

Sobre el derecho de participación en una democracia constitucional

José J. Jiménez Sánchez

Granada, 2007

“En tanto el pueblo no anule o modifique, mediante un acto solemne y de autoridad, las disposiciones [...de la vigente Constitución], éstas son vinculantes colectiva e individualmente; y ninguna presunción, o incluso certeza sobre los sentimientos de aquél, puede justificar que sus representantes se desvíen de éstas antes de que se efectúe tal acto. Pero fácilmente se entenderá que los jueces precisarían de una firmeza fuera de lo común para desempeñar su cometido de fieles guardianes de la Constitución cuando el legislativo la vulnere instigado por la voz mayoritaria de la comunidad”.

Publius (A. Hamilton), *El Federalista* nº 78, 28 de mayo de 1788¹.

I

El proceso de globalización en curso ha provocado no sólo que el “patrimonio de soberanía”² de las entidades estatales se debilite, sino que se defiende la sustitución de la “vieja categoría de Estado nacional [...] por lo que Häberle ha llamado el Estado constitucional cooperativo, en el que categorías básicas como soberanía, sistema de fuentes y jurisdicción deben ser

¹ *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, selección e introducción de I. Sánchez-Cuenca y P. Lledó, trad. P. Lledó, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pág. 202.

² J. Ramón Parada Vázquez, “Crisis de estatalidad y descentralización política”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, especial monográfico, vol. 1, *Organización territorial de los Estados europeos*, septiembre, 2006, pág. 366.

reinterpretadas a la luz de las relaciones internacionales”³. Sin embargo, la globalización no ha producido sólo las consecuencias señaladas, sino que también ha coadyuvado a generar otras en una dirección opuesta, pues ha propiciado el auge de los nacionalismos, que no piensan que la forma estado-nación sea insuficiente para preservar los distintos modos de vida ni siquiera que desde esa forma jurídico-política no puedan abordarse las nuevas dificultades que conlleva ese proceso de globalización, sino justamente lo contrario, ya que el nacionalismo piensa que la solución a sus problemas se encuentra precisamente en la forma estado-nación. Así, la oposición por parte de los nacionalistas al estado-nación se resuelve perversamente en su propia reivindicación, aunque eso sí a costa de la quiebra de los ya existentes.

El desenlace de las anteriores dificultades –globalización, crisis del estado-nación y auge de los nacionalismos– puede transcurrir por caminos muy diferentes, bien a través de la implantación de nuevas entidades de carácter internacional, bien por medio de la renovación de antiguas instituciones internacionales como ha sido el caso del proceso de constitucionalización de la Unión Europea, asentada sobre el fortalecimiento de los estados nacionales ya existentes⁴ y los derechos individuales, o bien por una senda contraria a las anteriores, que implique el debilitamiento de las instituciones internacionales y el surgimiento de nuevas entidades estatales, en las que se alcance un mayor grado de identidad entre sus componentes y donde, en consecuencia, los derechos individuales pueden sufrir ante la preeminencia de los derechos colectivos.

Si bien todos estos problemas y sus soluciones son enormemente complejos y todos poseen ventajas e inconvenientes, el mayor riesgo se encuentra en el hecho de que se quieran plantear y resolver al margen de las reglas básicas de convivencia, esto es, al margen del orden constitucional establecido, un orden constitucional que responde, claro está, a los presupuestos de las democracias liberales: el respeto de los derechos individuales y de las decisiones mayoritarias según las reglas establecidas,

³ Agustín Ruiz Robledo, “La presencia de las Comunidades Autónomas en las organizaciones internacionales”, *Asamblea...*, *rev. cit.*, pág. 162, en la que sigue a P. Häberle, “Derecho constitucional europeo”, trad. E. Mikunda Franco, *Revista de Estudios Políticos*, nº 79, enero-marzo de 1993, págs. 7-46.

⁴ Así la Constitución europea decía en su artículo I-1 que nace de “la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa”, así como sostiene en el art. I-5 que “La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros”.

esto es, de acuerdo con las exigencias del estado de derecho o imperio de la ley. Las consecuencias de actuar al margen del orden constitucional de una democracia liberal son enormes, primero porque supone una quiebra de la legalidad y, segundo, porque no hay razones que pudieran justificar tal quebrantamiento del orden jurídico democrático-liberal⁵. De ahí que los cambios o reformas tengan que hacerse de acuerdo con las reglas preestablecidas, pues ese orden democrático-liberal no se apoya sólo y exclusivamente en las decisiones mayoritarias, sino en que éstas se adopten respetando los derechos individuales, lo que sólo puede garantizarse mediante el respeto de las normas de juego previamente definidas. Así pues, si se realizara una reforma constitucional por cauces distintos a los establecidos formalmente se lesionaría, en primer lugar, la libertad política por excelencia - el derecho de participación-, y en consecuencia, se produciría finalmente la quiebra del poder soberano.

La democracia liberal se asienta sobre el reconocimiento de una serie de derechos políticos, entre los que el derecho más importante es el derecho de participación, que exige venir acompañado de otros como la libertad de expresión, libertad ideológica, derecho de reunión, etc. No obstante, los últimos son instrumentales respecto del primero, pues todos ellos encuentran su razón de ser en coadyuvar a la realización de aquél. La posibilidad de una lesión del derecho de participación no se percibe siempre con claridad porque se desenvuelve en un nivel de abstracción difícilmente comprensible. Sucedería lo contrario si el daño alcanzara a las libertades subjetivas de acción⁶, en las que cualquier menoscabo se percibe con facilidad, pues nos

⁵ De ahí la diferencia entre la primera transición –“de la ley a ley”, pero quebrantando los principios, lo que supuso una ruptura desde el punto de vista sustancial-, y esta segunda transición, en la que se quiere llevar a cabo la reforma desde la ley, ley orgánica, pero en contra de la Constitución, lo que la hace, desde un punto de vista jurídico-racional, imposible.

⁶ “Lo ha dicho [...] el consejero de Sanidad de la Junta de Extremadura [...] ‘En España tiene más garantía de ser tratado igual en todas las Comunidades Autónomas un cerdo o una vaca que un *hombre*’. La explicación es muy sencilla: en materias agropecuarias rige para toda la Unión Europea una normativa comunitaria común; mientras que en materia de Derechos Humanos se están aprobando, dentro de España, disposiciones que tienden a privilegiar a los ciudadanos de una Comunidad sobre los de otras [...] si consideramos, en vez de vacas o cerdos, a los ciudadanos españoles, vemos atónitos como cada día se erigen más diferencias entre los mismos, convirtiendo en papel mojado

afecta directamente, de manera concreta, en tanto que lo hace en el ejercicio de nuestras libertades privadas, las libertades negativas, que nos resultan por su inmediatez mucho más asequibles.

II

Es verdad que, en nuestro país, no se ha iniciado una ruptura constitucional encubierta de manera abrupta y fácilmente reconocible, como sucede cuando se produce un golpe de estado⁷, sino que tal y como ha dicho Pérez-Díaz se ha llevado a cabo “una reforma constitucional subrepticia”⁸, orillando las normas y procedimientos que deberían haberse seguido, y sustituyéndolos por otros que no estaban predefinidos. Las consecuencias inmediatas de tal actuación consisten en la lesión de nuestro derecho de participación, así como la quiebra y subsiguiente parcelación de la soberanía, efectos necesarios de la sustitución de la autoridad constituyente tal y como viene diseñada en la Constitución por la autoridad legislativa.

Con ello me refiero, claro está, a lo que ha sucedido desde que se inició la tramitación parlamentaria del *Estatuto de Cataluña*, que “a pesar de su corrección a la baja en su aprobación por las Cortes españolas que lo sancionaron el 10 de mayo de 2006, supone –tal y como ha dicho Parada, pero también muchos otros- un cambio en el modelo de Estado que de una estructura federal enfila otra de corte confederal”⁹. En un sentido diferente,

el artículo 14 de la Constitución.”, en J. de Esteban, “La igualdad de las vacas”, *El Mundo*, 14 de agosto de 2006, pág. 4.

⁷ Vid., en relación con esta cuestión, K. Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, en K. Marx, F. Engels, *Obras escogidas*, tomo I, págs. 404 y ss. y C. Malaparte, *Técnica del golpe de Estado*, trad. J. Gómez de la Serna, en id., *Obras*, Plaza y Janés, Barcelona, 1960 (1931), págs. 1 y ss.

⁸ V. Pérez Díaz, “¿Reconstruimos España?”, *El País*, 18 de octubre de 2005.

⁹ J. R. Parada Vázquez, “Crisis de estatalidad...”, *art. cit.*, pág. 378, en la que un poco más abajo afirma: “la técnica, *más propia de trileros que de juristas* [énfasis mío], consiste en definir desde el Estatuto, usurpando el papel de constituyente y del Tribunal Constitucional, qué se entiende por competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas”.

Parece evidente que no se siguió la advertencia que hizo G. Fernández Farreres, “Estado Autonómico y Tribunal constitucional”, *Asamblea... rev. cit.*, pág. 356, en donde dice: “si la propuesta de reforma [presentada por el

Tomás de la Quadra afirmó, mirando hacia otro lado, que “es ya una realidad insoslayable con sus virtudes y sus defectos [... por lo que] un necesario y conveniente punto de partida consiste en asumir por todos que el nuevo Estatuto es ya la norma institucional de Cataluña que han querido los representantes de aquella Comunidad y las Cortes Generales y ha ratificado el pueblo de Cataluña”¹⁰. De ahí que con su “aprobación [se] cierr[e] prácticamente el debate jurídico-constitucional sobre su vigencia misma”¹¹. Sin embargo, los hechos acaecidos desde entonces –verano de 2006-, no han hecho sino encaminarse en la dirección absolutamente opuesta, pues se han presentado varios –hasta siete- recursos de inconstitucionalidad y se ha recusado a cuatro¹² de los miembros del Tribunal, admitiéndose sólo una de esas recusaciones. La conclusión es evidente: nos hallamos justamente en la situación contraria a la deseada o recomendada por T. de la Quadra, y eso que el debate jurídico-constitucional, que él daba por cerrado, sólo se encuentra en sus prolegómenos.

La razón fundamental del problema con el que nos enfrentamos, se encuentra, primero, en el hecho de haber mezclado dos planos –institucional y político- que debieron mantenerse separados, hasta tanto el primero hubiera quedado perfectamente claro, libre de toda falta. Esta confusión ha conducido, en segundo lugar, a una dificultad aún mayor, a la oposición entre dos legitimidades, la que deriva del pueblo, esto es, la democrática, y la que procede del propio Tribunal, es decir, la que se origina en los límites en que ha

Parlamento catalán] no se corrige por las Cortes Generales en profundidad – con tanta que prácticamente queden eliminadas las definiciones funcionales y materiales que de las mismas [las competencias autonómicas y estatales] se hacen-, su aprobación, sin esos cambios, colocará al Tribunal Constitucional, dada su condición de intérprete supremo de la constitución, cuya jurisprudencia vincula a todos los poderes públicos sin excepción –incluido, por tanto, el propio legislador estatutario-, ante un reto de enorme magnitud. Ante el reto de tener que rechazar por inconstitucional una norma de especial importancia y singularidad, aprobada, además, en referéndum tras una compleja tramitación parlamentaria, como lo es el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sólo cabe esperar que sea capaz de superarlo”.

¹⁰ T. de la Quadra-Salcedo, “Después del referéndum de Cataluña. ¡El Estatuto ha muerto! ¡Viva el Estatuto!” , *Claves de razón práctica*, nº 164, julio-agosto 2006, pág. 12.

¹¹ T. de la Quadra-Salcedo, “Después del referéndum...” , art. cit., pág. 4.

¹² Pérez Tremps, García Calvo, Casas y Rodríguez Zapata.

de asentarse la democracia, si es que queremos entender la democracia como democracia liberal o constitucional.

La primera cuestión surge al entreverar el plano institucional con el plano político. En el primero se desenvuelve el procedimiento legislativo, de manera que la autoridad legislativa creada por la Constitución dicta las normas de acuerdo con los procedimientos y limitaciones que la norma fundamental establece. Junto a esto hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico se exige que algunos Estatutos, los llamados del artículo 151 C.E., han de ser aprobados finalmente en referéndum, con lo que mezclamos el plano legislativo, institucional, con el plano político, en la medida en que la aprobación por referéndum supone la intervención de una parte del pueblo, esto es, de una parte del poder constituido-constituyente. Este procedimiento no conllevaría ningún inconveniente si lo que se aprobara, fuese plenamente constitucional. Indudablemente, eso no sucederá en caso contrario. Ésta es la razón por la que se debería haber mostrado un cuidado exquisito en procurar que el texto que se sometiera a referéndum estuviera libre de cualquier tacha de inconstitucionalidad, pues si antes de que el texto fuera claro desde el punto de vista constitucional, me adentro en el terreno político llamando a la ratificación del pueblo, podría estar introduciendo la política de los hechos consumados. Además, si ese texto constituyera de hecho una reforma constitucional -lo que no podría ser de derecho al haberse formulado por la autoridad legislativa y no por la constituyente-, nunca se podría acudir para su validación a una parte del pueblo -en este caso, el catalán-, sino que se tendría que llamar a quien por ser titular de la soberanía tiene capacidad para hacerlo, esto es, el pueblo español.

No obstante, el problema podía haberse evitado con facilidad si se hubiera seguido la recomendación del Consejo de Estado¹³, consistente en reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad. Esto no se hizo y ahora nos encontramos en una situación aún más difícil y complicada, pues nos hallamos ante el enfrentamiento entre dos clases de legitimidad. Por un lado, la que proviene del pueblo –aunque sólo sea una parte- que ha aprobado el texto y, por otro, la que procede del Tribunal Constitucional, en tanto que es él el que tiene que velar por la adecuación de los textos legislativos al primado de la Constitución.

¹³ *Informe sobre modificaciones de la Constitución Española*, febrero 2006.

Evidentemente, la solución inmediata no puede ser otra que la restauración del orden constitucional destrozado insensatamente, aunque también parece claro que no cabe radicar una solución mediata –entre la restauración y la quiebra del orden constitucional- y definitiva en aquélla, que sólo podría ser provisional por la situación de enfrentamiento que tal restauración podría suscitar, por ejemplo, en Cataluña. Incluso si ese Estatuto se generaliza, que es lo que parece que podría ocurrir, haría todavía más inviable esa restauración. De ahí que la única salida que se encuentre a nuestro alcance sea la de inaugurar abiertamente, y no de manera subrepticia como ahora está sucediendo, un nuevo proceso constituyente, en el que se fijen, al menos, las tres cuestiones siguientes: primero, el modelo de organización territorial y los asuntos de fondo existentes tras el mismo -fundamentalmente los relativos a la soberanía y la nación; en segundo lugar, los derechos y libertades individuales y su relación con los derechos colectivos, de manera que respetándose éstos, queden supeditados a los primeros y, finalmente, se fijen las competencias del Estado.

El nuevo proceso constituyente tiene que atenerse necesariamente a las reglas establecidas y finalizar con la consulta al pueblo, como sucedió con el anterior, originario y fundador de la democracia constitucional de 1978. El pueblo tiene que pronunciarse y ha de hacerlo como tal y no de manera parcelada, que es lo que ha ocurrido –por cierto, con muy poco éxito¹⁴-hasta ahora, pues no se trata de que diecisiete pueblos se pronuncien sobre sus normas de convivencia, sino de que un solo pueblo –pues eso es lo que dice la Constitución-, decida qué es lo que quiere compartir. De ahí que la mayor incongruencia del proceso que estamos viviendo, sea que quienes han iniciado insensatamente este camino, lo han hecho apoyándose en una concepción mayoritaria de la democracia, al mismo tiempo que han negado su principio fundamental: el derecho de participación, un derecho que sólo puede ejercerse si está dado con antelación el lenguaje que lo hace posible, aquello que Sloterdijk entiende como el honor compartido¹⁵ y que nosotros

¹⁴ Los porcentajes de participación en los referéndum de Cataluña y Andalucía fueron muy bajos. En el primero no se llegó al 50% y en el segundo aún fue peor, pues no se alcanzó el 37%.

¹⁵ P. Sloterdijk, *Esféras III. Espumas. Esferología plural*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2006 (2004), pág. 666, en la que afirma: “Pero, al menos, la redondez de la mesa del rey Arturo significó un comienzo, puesto que indica cómo pueden coexistir el derecho de cada individuo a su propia aventura y el honor compartido. Lo esférico se añadirá con suficiente antelación, y con ello

comprenderíamos como los principios de la democracia y de los derechos y las libertades individuales. De ahí que la reivindicación del derecho de participación no debe llevarse a cabo desde una concepción mayoritaria de la democracia, sino desde otra diferente, constitucional, en la que el respeto a las reglas establecidas no dependa de ninguna voluntad mayoritaria y sea lo que garantice y justifique tal derecho, pues sólo así es posible participar y también que esa participación adquiera sentido al hacerlo sobre aquello que compartimos y respetamos.

todo lo demás que pertenece a estos fragmentos de un lenguaje de la participación”.