la forma jurídica suprema, resulta meridiano que tanto el artículo 169 como el artículo 168 CE establecen límites materiales respecto al procedimiento de reforma constitucional del artículo 167 CE. [...]. En el caso del artículo 168 CE, la norma adopta la forma de un mandato, obligando a seguir un determinado procedimiento agravado para proceder a esta modificación. No es posible, pues, acudir a otras disposiciones constitucionales cuyo objeto no es la regulación de la reforma

¹⁰ Jiménez Campo (1980) lo plantea de modo elocuente: “A partir de la lectura aislada del artículo 168.1, nuestro texto fundamental ha optado por un indiferentismo ideológico total que le lleva a la misma previsión de su revisión —de su *destrucción* mejor— íntegra. Semejante decisión —aunque no falten precedentes en otros ordenamientos históricos o vigentes— implica olvidar que, desde el punto de vista jurídico, y como ha recordado recientemente De Vega, la revisión es fundamentalmente un problema de defensa, no de subversión, de la Constitución, así como una excesiva confianza en la utilidad de los cauces jurídicos para la abrogación de la Constitución. [...] Y es precisamente la idea de Derecho presente en nuestra Constitución la que debe ser tenida en cuenta para el tema que ahora nos ocupa. Porque, como ha quedado planteado, la tensión entre el Título X —en su artículo 168 sobre todo— y otras disposiciones de la Constitución es, ante todo, la tensión entre un aparente indiferentismo ideológico, que llega hasta el cuestionamiento del texto en su totalidad, y una voluntad del constituyente, de otra parte, en la que aparecen resueltamente adoptadas posiciones cruciales —institucionales e ideológicas— acerca de la organización de la convivencia política” (pp. 87, 88 y 90).

constitucional, ni a disposiciones heterorreferentes de otros sistemas jurídicos, con pretendida validez autónoma, para hallar en nuestro ordenamiento jurídico nuevos límites materiales. (p. 306)

No obstante, una minoría doctrinal —si bien muy autorizada— ha entendido por el contrario que, incluso desde una lectura aislada del artículo 168.1 CE, la previsión de un procedimiento para la revisión total no abre la puerta a la elaboración, por esa vía, de una nueva Constitución que sustituya a la anterior. En palabras de Solozábal Echavarría (1998) cabría “cambiar la Constitución, pero no cambiar de Constitución” (p. 475). No en vano ya el artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, tantas veces invocado por los defensores de la ilicitud de los límites materiales absolutos a la reforma de cualquier Constitución, se refería expresamente a tres categorías diferenciadas: revisar, reformar y cambiar la Constitución.¹¹ Sirva también como ejemplo de esta línea doctrinal la postura de Ugartemendía Eceizabarrena y Donaire Villa (2019):

Los términos *reforma* y *revisión* aparecen, concretamente, en la rúbrica y el varios preceptos del Título X del texto fundamental español de 1978 con el significado de la realización de cambios en la redacción de todo o parte de los preceptos constitucionales. Pero no con el significado de poder hacer una Constitución nueva a su amparo, o, lo que es lo mismo, de poder hacer mediante él un cambio de Constitución. Incluso la revisión total que el artículo 168 permite realizar, con observancia del procedimiento en él establecido, supone hacer cambios en determinadas partes de la Constitución o en toda ella, pero no hacer otra nueva, pues eso no sería hacer cambios en la Constitución, algo que presupone su permanencia, sino hacer otra nueva, lo cual iría más allá de la idea de revisión, incluso total. (p. 122)

En el mismo sentido, puede citarse a García-Atance García (2002):

Ni aun en el supuesto de que, en el propio texto constitucional, como el presente caso —aunque no falten precedentes en el Derecho comparado—, se mencione específicamente la posibilidad de la reforma total, habrá que interpretarse literalmente porque ello supondría olvidar [...] que el instituto de revisión configura un instrumento de defensa del orden constitucional y no la vía para la destrucción. Lo cual nos autoriza a rechazar la literalidad

¹¹ Artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, votada por la Convención Nacional de 23 de junio de 1793, e incorporada como preámbulo a la Constitución francesa de 24 de junio de 1793: “El pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”.

prevista en el artículo 168 CE relativa a la reforma total, en base al argumento que se fundamenta en el carácter de defensa que el instituto de reforma asume. (p. 277)

En efecto, deducir, sin más, que la previsión de un cauce para reformas *totales* de la Constitución significa, necesariamente, que se dan por proscritas las potenciales cláusulas de intangibilidad que pudieran recogerse en cualquier otra parte de la Constitución, sería tan absurdo como entender a *contrario* que las reformas que se calificaran de *totales* habrían de afectar inexcusablemente a todos los preceptos de la CE 78 y que, haciéndolo, tendría que ser, además, en un sentido que alterara sustancialmente el/los mandato/s normativo/s contenido/s en cada uno de ellos.

Pero, más allá de esas lecturas aisladas del artículo 168.1 CE, es claro que, como reiteradamente ha recordado el Tribunal Constitucional, la Constitución “no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos”, debiendo resultar “un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles”.¹² También la mejor doctrina ha insistido sobre ello en términos muy similares. Por todos, Ruy Pérez Alamillo (2003) sostiene:

La Constitución no puede ser concebida como una serie de preceptos que se superponen y yuxtaponen los unos a los otros, de suerte tal que pueden contener soluciones contrapuestas. Por el contrario, la misma se presenta, o se ha de presentar, como un conjunto armónico de decisiones que, al ser positivizadas, conforman una norma equilibrada y coherente. Es por ello por lo que su interpretación, si pretende ser ponderada y cabal, no pueda llevarse a cabo tomando de manera aislada e individualizada cada uno de sus artículos, sino poniendo en relación unos mandatos con otros. (p. 335)

Por este motivo, también ha señalado claramente nuestro Tribunal Constitucional que cabe separarse de una interpretación estrictamente gramatical de los diferentes mandatos de la Constitución cuando “exista ambigüedad o cuando la ambigüedad pueda derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales”,¹³ por lo que, a la vista del habitual contenido y estructura de los textos constitucionales, como acertadamente ha advertido Díaz Revorio (2004), “el criterio literal o gramatical se muestra manifiestamente insuficiente en esta labor interpretativa [de la Constitución], y sólo en contados casos puede resultar decisivo” (p. 44). No en mi opinión, desde luego, en el caso que nos ocupa.

¹² STC 206/1992, de 27 de diciembre.

¹³ STC 10/1984, de 14 de junio.

Así, se ha insistido en el relevante papel de la interpretación sistemática de toda la Constitución, que es “un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto”¹⁴ y, por supuesto, en el criterio finalista como pieza angular de esta tarea, tal y como recuerda Torres del Moral (2005):

Las reflexiones siguientes quieren ceñirse a la interpretación finalista o teleológica de la Constitución, que tantas veces nos orienta sobre el verdadero sentido de un precepto cuando, perplejos ante su dicción literal, sus antecedentes históricos y su inserción sistemática en un capítulo o un título de la norma suprema, nos preguntamos qué es lo que en realidad se pretende con tal precepto. No se trata tanto, aunque también, de las clásicas preguntas sobre la *voluntas constitutionis* o la *voluntas constituentis*, sino, más radicalmente, cuál es el cometido o función de tal precepto en el conjunto normativo en el que se instala o en la institución que contribuye a regular jurídicamente. (p. 13)

Lógicamente, en este contexto juega un rol absolutamente protagonista lo que Garrarena Morales (1980) llamó “el núcleo en el que queda anudada la coherencia última del sistema constitucional”, esto es, las decisiones constitucionales fundamentales del Título Preliminar, o la “Constitución de la Constitución”. Se trata de premisas básicas que “devienen presupuesto inexcusable —netamente privilegiable— a la hora de interpretar el sentido de cualquier norma inmersa dentro del ordenamiento que presiden” (pp. 14-15 y 17), tanto *ad extra* como *ad intra* del propio texto constitucional.

Evidentemente, no todos los mandatos normativos ubicados en el Título Preliminar de la Constitución ostentan tal condición, pero sin ninguna duda tanto el artículo 1.2 como el artículo 2 CE comparten esa particular naturaleza. Diría más aún: de entre todos los preceptos del Título Preliminar que configuran el basamento del edificio constitucional, seguramente sean estos dos los más relevantes. Y, concretamente, el artículo 2 es una de las decisiones capitales relativas a la forma política que se ha dado el pueblo español y, por ello, como ya nos advirtiera Solozábal Echavarría (2018), se proyecta “en el resto de la Constitución, a la que informa en congruencia con su contenido”, siendo además esa condición basililar y fundante “no sólo un tributo que le reconoce el intérprete, sino que ha querido el constituyente”. Así, pues, el artículo 2 —junto con otros del Título Preliminar— “encabeza la Constitución, cuyas parte dogmática y or-

¹⁴ STC 101/1983, de 18 de noviembre.

gánica no sólo antecede, sino que, en el sentido que hemos expresado, preside” (pp. 61-62).

Además, no deja de resultar revelador que, precisamente en esta cuestión de la organización territorial del poder, sobre la que durante el proceso constituyente apenas si se pudo alcanzar un “compromiso apócrifo” (Tajadura Tejada, 2017, pp. 272-273)¹⁵ que dejaba extraordinariamente abierta —notablemente desconstitucionalizada— la configuración final del modelo, esa primera premisa sí fuera formulada de modo tan incontrovertible. Consecuentemente, a la hora de enfrentarnos a la aparente contradicción en la que entra la rotunda, clara y explícita afirmación de que la Nación española es indisoluble e indivisible del Título Preliminar y la previsión de un procedimiento para la revisión total de la Constitución en el Título X, no podemos sino partir de esta ineludible reflexión.

Por lo tanto, pese a que nuestro Tribunal Constitucional parezca haber dispuesto lo contrario, no cabe sostener en modo alguno que la lectura del artículo 2 CE deba hacerse a la luz del artículo 168.1 CE. El instituto de la reforma, como el resto de las decisiones orgánicas de la Constitución, se encuentra al servicio de la permanencia de esta y, muy especialmente, de la permanencia de sus fundamentos y sus decisiones basilares. No se trata tanto de dar un valor supra o metaconstitucional a una realidad histórica anterior a la decisión del constituyente, como de entender cuáles fueron las primeras premisas de esa decisión fundamental sobre las que, sin ningún género de duda, se cimentó el desarrollo del resto de preceptos del texto constitucional, incluidos los relativos a los procedimientos de reforma del mismo.

Un material esencial a la hora llevar a cabo esta labor hermenéutica es el conjunto de los trabajos de elaboración de ambos preceptos durante el periodo constituyente, que, si bien “no determinan” necesariamente el sentido de los mismos en todos los casos, sí que son siempre —también aquí— un “importante elemento de interpretación”.¹⁶ Y, efectivamente, a ellas se ha referido la doctrina para sostener la tesis que aquí criticamos. En concreto, ha hecho fortuna —entre autores de todas las tendencias—¹⁷ que la inclusión de una cláusula de intangibilidad relativa a la indivisi-

¹⁵ Véase al respecto también a Díaz Revorio (2014, pp. 104-112).

¹⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero.

¹⁷ Así lo han visto, incluso, los más destacados defensores de la existencia de un límite implícito a la reforma de la Constitución en el artículo 2. Por todos, Ruipérez Alamillo (2005) afirma que “Las fuerzas presentes en la Constituyente querían eludir la introducción de cláusulas de intangibilidad. La enemiga de los límites expresos se explicaba en cuanto que los mismos recordaban a las enfáticas declaraciones de la normativa fundamental del franquismo sobre los Principios del Movimiento Nacional, que son por propia naturaleza, permanentes e inalterables (artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967)” (p. 199).

bilidad de la Nación fue expresamente rechazada durante los debates constituyentes al no prosperar las enmiendas y votos particulares que así lo pretendían. Particularmente elocuente —y hasta retador— se ha manifestado en este sentido Caamaño Domínguez (2020):

Interesa recordar que la vía de la revisión total había sido descartada en el Anteproyecto de Constitución dando lugar a dos votos particulares del grupo parlamentario de Alianza Popular que abogaba por su inclusión siempre que se acompañase de una cláusula de intangibilidad en garantía de *la integridad del territorio y la unidad política del Estado*. La ponencia rechazó expresamente la segunda parte de estas enmiendas retomando, sin embargo, la posibilidad de la revisión total y, en el ulterior Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, se dio forma al texto actual. En consecuencia, quien sostenga que la *unidad política del Estado* es un límite implícito al poder de enmienda, deberá fundamentar su posición no sólo mediante una interpretación del texto constitucional, sino que, además, deberá explicar por qué se debe incorporar tácitamente a la Constitución un *límite* que expresamente fue rechazado por el constituyente. (p. 164)

Por supuesto, es un dato incuestionable que hubo enmiendas dirigidas a incluir expresamente en el Título X una cláusula de intangibilidad que declarara inmodificable, ni siquiera por vía de reforma constitucional, la integridad del territorio o la unidad política del Estado. Sin embargo, quedarnos exclusivamente en ese dato cierto es claramente insuficiente. La clave interpretativa de los trabajos parlamentarios de elaboración de estos preceptos no está tanto en el hecho de que esas enmiendas no fueran finalmente incorporadas al texto constitucional como contrapeso a la previsión del procedimiento de reforma total, sino el motivo de por qué aquello no sucedió.

Comencemos por recordar que no es cierto que el rechazo a tales enmiendas fuera claro y reiterado a lo largo de todo el *iter* parlamentario, como se ha pretendido decir. En el Senado no se llegó a debatir ni a votar ninguna enmienda de ese tenor porque su proponente, el Sr. Cacharro Pardo, dejó que decayera al no comparecer para su defensa ni en Comisión ni en Pleno.¹⁸ En el Congreso de los Diputados sí se debatió la enmienda núm. 157 del Sr. Carro Martínez, que pretendía añadir al último precepto del Título X un nuevo apartado que estableciera lo siguiente: “La unidad política de España y su integridad territorial son inmodificables”. Ciertamente, en su turno de defensa, el diputado dio a entender que, en su criterio, sólo con la literalidad del artículo 2 no habría una plena garantía de que, una vez incorporado el procedimiento para revisión *total*

¹⁸ BOC, Senado, núm. 157, de 6 de octubre de 1978.

de la Constitución, no pudiera verse alterada la unidad nacional o la integridad territorial del país.¹⁹ Y es también una realidad que, tanto en Comisión como en Pleno, la enmienda fue rechazada. En ambas votaciones la abstención jugó un papel determinante, lo que ya apunta en la dirección de que en el sentir de la Cámara estaba la idea de que la cláusula no era tanto no querida como no necesaria.²⁰

Pero vayamos a los argumentos: tanto el grupo parlamentario socialista como el grupo parlamentario comunista, que concentraban casi la totalidad de los votos negativos, sostuvieron abiertamente que su rechazo a la enmienda respondía exclusivamente a que ésta resultaba innecesaria por cuanto la indisolubilidad y la indivisibilidad de la Nación ya estaba plenamente garantizada en el artículo 2 CE, no en su sometimiento a un procedimiento muy agravado de reforma ex artículo 168.1 CE, como se ha dicho. Y, por supuesto, en modo alguno pretendían al rechazar la enmienda dejar esta decisión esencial abierta a reconsideración posterior por el poder de reforma. Absolutamente clarificadoras fueron, respectivamente, las explicaciones de voto de los diputados Peces-Barba y Solé Tura. El primero aseveraba lo siguiente:

Nosotros entendemos que esta enmienda es absolutamente *innecesaria* y que las preocupaciones, muy justas, que se manifiestan en la enmienda están *ya resueltas en el artículo 2*. Creemos que es malo que exista expresamente una cláusula de intangibilidad porque fija una preocupación que no existe [...]. Nosotros, por consiguiente, considerando que *no añade nada al tema*, sino que introduce una heterogeneidad en relación con el conjunto del título sobre la reforma nos oponemos a que esta enmienda prospere.²¹

Por su parte, no sólo confirmaba el mismo argumento, sino que además hacía explícito que para su grupo parlamentario la unidad de España tenía la condición de *intangible* habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 2 CE, y que lo pretendido con el rechazo de la enmienda —así se pretextó— no era otra cosa que no cerrar la puerta a futuras incorporaciones al territorio nacional de zonas bajo soberanía extrajera, confundiendo así categorías jurídicas bien distintas:

¹⁹ Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno, núm. 115, de 20 de julio, pp. 2504-2507.

²⁰ En Pleno: 129 votos en contra, 25 a favor, 112 abstenciones y 1 voto nulo. En Comisión: 17 votos en contra, 2 votos a favor y 17 abstenciones.

²¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 24, de 20 de junio de 1978, BOC, núm. 93, de la misma fecha. El subrayado es mío.

Creo que la enmienda que propone el Grupo de Alianza Popular tiene el defecto de que es *absolutamente innecesaria* y precisamente por serlo tiene una connotación que nos parece preocupante, por decirlo de manera suave. Si esta enmienda se somete a votación, parece que va a provocar una divisoria entre los que *somos partidarios de mantener intangible la unidad de España* y los que no lo son, lo que constituye un falso planteamiento del asunto, porque la realidad no pasa por ahí. Hemos aprobado *un artículo 2 que creo que es claro y específico al respecto* [...]. Introducir, pues, ahora el problema de esa irreformabilidad absoluta nos parece innecesario [...]. Si establecemos la irreformabilidad de la integridad de España, ¿cómo va a resolverse constitucionalmente en el futuro el problema de la recuperación de Gibraltar?²²

Así, pues, a mi juicio, una correcta lectura de lo efectivamente sucedido durante el *iter* constituyente nos debe llevar a concluir que la ausencia de una cláusula de intangibilidad sobre la unidad nacional en el Título X de la Constitución no es obstáculo —antes, al contrario— para entender que dicha cláusula se encuentra ya expresa en el propio artículo 2 CE.

V. LA IRRELEVANCIA DE LA CATEGORÍA DE DEMOCRACIA NO MILITANTE A ESTOS EFECTOS

Hay un segundo argumento —aparentemente conectado con el anterior— que la mejor doctrina de nuestro país ha venido utilizando para justificar la inexistencia de límites materiales a la reforma de la Constitución. Según este argumento, nuestro sistema es un modelo de democracia no militante, en razón de lo cual los partidos independentistas son perfectamente lícitos. Por lo que esa legítima aspiración política debe tener, necesariamente, un cauce jurídico para su eventual articulación, siquiera a través de la reforma constitucional agravada del artículo 168 CE. Esto lo explicó Aragón Reyes (2019) de un modo particularmente elocuente:

En nuestro ordenamiento jurídico (como ha reconocido el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias) son lícitos los partidos independentistas porque la Constitución ofrece vías para esa independencia. Si así no fuera (esto es, si la independencia de parte del territorio mediante una reforma constitucional estuviese radicalmente prohibida como sucede en Alemania, Francia o Italia) los partidos independentistas no podrían ser jurídicamente reconocidos, salvo que se incurriese en una contradicción insalvable, pues el Derecho no puede considerar lícita una pretensión cuya consecución es ilícita. Hay que

²² El subrayado vuelve a ser mío. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 24, de 20 de junio de 1978, BOC, núm. 93, de la misma fecha.

insistir: en España los partidos independentistas son lícitos precisamente porque la consecución de la secesión territorial (eso sí, aprobada por el procedimiento del artículo 168 CE) también lo es. (p. 200)

En un sentido similar se ha pronunciado también Solozábal Echavarría (2014):

Lo mismo ocurre con el tema de la inclusión de la autodeterminación como objeto de un programa político. Aunque aquí hay alguna cuestión un poco más difícil: el artículo 6 de nuestra Constitución exige que los partidos políticos sean democráticos en su organización y en su funcionamiento, y que no sean contrarios a la Constitución. Esa conformidad constitucional de los partidos políticos me parece que hay que entenderla en el sentido de que los partidos políticos han de respetar las exigencias procedimentales de la Constitución —de una Constitución que prevé su propia reforma—, con lo cual no se puede prohibir a los partidos políticos que propongan cosas contrarias a la propia Constitución. Lo que no pueden los partidos políticos es ser enemigos de la Constitución, defender la violencia o la comisión de delitos en la consecución de sus objetivos. Pero no cabe prohibir a los partidos políticos la consecución de procedimientos pacíficos de determinados objetivos. Yo creo, naturalmente, que la autodeterminación sería una tesis absolutamente lícita (p. 202).

En esta misma línea parece haber ido también —insisto, parece— nuestro Tribunal Constitucional tanto en sus pronunciamientos sobre el proceso soberanista vasco como en los más recientes relativos al golpe institucional catalán. Así, muy sintéticamente, debemos destacar que la STC 103/2008, de 11 de septiembre, ya dispuso que para articular procesos afectantes a la “redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación” el cauce constitucionalmente previsto “no es otro que el de la revisión total de la Constitución por la vía del artículo 168 CE”. Esta idea es recogida por la muy relevante STC 31/2010, de 28 de junio, que recordó que cualquier iniciativa que pretenda “modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico”, siempre y cuando “su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución” cuyo respeto es “inexcusable”. Y esa posibilidad de consecución efectiva de objetivos tendentes a superar la indisolubilidad o la indivisibilidad de la Nación —sigue afirmando la sentencia— tiene su justificación, precisamente, en la concepción del sistema como democracia no militante:

En el contexto del Estado democrático instaurado por la Constitución, es obvio que, como tenemos reiterado, caben cuantas ideas quieran defender-

se sin recurrir a la infracción de los procedimientos instaurados [...] Y cabe, en particular, la defensa de concepciones ideológicas que, basadas en un determinado entendimiento de la realidad social, cultural y política, pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediando la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica. En tanto, sin embargo, ello no ocurra, las normas del Ordenamiento no pueden desconocer ni inducir al equívoco en punto a la *indisoluble unidad de la Nación española* proclamada en el art. 2 CE.

Esta idea se hace ya plenamente explícita en la STC 42/2014, de 25 de marzo, en la que parecería —y esto es lo importante— que la ausencia de límites materiales a la reforma de la Constitución no es causa sino consecuencia de que el modelo sea de democracia no militante:

La primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no a el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución [...]. Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional.

Este modo de entender las cosas presenta no pocas flaquezas, empezando, por ejemplo, por el hecho de que en sistemas como el italiano se establece un límite material expreso a la reforma de la Constitución relativo a la indivisibilidad de la República (artículo 5), sin que de ello se derive ilicitud alguna respecto de la incorporación en los Estatutos de los partidos políticos de objetivos expresamente contrarios a dicho límite.²³ Y, también, como es lógico, una pequeña parte de la doctrina ha señalado —a mi juicio, con acierto— que la conexión de la categoría de democracia no militante con la ausencia de límites materiales a la reforma constitucional no tiene un carácter necesario.

Así, Fondevila Marón (2016) ha advertido que las cláusulas de intangibilidad “no forman parte del concepto de Democracia militante” pues

²³ Entre otros, el Partido Nacional del Veneto, Independencia República de Cerdeña o la propia Liga Norte han recogido en sus Estatutos claras referencias al objetivo político de la secesión. Valga, como ejemplo, el artículo 1 de los Estatutos de este último partido: “Este movimiento político confederal [...] tiene por objetivo lograr la independencia de la Padania mediante métodos democráticos y su reconocimiento internacional como República Federal independiente y soberana”. Véase Calamandrei (2013) y Pegoraro (2013).

éstas “hacen referencia a objetos que son protegidos de la acción del poder de revisión y no son un medio de defensa de la Democracia a través de la Constitución”. De este modo, el concepto de cláusula de intangibilidad “supera el concepto de Democracia militante porque excede el concepto de *Democracia*”. Una cosa sería, en opinión del autor, “las medidas establecidas a nivel constitucional o legal para combatir la propagación de ideologías que inciten al odio y/o a la violencia, o que supongan un atentado contra los valores establecidos en la Constitución” y otra distinta “aquellos elementos que el Poder Constituyente quiso excluir de la acción potencial del poder de reforma [...], como puedan ser la forma de Estado, la forma de gobierno, etc.”. Estaríamos, pues, ante categorías relacionadas o complementarias, pero “sin conexión directa entre ellas” (Fondevila Marón, 2016, pp. 115-117).

En un sentido similar se ha pronunciado también De Miguel Bárcena (2022), que ha distinguido entre los límites materiales a la reforma constitucional, que “aportan identidad institucional a la comunidad política” y que indudablemente suponen “una limitación al pluralismo político desde el punto de vista de la reforma constitucional, que puede ser calificada de intolerable si nos atenemos a una idea de conversación pública sin exclusiones temáticas”, y la democracia militante que, por el contrario, es “un dispositivo que busca expulsar de la legalidad a aquellos grupos que tienen como objetivo destruir la democracia representativa y el régimen de libertades que la sostiene” (pp. 17-43). Estaríamos, en opinión del autor, ante una categoría —la democracia militante— indisociable de las circunstancias históricas alemanas, que ha sido mal trasladada al caso español por el Tribunal Constitucional al vincularla con la presunta ausencia de límites materiales a la reforma:

La vinculación entre la inexistencia de una democracia militante y la ausencia de límites materiales a la reforma es un viejo error en el que sigue persistiendo contumazmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que hizo suya sin mayor reflexión la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe, sin caer en la cuenta de la peculiaridad histórica alemana. En pura hipótesis, este error puede provenir de la interpretación inicial realizada por de Otto o de una vieja introducción a la primera traducción de *Legalidad y legitimidad*, donde Schmitt pretende hacer suya -de manera oportunista- la paternidad del vínculo entre la legalidad de un partido y el límite a la facultad de reformar la Constitución. (De Miguel Bárcena, 2019, p. 83)²⁴

²⁴ De Miguel Bárcena (2020) continúa señalando en ese mismo texto que “toda democracia es una democracia militante. Esta acepción no está sustancialmente emparentada con la reforma constitucional y sus límites, cuestión que alude a la identidad institucional, sino con el abuso de derecho tal y como lo pensó inicialmente Karl Loewestein (1937) y que está

En todo caso, es este un interesante, inacabado y complejo debate. Por ejemplo, el propio Aragón Reyes (2022) ha venido matizando en los últimos años su postura original:

Ahora bien, esta tesis de que la nuestra no es una democracia militante encuentra, sin embargo, ciertos reparos, fundados en la idea misma de Constitución, lo que me conduce ahora a matizar aquella tesis, que tanto tiempo mantuve, aunque ya en los últimos años fui señalando algunos de sus inconvenientes. Si, como ha de admitirse, no hay otra Constitución auténtica que la democrática, los posibles cambios en la misma han de permitir reformarla, pero no destruirla, es decir, cambiar “de” Constitución, pero no abandonar “la” Constitución como sistema de organización política (lo que significa que el cambio, incluso total de la Constitución, habilitado por el art. 168, podría dar lugar a “otra” Constitución, siempre democrática, pero nunca, válidamente, a una dictadura, esto es, a una “no Constitución”). Cabría encontrar así una especie de límite “ontológico” a la reforma constitucional. (p. 150)

El debate va a precisar de nuevos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales tras la reciente aprobación de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, que prevé, entre otras cosas, un exhaustivo régimen sancionador de determinadas actividades y manifestaciones hasta ahora perfectamente lícitas al amparo de un marco legal de democra-

expresado en la Ley Fundamental de Bonn (art. 18) y en el CEDH (art. 17). Este es el camino que ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su abundante jurisprudencia: no se exige una adhesión positiva a la *ideología* de cualquier constitución -si pudiéramos inferir tal cosa una vez proclamado como valor el pluralismo político-, pero sí se exige una adhesión a aquella parte de la Constitución que consagra el régimen democrático y las libertades públicas. En su versión minimalista, la Constitución española tiene un límite intangible -o inviolable- de la democracia: la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)” (p. 216).

Esta idea de que toda democracia lo es de modo militante ya la avanzó Torres del Moral (2006) en una dura crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y a la posición de la doctrina mayoritaria: “Ambos tribunales niegan que la española sea una democracia militante, con lo que asumen y dan por bueno el sentido que esta expresión ha recibido de un sector de la doctrina, que dócil y acríticamente ha sido seguido por casi todos los autores, sobre todo por la pereza que siempre produce pensar por cuenta propia. Con lo cual (es decir, asumiendo este sentido, más bien esta descalificación de la democracia militante), nuestros más altos tribunales rechazan una línea argumentativa que en este caso -y en otros similares- habría sido determinante. ¿Democracia militante española? Claro que sí, como cualquier otra democracia que se precie. Así, pues, el Preámbulo, el artículo 1, el 9.2, el 10, etcétera, configuran la idea del constituyente como una democracia avanzada, que propugna unos valores; en una palabra: el constituyente configura una democracia militante, que se fundamente en la dignidad personal y en los derechos de la persona, que se propone una política de igualdad y la libertad reales y efectivas” (p. 223). Véase también Torres del Moral (2005, pp. 105-124).

cia no militante. Será interesante conocer el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la misma.

No obstante, hay una cuestión clave que debemos destacar para situar la cuestión en sus justos términos, a los efectos que aquí interesan. Pese a la confudente redacción de algunos importantes pasajes de las sentencias del Tribunal Constitucional que hemos citado, la jurisprudencia constitucional que reitera que nuestro sistema responde a un modelo de democracia no militante está basada en un único argumento: la ausencia de cláusulas de intangibilidad en el Texto Constitucional. Esto es, pudiendo haber justificado esta posición en otro tipo de razonamientos²⁵, nuestro Tribunal Constitucional ha fundado su postura exclusivamente en esa circunstancia: no hay cláusulas de intangibilidad, y no las hay porque el artículo 168 CE prevé un procedimiento para la revisión total de la Constitución. Así lo explicó el Alto Tribunal, con meridiana claridad, en su relevante STC 48/2003, de 12 de marzo, a la luz de cuya doctrina debemos interpretar el sentido del resto de sus pronunciamientos posteriores:

En nuestro ordenamiento constitucional *no tiene cabida un modelo de democracia militante* [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. *Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional* que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos [...]. *La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento*. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos

²⁵ Caamaño Domínguez (2020) ha señalado certeramente que “en los primeros años de la década de los ochenta del pasado siglo, autores como de Otto o Jiménez Campo ofrecieron fundadas razones para entender que la Constitución española de 1978 no contenía, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, un principio de democracia militante y que, por tanto, *la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico* de ciudadanos y poderes públicos (art. 9.1 CE) solo se traducían en un deber de obediencia al derecho. Una interpretación jurídica arriesgada y valiente, en términos de libertad, pues conviene recordar que la Constitución de 1978 contempla en su artículo 55.2 la nada común posibilidad de suspender individualmente ciertos derechos fundamentales que pudieran verse concernidos por investigaciones policiales y judiciales relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Previsión normativa que, fácilmente, podría haber servido, para excluir de lo constitucionalmente tolerable a quienes, sin usar la violencia, defendiesen posturas ideológicas que justificasen o diesen cobertura social a alguna de las conductas ilícitas allí referidas” (pp. 139-140).

en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios [...] *cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales.*²⁶

Como es lógico, si es esta lectura del Título X de la Constitución —y, en particular, de su artículo 168— la que fundamenta la tesis de la democracia no militante, el resto de reflexiones que de esta categoría se pudieran derivar para el objeto de nuestro estudio decaen por cuanto aquí se ha dicho para invalidar esa premisa mayor de la ausencia de cláusulas de intangibilidad en nuestra Constitución. Al margen de que compartamos, en lo esencial, las objeciones planteadas por De Miguel Bárcena y Fondelvilla Marón, lo decisivo a nuestros efectos es que el argumento de la democracia no militante —se entienda como se entienda— no es atendible, por cuanto se sustenta en una premisa mayor que no aceptamos.

Dicho de otro modo, incluso si admitiéramos la postura mayoritaria de que, al ser nuestro sistema un modelo de democracia no militante, deben considerarse excluidos los límites materiales a la reforma de la Constitución, el juego de esta tesis sólo alcanza sentido en sede de discusión sobre límites materiales implícitos, que es el marco del debate doctrinal actual. Pero, toda vez que hemos optado por entender que en el artículo 2 CE hay un límite material expreso a la reforma de la Constitución, frente al que no cabe oponer la aplicación del procedimiento del artículo 168 CE, ningún obstáculo añadido o distinto ofrece la consideración del modelo como democracia no militante, en los términos en lo ha planteado el Tribunal Constitucional.

En mi opinión, por tanto, resulta perfectamente compatible que la indivisibilidad de la Nación se haya configurado en el artículo 2 CE como un límite material absoluto y expreso a la reforma constitucional con la licitud jurídica de partidos políticos que tengan por objetivo la secesión o el reconocimiento del derecho a la autodeterminación. Pero, aun si debiéramos partir de la tesis contraria, esto es, de la incompatibilidad entre la existencia de ese límite material y la licitud de los partidos políticos independentistas, ello no nos habría de llevar a la conclusión de que tal límite no existe sino, muy al contrario, a la de advertir que quizá el le-

²⁶ El subrayado es personal. Véase al respecto, García-Escudero Márquez (2007, p. 18).

gislador, obligado por esa previsión constitucional, debiera haber establecido la proscripción de partidos políticos con consignaran en sus Estatutos objetivos no conciliables con la decisión del constituyente.

VI. RECAPITULACIÓN

A mi criterio, pese a tener la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y al conjunto de la doctrina en posiciones indudablemente contrarias, se puede sostener que el artículo 2 CE establece clara y expresamente la indivisibilidad de la Nación como límite material a la reforma constitucional, con todas las consecuencias que de ello se pudieran o debieran derivar, independientemente de que pudieran resultar políticamente incómodas o, incluso, inconvenientes.

Así las cosas, conforme a esta lectura, no cabría reforma de la Constitución por ninguno de los procedimientos en ella previstos, ni para incorporar el derecho a la secesión de determinados territorios, ni para decidir directamente la segregación de los mismos. ¿Significa eso que no existe más cauce para articular tales pretensiones que la revolución constitucional, la apelación a un poder constituyente original y radical que nos llevaría al terreno de lo extrajurídico —*res facti, non iuris*—²⁷? Así es. La indivisibilidad es principio y también fin del pacto constituyente de 1978. No es únicamente el reconocimiento rutinario de una regla general del Derecho Constitucional —la unidad del sujeto soberano—, es un fin específico de nuestro proceso constituyente: la positivación de la intangibilidad de la unidad la Nación.

Que pudiera resultar potencialmente más conveniente encauzar una eventual secesión por vía de la reforma CE, facilitando así un modo ordenado de dar salida al conflicto político, no la hace jurídicamente viable, sólo acaso deseable —para quien sostenga ese enfoque—.

Es bien cierto lo que nos recuerda Aragón Reyes (2002): qué desalentador puede ser dejar a las generaciones del futuro “la triste obligación de expresar la voluntad al margen de la norma”, saliendo así de los márgenes propios del Estado constitucional para poder hacer Constitución; pero también qué “vana ilusión de juristas” puede llegar a ser intentar realizar la “utopía” de dotar de plena estabilidad a la democracia dejando “permanentemente abiertas las vías para que el pueblo, pacíficamente, decida” cualquier cosa (p. 19).

²⁷ De Vega García, 1985, p. 29.

Probablemente estén en lo cierto quienes advierten que no se puede juridificar la ruptura, que es, por definición, revolucionaria. Lo que es seguro es que nuestra Constitución, desde luego, no lo ha hecho; ni tampoco —y esta es mi modesta aportación al debate— deja ninguna puerta abierta para hacerlo.

VII. REFERENCIAS

- Aláez Corral, B. (2000). *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Boletín Oficial del Estado.
- Aláez Corral, B. y Bastida Freijedo, F. (2019). La acomodación constitucional de la secesión: el caso español. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (10), 243-298.
- Alzaga Villamil, O. (1978). *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Ediciones del Foro.
- Aragón Reyes, M. (2019). La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (10), 183-214.
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, Democracia y Control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón Reyes, M. (2022). Constitución y Corona. En M. Álvarez Vélez y F. de Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *España: una democracia parlamentaria. Libro Homenaje al profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendi-coa*. Universidad Pontificia de Comillas.
- Blanco Valdés, R. (2003). *La Constitución de 1978*. Alianza Editorial.
- Caamaño Domínguez, F. (2020). *Federación y reforma*. Tirant lo Blanch.
- Calamandrei, P. (2013). *La Constitución inactuada*. Tecnos.
- Cámara Villar, G. (2018). Artículo 2. En Y. Gómez Sánchez (Coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario* (pp. 53-59). Thomson Reuters Aranzadi.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- De Carreras Serra, F. (2018). Artículo 2. En S. Muñoz Machado (Ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española* (pp. 24-27). Crítica; Cortes Generales, Tribunal Constitucional.

- De Carreras Serra, F. (2014). El derecho a no decidir, pero sí a salir del mandito embrollo. En J. J. Solozábal Echavarría (Ed.), *La autodeterminación a debate* (pp. 81-92). Editorial Pablo Iglesias.
- De Miguel Bárcena, J. (2019). *Justicia constitucional y secesión: el caso del proceso soberanista catalán*. Reus.
- De Miguel Bárcena, J. (2022). Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español). *Revista Vasca de Administración Pública*, (122), 17-43. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.122.2022.01>
- De Miguel Bárcena, J. (2020). La persistencia del proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (120), 199-230. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.120.07>
- Díaz Revorio, F. (2004). *La Constitución abierta y su interpretación*. Palestra Editores.
- Díaz Revorio, F. (2014). Proceso constituyente y proceso descentralizador: ¿de dónde venimos y a dónde vamos? En J. Oliver Araujo, M. Ballester Cardell et al. (Coords.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?* (99-140). Tirant lo Blanch.
- Fondevila Marón, M. (2015). Los límites a la reforma de la Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, (19), 249-260.
- Fondevila Marón, M. (2016). *La reforma constitucional en la Constitución de 1978. Un ensayo de Derecho Constitucional como ciencia teórico-práctica*. Andavira.
- García-Atance García, M. (2002). *Reforma y permanencia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Escudero Márquez, P. (2007). *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garrarena Morales, A. (1980). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia.
- Hernández Valle, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(37), 143-155.
- Herrero de Miñón, M. (2008). Preámbulo. En M. Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario* (pp. 3-10). Wolters Kluwer.

- Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. *Revista del Departamento de Derecho Político*, (7), 81-103. <https://doi.org/10.5944/rdp.7.1980.8035>
- López Basaguren, A. (2014). La secesión de territorios en la Constitución Española. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1(25), 87-106.
- Loewestein, K. (2018). *Teoría de la Constitución* (A. Gallego Anabitarte, Trad.). Ariel.
- Pegoraro, L. (2013). Para una clasificación dúctil de la democracia militante. *Revista Vasca de Administración Pública*, (96), 191-223.
- Pérez Royo, F. (2015). *La reforma constitucional inviable*. Libros de la Catarata.
- Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J (Dirs.) (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Consejo de Estado.
- Ruipérez Alamillo, J. (2003). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Biblioteca Nueva.
- Ruipérez Alamillo, J. (2014). *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*. Porrúa.
- Ruipérez Alamillo, J. (2003). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Biblioteca Nueva.
- Ruipérez Alamillo, J. (2005). Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales. En S. Roura Gómez y J. Tajadura Tejada (Eds.), *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género* (pp. 15-280). Biblioteca Nueva.
- Schmitt, C. (2019). *Teoría de la Constitución* (F. Ayala, Trad.). Alianza Editorial.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2018). Artículo 2. En M. Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario* (pp. 53-63). Wolters Kluwer.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1998). El problema de la soberanía en el Estado autonómico. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (10), 461-502.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2014). La autodeterminación y el lenguaje de los derechos. En J. J. Solozábal Echavarría (Ed.), *La autodeterminación a debate* (pp. 198-212). Editorial Pablo Iglesias.

- Tajadura Tejada, J. (2018). *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons; Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tajadura Tejada, J. (2016). La reforma de la Constitución (artículos 166-169). En T. Freixes Sanjuán y J. Gavara de Cara (Eds.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica, Parte Primera* (pp. 257-281). Boletín Oficial del Estado.
- Tajadura Tejada, J. (2017). El Estado autonómico: el cierre del modelo. En J. Cano Bueso y R. Escudero Rodríguez (Coords.), *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España* (pp. 271-290). Tirant lo Blanch.
- Torres del Moral, A. (1992). Valores y principios constitucionales. Preámbulo, preceptos del Título Preliminar y artículo 10.1. *Revista de Derecho Político*, (36), 17-26.
- Torres del Moral, A. (2005). Interpretación teleológica de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, (63), 9-38. <https://doi.org/10.5944/rdp.63.2005.8956>
- Torres del Moral, A. (2006). Democracia militante. En F. Pérez Royo et al. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (t. I, pp. 209-224). Thomson Aranzadi.
- Torres del Moral, A. (2005). Democracia y reforma constitucional. En M. García Herrera (Coord.), *Constitución y Democracia. Veinticinco años de Constitución democrática en España. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003* (vol. I, pp. 105-124). Universidad del País Vasco.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. y Donaire Villa, F. (2019). *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Vera Santos, J. (2007). *La reforma constitucional en España*. Wolters Kluwer.
- Vera Santos, J. (2014). Algunas precisiones terminológicas doctrinales, curiosamente olvidadas, referidas a la definición territorial de cualquier Estado (también de España). En J. Oliver Araujo (Dir.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralismo, autonomía, federalismo, confederación o secesión?* (pp. 157-172). Tirant lo Blanch.
- Vírgala Foruria, E. (2017). El modelo federal español (reforma territorial ¿federal?). En E. Álvarez Conde (Dir.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española* (pp. 406-419). Comares.