

# **La democracia minoritaria y la reforma constitucional prioritaria**

**JOSEP M. COLOMER**

Barcelona Graduate School of Economics y Georgetown University

## **Resumen**

El régimen constitucional español, que fue diseñado para prevenir la inestabilidad y el conflicto, ha generado una democracia de baja calidad. Se suceden gobiernos cada vez más minoritarios, movimientos centrífugos de las autonomías, y transferencias de poderes soberanos a la Unión Europea. Los partidos temen “abrir el melón” de la reforma constitucional, pero sería posible des-constitucionalizar de una sola vez algunos de los temas más importantes y legislar separadamente sobre ellos sin requerir super-mayorías o referendos.

*Conferencia pronunciada en el Auditorio de Caixafórum,  
Catedra “la Caixa” Economía y Sociedad  
Madrid, 11 de junio de 2018*

El tema de esta conferencia es una propuesta de reforma constitucional. Tras haberla escrito, la nueva Ministra de Política Territorial, Meritxell Batet, ha declarado que la reforma constitucional “es urgente, viable y deseable”. Mi propuesta presenta un procedimiento más viable que los que hasta ahora se han considerado y se discuten en los numerosos foros que se ocupan del tema. Y no solo sobre política territorial. Pero para ello me parece conveniente presentar primero, brevemente, algunos motivos por los que estas reformas constitucionales pueden ser deseables en bien de la democracia en España (algunos de los cuales he desarrollado en mi libro *España: la historia de una frustración*, Ed. Anagrama, junio de 2018).

El régimen político actual de España es una democracia, pero de calidad no muy alta, y más bien baja en algunos aspectos importantes. Hay diferentes niveles de calidad de la democracia; por ejemplo, en Canadá o Suecia, es de mayor calidad en términos de derechos civiles, cumplimiento de la ley, participación ciudadana y efectividad del gobierno que en, digamos, Paraguay o Rumania.

En el primer informe sobre *The Global State of Democracy* publicado este año 2018 por el International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), presenta una evaluación del estado de la democracia en el mundo basado en cinco dimensiones. España está a la cola de Europa en todas las dimensiones menos en Derechos fundamentales, es decir, está a la cola en Gobierno representativo, Administración imparcial, Participación y, en particular, en Controles del Gobierno (que incluye la efectividad del Parlamento, la independencia judicial y la integridad de los medios de

comunicación) donde se sitúa en el puesto 24 sobre los 28 países de la UE (solo por delante de Eslovaquia, Rumania, Croacia y Hungría).<sup>1</sup>

Cuando se pregunta a los ciudadanos españoles acerca de su satisfacción con el modo como funciona la democracia en el país, un 62% de los encuestados se declaran insatisfechos. España se sitúa en el puesto 25 de los 28 países de la UE en satisfacción con la democracia del país (solo por encima de Eslovaquia, Rumania y Grecia) (Eurobarómetro 2018).<sup>2</sup>

El actual régimen democrático de España es insatisfactorio y menos que mediocre en las tres principales dimensiones de la democracia: la representación, el cumplimiento de las reglas del derecho y el control y la responsabilidad de los gobernantes. Concretamente, como revisare brevemente a continuación, las oligarquías de los partidos políticos tienden a controlar todas las instituciones políticas, judiciales, mediáticas y de otros tipos, los gobiernos siempre se basan en un apoyo electoral minoritario, hay una confrontación permanente entre minorías opuestas y una política de crispación, mientras las autonomías territoriales tienden a involucrarse en una competencia centrífuga.

Estos resultados decepcionantes se derivan de estructuras de larga duración. Pero también de algunas instituciones del régimen actual, cuyo diseño estuvo orientado a favorecer la estabilidad política, pero se han vuelto muy rígidas e incapaces de adaptarse a los cambios sociales y a nuevas demandas políticas y que cabe reformar.

---

<sup>1</sup> <https://www.idea.int/gsod>

<sup>2</sup> [http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2018/oneyearbefore2019/eb89\\_one\\_year\\_before\\_2019\\_eurobarometer\\_en\\_results\\_annex.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2018/oneyearbefore2019/eb89_one_year_before_2019_eurobarometer_en_results_annex.pdf)

## **Partidocracia**

Nunca ha habido en España partidos de masas como los que construyeron la democracia moderna en los países europeos más avanzados, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial. La reconstrucción más reciente de una oligarquía partidista tiene sus orígenes en el proceso de transición a la democracia en los años setenta. Tras una larga dictadura, todos los partidos políticos, tanto los formados a partir de las filas del régimen autoritario como los que surgieron de los movimientos de oposición, tuvieron que crearse o recrearse casi desde cero. Las negociaciones secretas que condujeron a pactos por el cambio político estuvieron altamente personalizadas por un puñado de líderes de partido. Por un lado, estos líderes tenían que demostrar su capacidad de ejecutar las decisiones acordadas a través de las filas escasamente pobladas de sus minúsculos nuevos partidos para así hacer creíbles sus compromisos. Por otro lado, los líderes de partido obtenían el apoyo y el control de los afiliados gracias a los logros negociados con los otros partidos. Los pactos externos entre los líderes partidistas y el autoritarismo interno dentro de sus partidos fueron, por lo tanto, dos caras de la misma moneda.

Las consecuencias fueron que el diseño de muchas nuevas instituciones fue hecho a la medida de sus autores: pretendían confirmar el papel primordial de los partidos políticos y sus líderes en el nuevo régimen político y acabaron consolidando la estructura oligárquica de los partidos. Las virtudes de la transición, que permitieron llegar a pactos basados en negociaciones, se convirtieron en los vicios de la democracia, ya que la

mayor parte de las decisiones han continuado estando monopolizadas por las cupulas partidistas.

Los liderazgos partidistas están sobreprotegidos constitucional y legalmente: los partidos son generosamente financiados con recursos públicos basados en impuestos cuyo gasto apenas es controlado por un organismo imparcial; gozan de tiempo regulado de transmisión en la radio y la televisión públicas, de tarifas postales reducidas y de locales públicos para su propaganda y reuniones públicas; el sistema electoral les otorga un control casi absoluto de la selección de los candidatos a cargos públicos, ya que ni en las elecciones municipales, autonómicas, al Congreso o al Parlamento europeo los votantes pueden expresar preferencia alguna por candidatos individuales en la papeleta de voto; alrededor de dos mil titulares de cargos, incluidos todos los senadores, diputados nacionales y regionales y muchos altos funcionarios nombrados a dedo, están legalmente exentos de enjuiciamiento judicial ordinario.

El poder partidista e institucional está altamente concentrado: España es posiblemente el único país democrático del mundo en el que una misma persona es líder del partido, jefe del grupo parlamentario y presidente del gobierno. Las campañas electorales se centran en gran medida en los candidatos de cada partido a la presidencia del gobierno, hasta el punto de que la mayoría de los votantes ni siquiera conocen el nombre del número uno en la lista de candidatos al Parlamento en su circunscripción electoral. Todos los pasos sucesivos del proceso político, desde la formación de las candidaturas electorales, de los grupos parlamentarios y del Gobierno hasta las relaciones entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, están fuertemente marcadas por el dominio de los partidos y sus líderes. Los partidos políticos españoles son super-

controladores, internamente autoritarios y egocéntricos, están sobreprotegidos y tienen escasos afiliados. A la luz de todo esto, tampoco puede sorprender que disfruten de la reputación popular más baja en la España actual. Los partidos políticos son los penúltimos en simpatía en una lista de 12 movimientos u organizaciones sociales, solo por encima de los okupas.

Dada su amplitud y sus vastas consecuencias, la partidización de todas las formas políticas en la España actual altera gravemente los principios de la democracia representativa moderna. A diferencia de la democracia directa clásica, los representantes electos en una democracia representativa no están sujetos a mandatos imperativos de los electores sobre políticas públicas u otras decisiones colectivas. Pero en la España actual los representantes electos aparecen sometidos a otros mandatos imperativos o, en otras palabras, a las órdenes unilaterales de las oligarquías de partido encargadas de formar las listas electorales de candidatos y los consiguientes grupos parlamentarios, así como los equipos de gobierno locales, provinciales, regionales y nacionales y dictar sus instrucciones. Parafraseando a Churchill, podríamos decir que tenemos la versión menos buena de la forma de gobierno menos mala de todas las que se han intentado.

### **Gobiernos minoritarios**

España es el único país de Europa donde, en más de cuarenta años de democracia, siempre ha habido, a nivel estatal, gobiernos controlados por un solo partido, nunca se ha formado un gobierno de coalición, y todos los gobiernos se han basado en una minoría de votos populares. El apoyo electoral medio de los gobiernos españoles formados

después de trece elecciones fue del 40%. El anterior gobierno estaba basado en un tercio de los votos populares y el actual, en menos de un cuarto de los votos y de los escaños parlamentarios.

Esta característica hace que el régimen democrático sea terriblemente excluyente, ya que implica que siempre hay una minoría de votantes cada vez más pequeña que son ganadores absolutos porque el partido por el que votaron controla todo el gobierno y otras instituciones, mientras que una mayoría de los votantes cada vez mayor son perdedores absolutos porque los partidos por los que votaron no comparten el poder. Tan alta concentración de poder sobre la base de un apoyo minoritario en votos populares favorece la polarización, obstaculiza la institucionalización de la separación de poderes y el pluralismo político, y erosiona la legitimidad social del régimen.

Los gobiernos minoritarios son resultado de dos reglas institucionales restrictivas que cabe reformar, básicamente el sistema electoral y los requisitos para el nombramiento y la destitución del presidente del gobierno.

Con respecto al sistema electoral, el prorrateo de escaños entre los distritos electorales provinciales es poco proporcional y favorece a los partidos grandes con apoyos en las zonas rurales. Tras las elecciones, los gobiernos pueden ser elegidos en minoría parlamentaria en segunda vuelta. Pero pueden sobrevivir porque las reglas para derrocarlo son muy exigentes: la moción de censura contra el presidente del gobierno debe ser "constructiva", es decir, solo puede tener éxito si hay una mayoría absoluta de diputados en apoyo de un candidato alternativo. Como hemos visto recientemente, la moción también puede acabar siendo "destruktiva" si el candidato ganador no se apoya en un pacto político y legislativo con otros partidos en el Parlamento.

La pasada legislatura puso de manifiesto la debilidad de la democracia española, próxima a la impotencia. El Parlamento perdió en la práctica la mayor parte de sus poderes legislativos y de control. El Gobierno recurrió rutinariamente a decretos-leyes y descuidó casi totalmente el cumplimiento de sus acuerdos. Muchos políticos y altos funcionarios permanecieron en el cargo de una manera banal y rutinaria. Incluso los políticos más competentes y honestos pudieron sentirse frustrados e impotentes.

### **Separación de poderes**

La partidocracia también erosiona la separación de poderes al dar al partido gobernante un amplio control de los nombramientos de altos cargos de la administración de justicia y otros organismos autónomos. Todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) son nombrados por el Parlamento con el objetivo de lograr "coherencia política" con la mayoría del partido gobernante, como se dejó claro cuando se estableció la norma. El CGPJ nombra a los presidentes del Tribunal Supremo, sus tribunales inferiores y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas.

Las evaluaciones externas de la justicia española son bastante coincidentes. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), formado por los 48 miembros del Consejo de Europa y los Estados Unidos, ha evaluado las normas de prevención de la corrupción con respecto a los miembros del parlamento, los jueces y los fiscales de España cada cuatro años desde 2001. En particular, el Grupo ha recomendado reiteradamente introducir criterios objetivos y requisitos de evaluación para los nombramientos de los altos cargos de la justicia, es decir, el Consejo General del Poder



Judicial, los presidentes de las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia y los magistrados del Tribunal Supremo, "para garantizar que estos nombramientos no arrojen ninguna duda sobre la independencia, la imparcialidad y la transparencia de este proceso". Su más reciente informe de cumplimiento emitido en 2018 concluye que "ninguna de las recomendaciones ha sido implementada satisfactoriamente ni ha sido tratada de manera satisfactoria por España". Nuestro país aparece como el que menos ha cumplido con las recomendaciones con respecto a la prevención y la lucha contra la politización judicial y la corrupción de los veintiún países evaluados.

Según el índice del *Comparative Constitutional Project* (CCP), España solo cumple una de las seis medidas de independencia judicial: una declaración en la constitución.<sup>3</sup> Pero esta declaración no es correspondida por nombramientos independientes y términos vitalicios de los miembros de los altos tribunales, por barreras a su destitución ni por la protección de los salarios de los jueces. El subsiguiente índice de independencia judicial coloca a España a la cola de los países de Europa occidental (desde luego incluyendo a Alemania, Bélgica, Suiza y Gran Bretaña), así como de Estados Unidos y Canadá, y hasta unos cuarenta países de diversas partes del mundo.

La clasificación es parecida en el Informe de la UE sobre la Justicia, en el que España se sitúa en el lugar 26 sobre los 28 países de la Unión en percepción de la independencia judicial (solo delante de Bulgaria y Eslovaquia). La clasificación se basa en los mecanismos de nombramiento, evaluación, traslado y destitución de los jueces.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> <http://comparativeconstitutionsproject.org>

<sup>4</sup> The EU Justice Scoreboard, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice\\_scoreboard\\_2017\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2017_en.pdf)

Además de estas evaluaciones por expertos y la percepción de los ciudadanos, tenemos una evidencia más: los propios jueces y fiscales han estado en huelga en demanda de más medios eficaces y de “una justicia independiente y libre de injerencias políticas” en dos ocasiones, en 2013 y en 2018.

### **Autonomías centrifugas**

No es este el momento para reiterar el análisis sobre la crisis de Catalunya. Solo mencionaré dos aspectos del diseño institucional que han contribuido a generar, acelerar y agravar el conflicto y que pueden ser objeto de revisión constitucional.

Primero, la confusión sobre las competencias del Gobierno central y las de las comunidades autónomas, que ha dado lugar a una competencia permanente entre partidos y entre gobiernos autónomos. La descentralización del Estado ha sido el resultado de estrategias partidistas, competencia y negociación, más que un proceso regulado por una planificación previa y procedimientos predecibles. Este juego de rivalidad, que se ha denominado "agravio comparativo", es como una carrera de galgos en la que los perros persiguen a la liebre, la cual escapa y provoca la aceleración de todos los jugadores. La carrera por el poder ha creado caminos desviados y tendencias centrífugas.

Todo esto es factible, en primer lugar, porque la definición de la forma del Estado en la Constitución de 1978 es extremadamente ambigua. Habitualmente, en los países federales contruidos de abajo arriba --como los Estados Unidos, por ejemplo--, la constitución deja todas las competencias en manos de los gobiernos territoriales, excepto

aquellas explícitamente asignadas al gobierno central, mientras que en los estados descentralizados de arriba abajo --como España--, es al revés: todo queda bajo control del gobierno central, excepto la lista de poderes que se transferirán a los territorios. Sin embargo, la Constitución española estableció dos listas de áreas que delimitan las actividades mínimas de las instituciones central y autónoma, respectivamente, lo que abrió la puerta a una amplia competencia sobre temas no regulados.

El segundo elemento institucional que favorece la competencia entre comunidades autónomas es la debilidad de los organismos institucionales para negociar y arbitrar con el gobierno central y para la cooperación entre comunidades en la formación de políticas públicas de ámbito español y europeo.

En contraste con una característica típica de los países federales, el Senado español no está organizado sobre la base de las mayorías políticas en las comunidades autónomas; por el contrario, el Senado es aún más propenso que el Congreso de los Diputados a producir una mayoría absoluta en escaños de un solo partido --como ocurre ahora mismo-- y no tiene poderes legislativos importantes. En derecho, las comunidades autónomas tienen poder de iniciar legislación ante el Parlamento español, pero en la práctica nunca lo ejercen. La Conferencia de Presidentes del gobierno central y de las comunidades autónomas y el Consejo de Política Fiscal y Financiera y otras reuniones de ministros centrales y regionales deberían promover acuerdos multilaterales sobre la formación de políticas, incluidas las posiciones del gobierno de España en los Consejos Europeos. Pero como solo pueden lograr "recomendaciones" o "compromisos" por unanimidad, se han convertido en escenarios ocasionales de enfrentamiento entre las instituciones controladas por el partido del gobierno central y las que están en manos de

la oposición. Algunos asuntos han sido abordados mediante relaciones bilaterales entre cada autonomía y el gobierno central en Madrid, pero muy pocas veces mediante una cooperación general.

Como en la mayoría de las esferas de la política española, un marco poco institucionalizado no proporciona mecanismos regulares para una gestión adecuada de la distribución territorial del poder, ha dificultado la cooperación interinstitucional y de hecho ha alimentado un conflicto político sostenido.

### **Una Constitución bloqueada**

En conjunto, el régimen democrático establecido desde 1978 contiene varias reglas que han demostrado ser excluyentes y han generado gobiernos cada vez más minoritarios, partidización de las instituciones separadas y una creciente dispersión territorial. Varias de esas reglas podrían ser objeto de una reforma constitucional.

Varias de estas reglas podrían ser objeto de una reforma constitucional para mejorar la calidad de la democracia española. El problema es que España es uno de los países de Europa con mayores barreras para las reformas constitucionales, ya que requieren mayorías calificadas en las dos cámaras (y su repetición después de unas elecciones para temas de derechos y la Corona), así como un referéndum. España también es, en la práctica, el país de Europa en el que ha habido menos reformas constitucionales: desde 1978, solo dos, ambas derivadas de la Unión Europea (derechos de voto para los europeos en las municipales y prioridad a reducir el déficit público y pagar la deuda).

En contraste, todos los países democráticos tienden a revisar sus constituciones periódicamente. Según los datos y cálculos del CCP en doscientos países desde la Revolución francesa, la media de duración de una constitución es de 19 años.<sup>5</sup>

La más antigua y más breve de las constituciones actuales, la de Estados Unidos, ha recibido 27 enmiendas, con un promedio de una cada ocho años y medio. El país de Europa con más cambios constitucionales es Portugal, cuya diferencia con el vecino es que la reforma no requiere elecciones ni referendos, sino solo una decisión por amplia mayoría de su Parlamento unicameral. En Gran Bretaña, dado que la constitución no está codificada en un solo texto, los cambios también son relativamente fáciles: ha habido 51 desde el final de la Guerra Mundial. En la Francia de la 5ª República, se han realizado 17 reformas en sesenta años y otras están actualmente en curso. En Alemania, desde la reunificación en 1990 se han llevado a cabo 14 reformas. Y en Italia, las barreras son más altas porque se puede convocar un referéndum, pero se han realizado 15 reformas de la Constitución.<sup>6</sup>

Las reformas periódicas de la constitución evitan lo que se ha llamado imperialismo temporal, es decir, el imperio de los constituyentes del pasado sobre los ciudadanos presentes y futuros y la regulación del presente en nombre del pasado.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Curiosamente, esta era exactamente la duración que Thomas Jefferson contempló como ideal para la Constitución de Estados Unidos, basándose en cálculos actuariales sobre riesgos y cambios de circunstancias, y con objeto -decía— de que “the deads should not govern the living”, Carta a James Madison, 6 de septiembre de 1789 (citado por Zachary Elkins, Tom Ginsburg, y James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, 2009).

<sup>6</sup> Véase la amplia discusión en Elkins et al., citado en la nota anterior, así como en Adam Brown, “Toward a Better Understanding of Constitutional Amendment Rates,” *Research and Politics*, 2018.

<sup>7</sup> Como decía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución francesa de 1793, Artículo 28: “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.»

Es cierto que, por un lado, la rigidez de una constitución y su subsiguiente larga duración implica un compromiso de mantener las lealtades y por ello puede hacer que las promesas constitucionales sean más creíbles. Por eso la inmovilidad es apreciada en España, donde la historia constitucional anterior había sido más bien patética. Pero, por otro lado, también es cierto que una duración excesiva puede hacer que la constitución pierda apoyo social.

Hay una relación bastante clara entre la longitud y la rigidez de una constitución y su incumplimiento. Las constituciones más breves, como las de Estados Unidos o Gran Bretaña, tienen un altísimo nivel de cumplimiento. La explicación es que un gran número de asuntos que en otros países están regulados por las constituciones en esos países están fuera de la constitución y sus regulaciones pueden ser cambiadas mediante la legislación. Este es, de hecho, el punto de partida de mi propuesta.

Puede ser especialmente adecuada porque la actual Constitución Española es más bien larga, es decir, regula muchos asuntos. Según el recuento del CCP, cabe distinguir 92 temas susceptibles de ser regulados por una constitución, de los cuales la media está casi exactamente en la mitad, 45; la CE se sitúa un cuarto por encima de la media con 58 temas. Asimismo, en número de palabras, la media mundial de las constituciones es de 14.000, con respecto a la cual la CE está también un cuarto por encima con 17.608 palabras.<sup>8</sup>

Con el paso del tiempo las constituciones relativamente largas acumulan disposiciones obsoletas y provocan cada vez más desajustes con la realidad política y

---

<sup>8</sup> 17.608 palabras en inglés y unas 19.000 en español; la Constitución de Estados Unidos tiene solo 4.600 palabras y, con las 27 enmiendas añadidas, 7.762, mientras que el proyecto fallido de Constitución europea tenía más de 150.000 palabras, publicadas en un tocho de 500 páginas. Duró tan poco que no llegó a nacer.

social. Esto tiende a generar demandas de cambios que, si no son correspondidas por reformas, pueden generar altos niveles de incumplimiento y de rechazo.

Hay tres problemas con la inmovilidad que motivan y justifican las propuestas de reforma:

Primero, algunas de las disposiciones constitucionales pueden producir, a medio o largo plazo, consecuencias no-intencionadas. Así ha sucedido en España con las restricciones que se adoptaron para evitar una inestabilidad política que, desde una visión sesgada del pasado democrático, se atribuía al pluralismo político, de modo que han resultado altamente excluyentes.

Segundo, los constituyentes también pueden haber cometido errores, como, por ejemplo, en el caso español, al dejar indefinidos el modelo territorial del Estado o las funciones del Senado.

Y tercero, muchas consecuencias políticas de cambios sociales y económicos exógenos e imprevisibles distorsionan el funcionamiento de ciertos diseños institucionales que fueron pensados para otro contexto. Así ha sucedido con la Gran Recesión y sus efectos políticos, incluidos la quiebra del sistema de partidos y los avances de la integración europea y de la globalización.

A[penas ha habido cambios formales de la Constitución. Pero, de hecho, los cambios constitucionales se producen en España a través de las sentencias del Tribunal Constitucional. Dado que este está ampliamente considerado como politizado y partidista, según hemos visto, no parece el mejor método para adecuar la Constitución a los cambios sociales y las nuevas demandas políticas.

¿Qué hacer? Sería posible modificar los requerimientos para la reforma constitucional; es decir, aprobar mediante las supermayorías y referendos actualmente requeridos una regulación que permitiera cambios mas flexibles de la Constitución. Pero, en general, no suele ser aconsejable cambiar mucho las reglas sobre reglas ya que con ello se puede deteriorar la legitimidad del ordenamiento jurídico.

### **La des-constitucionalización**

La propuesta que presento aquí es diferente: se trataría de des-constitucionalizar algunos temas para que puedan ser objeto de nuevas regulaciones mediante la legislación. La des-constitucionalización de un paquete de artículos requeriría, de acuerdo con las normas vigentes, una mayoría de tres quintos en cada una de las dos cámaras de las Cortes Generales o una mayoría simple del Senado y dos tercios del Congreso. El acuerdo debería ser suficientemente amplio para impedir que una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras solicitara un referéndum.

El acuerdo amplio para desconstitucionalizar es posible y más fácil que cualquier otro acuerdo sobre un paquete de reformas concretas porque se trata solo de eliminar barreras para algunas de las reformas que ahora no son viables, pero pueden ser convenientes y ampliamente apoyadas.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> El procedimiento aquí propuesto no podría aplicarse a reformas de los apartados de la Constitución que se refieren a los derechos fundamentales y las libertades públicas y a la Corona (Titulo 1, capítulo 2, sección 1, y Titulo 2).



La des-constitucionalización de temas no es frecuente, pero hay algunos precedentes. Uno muy notorio es la Prohibición en Estados Unidos.<sup>10</sup> La Decimoctava enmienda a la Constitución, que entró en vigor en 1920, prohibió la fabricación, la venta y el transporte de “licores intoxicantes”, disposición que fue inmediatamente desarrollada por la legislación. Pero trece años después se aprobó la Vigésimoprimera Enmienda cuyo texto dice: “La Decimoctava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos queda derogada”. La cuestión se traspasó a legislación de los estados, los municipios y los condados, que todavía hoy mantienen notables diferencias en sus regulaciones.<sup>11</sup>

Para España, este método puede comportar varias ventajas.

Primero, en contraste con la negociación en cuartos cerrados y las deliberaciones con documentos secretos, la legislación permite que los ciudadanos accedan a una mayor información de las alternativas sobre la mesa.<sup>12</sup>

Segundo, se favorece así la argumentación pública de los legisladores. El Parlamento es, desde luego, más transparente y controlable que la Ponencia constitucional de la Transición o que el Tribunal Constitucional.

Tercero, también se dificultaría el intercambio de votos: “yo te voto a favor de tu propuesta en el tema que más te interesa a cambio de que tu votes por el mío en el tema

---

<sup>10</sup> Debo esta pista a una comunicación personal del juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos Neil Gorsuch.

<sup>11</sup> Una ley federal de 1985 fijó la edad mínima para beber alcohol en 21 años, pero alrededor de dos tercios de los estados permiten el consumo a los menores en privado o en ocasiones familiares especiales, mientras que algunos condados y municipios aún mantienen la prohibición total. En España, la edad mínima legal para el consumo de alcohol es 18 años. Pero en Estados Unidos se cumple la ley.

<sup>12</sup> Sobre los diferentes incentivos para argumentar o negociar en una asamblea constituyente, con especial comparación de la Convención federal de Filadelfia en 1787 y la Asamblea Constituyente de París en 1789-191, Jon Elster, “Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2, 2000: 345-421.

que a mi más me interesa” --que es como se negoció la actual Constitución. Mediante este “logrolling” o intercambio de cromos lo que se consigue es que cada acuerdo se base en la preferencia minoritaria de algún partido, mientras que, en cambio, el verdadero consenso se obtiene cuando cada tema es objeto de una negociación separada en la que se requiere una clara mayoría.<sup>13</sup>

Yo creo que con este método de des-constitucionalización debería desaparecer el miedo a “abrir el melón” del cambio constitucional, ya que no se negociaría un gran paquete de medidas dispares sobre múltiples temas, sino que cada tema sería objeto de acuerdos específicos, de modo que se ampliarían las áreas de acuerdos potenciales entre los partidos. Se abriría el melón, pero rodaja a rodaja y hasta donde hubiera acuerdos suficientes.

Los cambios que sugiero abordan algunas de las mayores deficiencias del actual sistema democrático, según las he revisado anteriormente. Pero la lista podría ser diferente.

En particular, respecto de las autonomías, cabría, primero, aplicar la Constitución, que en el artículo 152.2, dice:

“Una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes.”

No se dice en ningún sitio que una sentencia del Tribunal Constitucional sea la última palabra en la modificación de un Estatuto.

---

<sup>13</sup> Véase mi análisis de los intercambios de votos en la elaboración de la Constitución de 1978 en mi libro *El arte de la manipulación política* (Anagrama 1990), capítulo 9: “El consenso nocturno”, revisado en *La transición a la democracia: el modelo español* (Anagrama 1998), capítulo 6.

Sin reforma constitucional, también caben reformas legislativas importantes con respecto a las finanzas y la recaudación de recursos financieros de las autonomías, o la introducción del referéndum de autodeterminación que fue considerado constitucionalmente admisible por el Tribunal Constitucional<sup>14</sup>.

Las des-constitucionalizaciones que propongo devolverían al legislador lo que el TC ha llamado “cuestiones fundamentales que fueron resueltas en el proceso constituyente y que están sustraídas a la decisión de los poderes constituidos”, es decir, al Parlamento. La sustracción habría sido temporal y los temas no se considerarían resueltos para siempre, sino que volverían a la legislación.

En mi lista tentativa basada en el análisis anterior de algunas deficiencias del actual régimen político español, la des-constitucionalización afectaría, en todo o en parte, a doce artículos, que se refieren a los siguientes temas:

Dos para promover la formación de gobiernos con apoyo mayoritario multipartidista:

1- El sistema electoral, mediante la eliminación del mandato de usar la provincia como circunscripción electoral para poder mejorar la proporcionalidad.

2- La investidura del presidente del Gobierno y la moción de censura, para promover la formación de gobiernos mayoritarios.

Una para aumentar la separación de poderes:

---

<sup>14</sup> “La previsión por el constituyente de unos concretos supuestos de referéndum no agota el elenco de otros admisibles en nuestro ordenamiento, solo a la ley orgánica a la que remite el citado art. 92.3 CE [L.O. 2/1980 de 18 de enero sobre modalidades del referéndum] correspondería la previsión genérica o en abstracto de tales consultas referendarias distintas a las contempladas de modo expreso en la norma fundamental”. Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2017 de 17 de octubre sobre el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno frente a la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017 de 6 de septiembre denominada «del referéndum de autodeterminación». (BOE 24 de octubre de 2017).

3- La selección de miembros del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional por el Congreso y el Senado, para reducir la partidización de los órganos superiores de la justicia.

Y una serie que afecta a las autonomías y al papel del Senado:

4- Los cambios de límites de las provincias y las Comunidades autónomas, para que sea posible reducir su número.

5- El procedimiento de reforma de los Estatutos, para evitar conflictos entre la legislación, el referéndum y la justicia.

6- La división de poderes entre el Gobierno central y las Comunidades Autónomas, mediante la eliminación de la lista de competencias autonómicas y el mantenimiento de la lista de competencias exclusivas del Estado, para facilitar que cada comunidad pueda decidir su nivel de competencias.

7- La elección del Senado, mediante la selección de los senadores por los gobiernos autónomos para facilitar la cooperación interterritorial.

8- Los poderes legislativos del Senado, para facilitar su participación en temas que afecten a la distribución territorial del poder.

Ciertamente, si se logra un acuerdo sobre estos temas, también cabría aprovechar la ocasión para incluir otras reformas consensuales, en particular el reconocimiento formal de la creciente inserción en la Unión Europea, que ni siquiera es mencionada en la Constitución. Pero la inserción de reformas sustantivas quizá podría poner en peligro el acuerdo para la des-constitucionalización.

Más concretamente, la reforma de la Constitución española que podría aprobarse por las Cortes Generales, de una vez y sin referéndum, podría afectar, en todo o en parte, a doce artículos de la Constitución, según lo detallo en el Apéndice.

Tras la reforma des-constitucionalizadora que propongo, las normas legales actualmente vigentes continuarían en vigor. Por ejemplo, la ley electoral con la provincia como circunscripción continuaría vigente mientras no se cambiara.

Las reformas posteriores podrían hacerse por leyes orgánicas o por leyes ordinarias. La CE remite el desarrollo de sus disposiciones en veintidós temas a leyes orgánicas, de las cuales solo se han aprobado diez. La lista arriba sugerida abriría la puerta a la modificación de cuatro de las leyes orgánicas actualmente existentes (sobre el sistema electoral, la alteración de límites provinciales, la organización del poder judicial y el Tribunal Constitucional), mientras que los demás cambios podrían operarse vía legislación ordinaria.

Los legisladores deberían acordar unas prioridades para la legislación innovadora. Resolver un tema no implica que se vaya a reformar el otro inmediatamente. Mas bien, el establecimiento de prioridades legislativas debería implicar algún criterio colectivo sobre la regeneración de la democracia y el tipo de régimen político que deseamos. Cabría considerar, en particular, si la independencia de la justicia es el tema prioritario para asegurar la separación de poderes. En una temporada de cambios legislativos mayores como estos, también podrían abordarse otros que no están impedidos por la Constitución, por ejemplo, respecto de la transparencia y responsabilidad de los partidos políticos.

En otro lugar he estudiado también la balanza entre el multipartidismo y el federalismo, problema que es muy relevante en España.<sup>15</sup> Yo creo que en España la prioridad está en la distribución territorial del poder –como hemos vivido intensamente desde hace tiempo--, pero esta decisión sobre las prioridades necesitaría otra discusión y correspondería establecerla, por supuesto, a los legisladores.

En el futuro, los posibles nuevos errores podrían ser corregidos más fácilmente que con la rígida Constitución actual y habría más flexibilidad para aprovechar nueva información, corregir ulteriores desajustes con la realidad cambiante y responder a nuevas demandas de la sociedad.

El miedo a los peligros de "abrir el melón" de la reforma constitucional refleja una debilidad política y un sentimiento de fragilidad y vulnerabilidad de la democracia española. Solo una reforma muy amplia de la Constitución, que ha permanecido casi intacta durante cuarenta años, podría asegurar su cumplimiento y su mayor longevidad. Como dijo la Ministra Batet, la reforma constitucional es urgente y deseable; creo que con mi propuesta puede ser mas viable que con los procedimientos que se han considerado hasta hoy.

---

<sup>15</sup> Josep Colomer, "Equilibrium Institutions: The Federal-Proportional Trade-Off", *Public Choice*, 2013, 157, 3-4. DOI: 10.1007/s11127-012-0014-1

## APENDICE

Las siguientes partes de la Constitución Española de 1978 podrían derogarse mediante una sola reforma aprobada por las Cortes Generales para abrir la posibilidad de regular los temas afectados mediante legislación orgánica u ordinaria. El artículo único de la ley de reforma debería decir algo así como:

“Las siguientes partes de la Constitución Española de 1978 quedan derogadas.”

### TÍTULO III

#### De las Cortes Generales

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### De las Cámaras

##### Artículo 68

[Sistema electoral]

“2. La circunscripción electoral es la provincia.”

##### Artículo 69

[Senado - composición]

“2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica.

3. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores –Gran Canaria, Mallorca y Tenerife– y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.

4. Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores.

5. Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional.

6. El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.”

#### CAPÍTULO SEGUNDO

##### De la elaboración de las leyes

##### Artículo 90

[Senado - legislativo]

“2. El proyecto [de ley] no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una

vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.”

## TÍTULO IV

### Del Gobierno y de la Administración

#### Artículo 99

[Investidura]

3. [...] “De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.”

## TÍTULO V

### De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales

#### Artículo 113

[Censura]

2. [...] “y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno.”

#### Artículo 114

[Censura]

2. [...] “y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno.”

## TÍTULO VI

### Del poder judicial

#### Artículo 122

[Gobierno de la justicia]

“3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.”

## TÍTULO VIII

### De la Organización Territorial del Estado

[LA MAYOR PARTE DEL TITULO VIII ESTA OBSOLETA]

## CAPÍTULO SEGUNDO



## De la Administración Local

### Artículo 141

[Provincias]

1. [...] “Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.”

“2. El Gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo.”

## CAPÍTULO TERCERO

### De las Comunidades Autónomas

### Artículo 145

[Comunidades autónomas]

“1. En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas.”

### Artículo 147

[Reforma de los Estatutos]

3. [...] “requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica.”

### Artículo 148

[Comunidades autónomas-Competencias]

“1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

1o Organización de sus instituciones de autogobierno.

2o Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.

3o Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

4o Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.

5o Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.

6o Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.

7o La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.

8o Los montes y aprovechamientos forestales.

9o La gestión en materia de protección del medio ambiente.

10o Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.

11o La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.

12o Ferias interiores.

13o El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.

14o La artesanía.

15o Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.

16o Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

17o El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.

18o Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

19o Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.

20o Asistencia social.

21o Sanidad e higiene.

22o La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.”

## TÍTULO IX

### Del Tribunal Constitucional

#### Artículo 159

[Tribunal Constitucional]

1. [...] “de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.”