

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD CONSTITUCIONAL. REFORMA, INTEGRACIÓN Y MUTACIÓN DEL TEXTO DE 1978

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva*

1. REFORMA, INTEGRACIÓN Y MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La expresión Estado de Derecho se ha convertido en una de las más utilizadas últimamente en la comunicación política. Aunque España se constituyó en 1978 en Estado social y democrático de Derecho, hasta no hace mucho se ha reparado más en los otros dos elementos de esta fórmula, el democrático y, sobre todo, el social, este último con motivo de las consecuencias de la crisis económica y de la política de la crisis, que sobre el propiamente jurídico. No obstante, al hilo de los acontecimientos relacionados con la tentativa de secesión de Cataluña, se subraya con insistencia la importancia del Estado de Derecho.

Ya hace muchos años que Pablo Lucas Verdú, primero¹, y Elías Díaz², después, explicaron entre nosotros en qué consiste y hoy en día es pacífico que forma parte inseparable del constitucionalismo democrático. Las ideas principales en las que descansa son: la primacía de la ley, entendida como expresión libre de la voluntad popular, la separación de poderes, la garantía de los derechos fundamentales y el control judicial del sometimiento a la Ley de los poderes públicos. Cuando, a partir del período de entreguerras, se extiende la justicia constitucional preconizada por Hans Kelsen, se pasará a considerarla como la coronación del Estado de Derecho.

* Sesión del día 19 de junio de 2018.

¹ PABLO LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*. Acta Salmanticensis, Salamanca, 1955 y *La lucha por el Estado de Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975:16-17 y 23-24, respectivamente.

² ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Edicusa, Madrid, 1972:29.

Vivimos, pues, bajo el imperio de la ley y, ante todo, bajo las determinaciones de la Constitución que es la ley de leyes. Ahora bien, no hace falta ser jurista para saber que entre las previsiones jurídicas y la realidad puede haber y hay diferencias. Los preceptos constitucionales y legales acotan parcelas de esa realidad y prescriben la conducta que deben observar los sujetos que se desenvuelven en ellas. No es ningún secreto que no siempre ese deber se convierte en ser. Tampoco se desconoce que, si toda regulación jurídica se ve matizada por la forma en que se aplica, la que establece la Constitución puede experimentar notables contrastes con la realidad precisamente por la naturaleza política de esta última, o sea por el dinamismo que poseen todos los fenómenos relacionados con la organización y el ejercicio del poder³.

Se ha establecido incluso una conocida clasificación de las Constituciones —su autor, Karl Loewenstein⁴ la llamó ontológica— que atiende, además de a la sustancia, a la realidad constitucional. Así, tiene por normativas a las que se inspiran en las ideas de la limitación del poder y de la garantía de la libertad y, además, se aplican efectivamente. Las nominales son aquellas que, si bien proclaman esos principios, no se cumplen. Y las semánticas son las que, pudiendo corresponderse sus prescripciones con la realidad de su aplicación, no tienen de Constitución más que el nombre y solamente encubren o dan apariencia jurídica a diversas formas de dominación política. Las Constituciones de los países democráticos, entre ellas la española, son normativas. Las de muchas repúblicas que existen en el mundo son nominales y las de Estados totalitarios y autoritarios son semánticas. Por ejemplo, la que se presentó como Constitución española a partir de la Ley Orgánica del Estado de 1967 era un buen ejemplo de esta variedad de Constituciones.

Ciertamente, todo legislador pretende que sus disposiciones se cumplan. Para eso las dicta. Y, a fin de lograr su propósito, se preocupa de acotar con la mayor certeza los supuestos que deben ser regulados y por prever las hipótesis que pueden producirse en torno a ellos, así como por establecer las consecuencias que ha de traer la verificación de una u otra de esas hipótesis, siempre desde la perspectiva de los objetivos que quiere lograr exigiendo un preciso comportamiento. Sin embargo, no es posible preverlo todo y, además, sucede en ocasiones que aplicar las consecuencias aparejadas a una determinada circunstancia es desproporcionado o, simplemente, contraindicado. De ahí que en la práctica surjan naturalmente usos o expedientes que modulan la excesiva rigidez de los mandatos jurídicos y que los juristas cuenten con instrumentos, más o menos precisos, para hacer frente a escenarios nuevos de los que todavía no ha podido o no ha querido ocuparse el legislador.

³ A ello se refirió tempranamente al hablar de la operatividad normativa de la Constitución, Raúl Morodo en "Constitución, legalidad, legitimidad", en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, nº 26/1962:55 ss.

⁴ KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio de Alfredo Gallego Anabitarte). Ariel Barcelona, 1964:216 ss.

Desde luego, la solución, en principio, más adecuada para encarar esas novedades es la de aprobar disposiciones también nuevas que las ordenen. O reformar las anteriores para que las comprendan. Ahora bien, no siempre será posible y, a veces, puede que no sea necesario porque, mediante la interpretación de los tribunales, quepa extenderles criterios ya presentes en el ordenamiento jurídico. O, simplemente, porque se hayan formado usos y convenciones que les den respuesta satisfactoria. En otras palabras, porque su propia fisiología lo desarrolla o integra.

No obstante, habrá casos en que la realidad acabe por superar a las leyes y apartarse de sus prescripciones, derogándolas *de facto*, o que imponga en aspectos no regulados modos de actuación o pautas de funcionamiento o decisión en contraste con los fundamentos en los que descansa el régimen jurídico de esa materia. En estos supuestos, ya no se trata de su desarrollo o integración, sino de su sustitución por otro distinto ya sea, simplemente, porque dejan de aplicarse sus reglas, ya sea porque se siguen otras distintas y contradictorias con las establecidas. Creo que son estas las verdaderas mutaciones, las que significan un cambio de régimen jurídico sin alterar las disposiciones que contienen el, en principio, aplicable.

Reforma, integración y mutación son conceptos que entran en juego cuando la tensión entre las prescripciones jurídicas y la realidad se resuelve mediante una u otra⁵. Aplicados a la Constitución dicen, por tanto, relación a las normas y a la realidad constitucionales, a la coherencia o incoherencia que entre ellas existe en un momento y en un contexto determinados. A la identidad o separación entre el texto y su aplicación. Asimismo, implican un juicio sobre la adecuación o inadecuación entre lo que debería ser y lo que sucede efectivamente.

Es más fácil pronunciarlo frente a la reforma constitucional pues, al fin y al cabo, se sustancia en la comparación del documento original con el modificado y en la valoración de las diferencias traídas por el cambio formal a fin de decidir si suponen o no una ruptura con el diseño inicialmente establecido por los constituyentes. Tiene, además, pleno sentido desde el punto de vista jurídico ya que el poder de reforma de la Constitución, en la medida en que nace de ella, por ella está limitado aunque, según cuál sea el procedimiento que deba seguirse para llevarla a cabo y, en particular, en función de si exige o no la participación directa de los ciudadanos, hacer valer esos límites puede ser cuestión hartó compleja.

⁵ HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la Constitución* (traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster. Introducción de PABLO LUCAS VERDÚ). Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1998, relaciona estos conceptos.

Naturalmente, esto no significa que no sea posible alterar radicalmente la estructura fundamental del Estado e, incluso, los principios que informan su ordenamiento jurídico mediante el procedimiento expresamente previsto para la reforma constitucional. Únicamente quiero poner de relieve que un cambio de esa naturaleza no podrá fundamentarse en la Constitución que se modifica y que en tales supuestos se estará, en realidad, ante la expresión de una ruptura del orden político y la conformación de uno nuevo. Es decir, bajo los procedimientos de reforma se habrá materializado en ruptura con el anterior un proceso constituyente. Si prescindimos del dato de que España carecía de verdadera Constitución bajo el régimen de las Leyes Fundamentales, eso es precisamente lo que sucedió a partir de 1975: observando los procedimientos previstos en ellas, es decir bajo su aparente modificación, se vació de contenido, se desarticuló el entramado jurídico y político al que dieron forma y se sustituyó por otro incompatible con sus principios, instituciones y procedimientos⁶.

La integración o desarrollo constitucional normalmente se produce mediante las leyes a las que se remite la Constitución o las que se adentran en espacios por ella no regulados que las circunstancias hacen necesario someter a reglas jurídicas. También tiene lugar a través de la interpretación de los preceptos constitucionales que llevan a cabo los sujetos encargados de aplicarlos, en especial los jueces y de manera primordial por el Tribunal Constitucional. Éste no es el único intérprete pues cabe hablar, como lo hace Peter Häberle⁷, de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, la que forman los ciudadanos que la observan y cuantos órganos de los poderes públicos la aplican, sobre todo los judiciales, pero sí es el intérprete supremo, el que dice definitivamente lo que dice la Constitución. Ya advirtió Charles Evans Hughes, que fue presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que si bien vivimos bajo una Constitución, ésta dice lo que los jueces dicen que dice⁸ y es general el reconocimiento de que, gracias a la labor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Constitución de los Estados Unidos, elaborada en 1787 y con sólo siete artículos, y veintisiete enmiendas de las cuales las diez primeras proceden de 1791, puede seguir rigiendo hoy en día los destinos de ese país.

⁶ Sobre la transición, véase RAÚL MORODO, *La transición política*. Tecnos, Madrid, 1984 y sucesivas ediciones. Sobre la Ley para la reforma política en torno a la que se articuló, cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma Suárez*. Tecnos, Madrid, 1976.

⁷ PETER HÄBERLE, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución", ahora en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, n.º 11/2008: 29 ss. La versión castellana se publicó inicialmente en *Retos actuales del Estado constitucional* (Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996:15 ss.). Es, como la última, de XABIER ARZOZ SANTISTEBAN.

⁸ Cfr. "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May, 3, 1907", en *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes. Governor of New York (1906-1908) with an Introduction by Jacob Gould Schurman*. C.P. Putnam's Sons. Nueva York y Londres, The Knickerbroker Press, 1909:139. Accesible en <https://ia600202.us.archive.org/5/items/addressespaperso00hugh/addressespaperso00hugh.pdf>.

Creo que las actuaciones normativas, administrativas o judiciales que se orientan en el sentido inspirado por la Constitución se encuadran mejor en las ideas de desarrollo o integración de sus prescripciones y lo mismo cabe afirmar de las que llenan los vacíos que los constituyentes quisieron dejar o tratan de extremos que no abordaron, y lo hacen de una manera coherente con los principios y fines por los que estos se guiaron. En tales hipótesis, más que ante cambios de o en la Constitución, estaremos frente a su integración o complemento dentro de su continuidad sustancial.

Por otra parte, es cierto que, al día de hoy, tras la racionalización jurídica de la organización y el funcionamiento del poder político en los Estados democráticos, de creciente intensidad a partir de la oleada constitucional posterior a 1945, los amplios espacios dejados antes a las costumbres y a los usos en la vida de las asambleas legislativas y en las relaciones entre el parlamento y el gobierno y en las de ambos con el jefe del Estado se han visto reducidos en gran medida por la normativización de la que han sido objeto. A pesar de ello, no han desaparecido los ámbitos en los que tienen lugar desarrollos informales de la Constitución que contribuyen a su integración. La dinámica que produce su aplicación, la lógica propia de la democracia representativa y el juego de los controles que dispone sobre y entre los órganos constitucionales les dan lugar con naturalidad. Habrá ocasión de apuntar alguno.

Es complicado efectuar el juicio de adecuación o compatibilidad que marca el paso de la integración a la mutación. En efecto, dado el carácter informal de las alteraciones que suponen —ya que se producen sin variar el documento constitucional a través de leyes, interpretaciones judiciales o prácticas o hechos políticos— es menester, en primer lugar, constatar su existencia. Sólo después cabrá confrontarlas con las prescripciones de la Constitución, normalmente generales e indeterminadas. Además, estos cambios suscitan la duda de si deben entenderse en el marco de lo que los anglosajones han llamado la Constitución viviente o si, por el contrario, no son más que expresión de una desnaturalización del ordenamiento constitucional que menoscaba su fuerza normativa.

No desconozco que se ha defendido una noción más amplia de mutación que la que estoy utilizando. Es aquella que comprende los supuestos en que se introducen en el ordenamiento por vías infraconstitucionales, principalmente convencionales, elementos no previstos en el texto fundamental. Ese entendimiento hace posible distinguir entre las que serían *secundum Constitutione* y de las que operan *praeter* o *contra Constitutione*⁹. Pese a ello, prefiero reservar el concepto de mutación para aquellas modificaciones informales que,

⁹ Por ejemplo, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, 4ª ed., Giuffrè, Milán, 1980:585 ss.

no sólo van más allá de lo prescrito expresamente por el constituyente, sino que comportan actuaciones abiertamente contrarias a las disposiciones constitucionales y suponen en la práctica su derogación o desnaturalización o, sencillamente, su transgresión¹⁰.

2. REFORMA E INTEGRACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Georg Jellinek observa tanto en su *Teoría General del Estado*¹¹ cuanto en *Reforma y mutación de la Constitución*¹² que la rigidez de las Constituciones escritas no evita que sufran mutaciones por obra del legislador, de las sentencias de los tribunales o de la práctica parlamentaria o administrativa y señala que la existencia del control de constitucionalidad de las leyes tampoco las impide, como demuestra la experiencia de los Estados Unidos de América.

¿Qué ha sucedido en España? ¿Ha experimentado nuestra Constitución escrita y rígida, protegida por el Tribunal Constitucional, mutaciones?

Si, como hizo en 1980 Pedro Cruz Villalón a propósito de la forma de Estado¹³, pensáramos hoy en un jurista persa que observa con curiosidad por primera vez nuestras instituciones, se encontraría con que la sola lectura de la Constitución no le ofrecerá las claves, no ya de la organización territorial del poder sino de muchos aspectos pues, efectivamente, son muy variados aquellos en los que la realidad constitucional ha sobrepasado los preceptos de 1978 a veces, incluso, en sentido divergente de ellos si bien esto último ha sucedido de forma excepcional pues la española es una Constitución normativa que rige efectivamente la vida de la sociedad.

¹⁰ HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, cit.:147 ss., tras distinguir entre distintas clases de mutaciones constitucionales, se refiere a la que supone infracción o transgresión de la Constitución. Más adelante:169 ss., al desarrollar la distinción entre las mutaciones en sentido formal y las mutaciones en sentido material, relaciona estas últimas con la infracción de la Constitución, No obstante, Konrad Hesse, *Escritos de derecho Constitucional*. Selección (Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón), centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983:85 ss, reserva el concepto de mutación constitucional al cambio que se produce en el interior de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos externos a ella. Así, dice, se le pueden imponer límites en garantía de la Constitución. Todo lo que vaya más allá, añade, no será mutación sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución

¹¹ GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado* (prólogo y traducción de Fernando de los Ríos Urruti). Albatros, Buenos Aires, 1978:405-406.

¹² GEORG JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, 2ª ed. (traducción de Christian Förster. Estudio introductorio de PABLO LUCAS VERDÚ. Prólogo de PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, capítulo III.

¹³ PEDRO CRUZ VILLALÓN, "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º monográfico 4 /1981:53 ss. Hoy en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006:456 ss.

Nuestros constituyentes no tuvieron dudas: la Constitución debía ser rígida, pero sin cláusulas de intangibilidad. A cambio, su modificación y, en especial, la de toda ella y la de sus contenidos más valiosos o sensibles, debía ser muy difícil. Para ello se sirvieron de un procedimiento que combina elementos de las Constituciones de Bélgica e Italia, principalmente¹⁴. Al mismo tiempo, el propósito de concitar consenso en torno al gran acuerdo político y social que supuso y la necesidad de hacer frente a los obstáculos residuales pero no irrelevantes del régimen de las Leyes Fundamentales, llevó a una suerte de cierre de filas en torno al mantenimiento íntegro del texto publicado el 29 de diciembre de 1978 que ha perdurado a lo largo de los años. Por eso, las dos únicas reformas constitucionales que hemos conocido —la del artículo 13.2 en 1992, mínima, esencialmente técnica y no conflictiva, y la del artículo 135 en 2011, muy polémica por la forma en que se hizo y por su contenido— han venido impuestas desde la Unión Europea, además de por la situación económica española en el segundo caso.

Con esas dos excepciones, la Constitución es formalmente la misma que refrendamos el 6 de diciembre de 1978.

Ahora bien, esta afirmación debe ser inmediatamente precisada. De un lado, sucede que los constituyentes dejaron numerosos extremos a la decisión del legislador. Tanto en materia de derechos y deberes cuanto en la organización de los poderes públicos y en su distribución territorial remitieron a las Cortes Generales —y, en el caso de la formación de las Comunidades Autónomas, también a otras instancias— muchas decisiones que no era preciso o no fue posible tomar en sede constituyente. De igual modo, se preocuparon por salvar las diferencias que les separaban en diversos asuntos recurriendo a las cláusulas generales y a los conceptos indeterminados que abren amplios espacios a su concreción.

El legislador democrático cumplió pronto la encomienda constitucional. Creó nuevos órganos, adaptó a la Constitución las estructuras estatales preexistentes, estableció el régimen electoral y construyó el que se ha venido en llamar Estado autonómico. Además, desarrolló los derechos fundamentales y las libertades públicas y legisló sobre los principios rectores de la política social y económica introduciendo en su régimen jurídico derechos que la Constitución no llegó a reconocer en cuanto tales aunque sí quiso que los estableciera la ley. Hablar hoy de la Constitución exige, por tanto, hablar del Derecho constitucional que parte de ella y que con ella conforma un ordenamiento denso y articulado formado por las leyes y la jurisprudencia.

¹⁴ Sobre el tratamiento de la reforma por nuestra Constitución es fundamental el estudio de PEDRO DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1985 y sucesivas ediciones.

En efecto, esa notable tarea legislativa se ha visto controlada y a veces corregida por el Tribunal Constitucional. Sus sentencias han eliminado sus aspectos incompatibles con el texto fundamental y han sabido extraer de él elementos implícitos en sus disposiciones. De esta manera, han cumplido una decisiva función de adaptación de la Constitución a los cambios por ellas producidos y a las exigencias de la sociedad. Desde luego, su labor ha sido decisiva para la configuración presente del Estado autonómico y para la garantía de los derechos fundamentales.

No obstante, el Tribunal Constitucional y, en general, los jueces sólo pueden contribuir hasta cierto punto a la adaptación de normas hechas en un tiempo y en unas circunstancias distintas a las nuevas que surgen muchos años después. No tienen la posibilidad de actuar de oficio, ni pueden resolver cuestiones diferentes a las que se les someten y tampoco es libre la interpretación que han de hacer del ordenamiento jurídico, empezando por la de su norma suprema. Deben tener presentes, por el contrario, los límites que les impone, los cuales impiden pronunciamientos que desnaturalicen los principios e instituciones previstos por ella o introduzcan elementos absolutamente ajenos a su naturaleza y sentido. Además, si los tribunales han de asegurar el respeto a los valores, principios e instituciones constitucionalmente establecidos, no les corresponde, sin embargo, introducir otros nuevos. Precisamente, la conciencia de los márgenes en que ha de producirse la interpretación judicial de la Constitución ha contribuido a impulsar el reciente movimiento a favor de su reforma.

3. SUPUESTOS DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS

No creo que se pueda hablar propiamente de cambios o modificaciones constitucionales en la expresión de las diversas facetas que integran el derecho a la tutela judicial efectiva, desde el acceso a los recursos hasta la ejecución de las resoluciones firmes de los tribunales¹⁵. O en la precisión de que el derecho a permanecer en los cargos y funciones públicos acompaña al de acceder a ellos (STC 5/1983), ni en la especificación de las distintas proyecciones de la igualdad¹⁶ o en la afirmación por el Tribunal Constitucional del derecho a la protección de datos personales (STC 292/2000). Tampoco encuentro nada excepcional en la inclusión en el ámbito de los derechos fundamentales de algunos que formalmente no tienen ese carácter¹⁷ como el de negociación

¹⁵ MANUEL CARRASCO DURÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

¹⁶ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "La igualdad en la jurisprudencia constitucional. Introducción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 31/1991:9 ss., apuntó sus líneas de desarrollo iniciales.

¹⁷ Porque se limita a los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II, del Título I de la Constitución (artículos 15 a 29) cuyo epígrafe es, precisamente, "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas".

colectiva, que ha pasado a concebirse como un contenido adicional de la libertad sindical (STC 80/2000); el derecho a la salud cuando afecta a la vida o integridad física o psíquica que queda protegido por el artículo 15 (SSTC 62/2007, 5/2002, 119/2001); tampoco hay alteración alguna en que en vez de un principio sea un derecho el de los hijos a no ser discriminados por razón de la filiación, por mor de la proclamación de la igualdad del artículo 14, no sea un mero principio del artículo 39 (STC 74/1997)¹⁸; ni en que el derecho al medio ambiente pueda ser protegido mediante los del artículo 18.1 y 2 [STC 150/2011 y STS (3^a) de 13 de octubre de 2008 (casación 1553/2006)].

Donde no hay un camino predeterminado constitucionalmente, las decisiones del legislador pueden originar debates apasionados sobre su constitucionalidad. Ahora bien, no se debe confundir la conformidad con la Constitución con la conveniencia política y tampoco se debe convertir el régimen legal precedente en parámetro para juzgar la adecuación al texto fundamental de las nuevas regulaciones. Por eso, creo que la elección de una de las posibles alternativas abiertas o no impedidas por la Constitución no implica en sí misma una mutación.

Un factor que añade dificultades a los problemas a los que me estoy refiriendo es el que representan las ideas o concepciones existentes sobre una institución recogida en la Constitución y las que con el paso del tiempo aparecen o adquieren una dimensión que antes no tenían. Estoy pensando ahora en el sujeto del derecho a la vida del artículo 15, en la noción de matrimonio del artículo 32 y en la de familia del artículo 39.

Las Cortes que hicieron la Constitución tuvieron conciencia de que de reconocer el derecho a la vida a “todos” o a “todas las personas” podía depender la solución que se diera al aborto, pero la elección final de la primera opción, más amplia, no impidió, años más tarde, su despenalización en determinadas condiciones (STC 53/1985). Es claro igualmente que los constituyentes tenían presente la necesidad de afrontar el divorcio y con ese sentido remitieron a la ley la regulación de la disolución del vínculo conyugal posteriormente introducida en el Código Civil en 1981¹⁹ y modificada en 2005²⁰.

En cambio, no parece que se plantearan el matrimonio entre parejas del mismo sexo, reconocido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó en este punto el Código Civil y cuya conformidad con la Constitución reconoció la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 y ha venido a confirmar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al declarar que el concepto de cónyuge

¹⁸ La Ley 3/1981, de 13 de mayo, modificó el Código Civil para eliminar las diferencias de trato a los hijos en función de si nacen dentro o fuera del matrimonio.

¹⁹ Por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

²⁰ Por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

recogido en las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de libertad de residencia incluye a los del mismo sexo²¹. Tampoco contemplaron modelos de familia como los que hoy existen junto a la tradicional —de hecho, monoparental o con cónyuges del mismo sexo— y van encontrando reconocimiento y protección jurídica.

La realidad actual es, pues, en estos tres casos muy diferente a la que se percibía y concebía socialmente cuando se hizo la Constitución y en los tres ha logrado amparo bajo ella. No hay contradicción, sin embargo, con los correspondientes preceptos constitucionales pues su redacción deja espacio suficiente para que encontraran acomodo legislativo estas nuevas formas de convivencia sin forzar los términos en que están formulados. Cabe recordar aquí, además, la distinción que los juristas han hecho entre la voluntad del legislador, incluso la del constituyente, y la voluntad de la ley, incluso la de la Constitución, y la conclusión de que es a ésta a la que se ha de estar ya que son las normas recogidas en los textos jurídicos las que deben regir las relaciones intersubjetivas.

Algo parecido sucede con el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia más allá del único caso previsto constitucionalmente —el del artículo 30.2— al personal sanitario ante la práctica del aborto en los supuestos en que está despenalizado (STC 53/1985) o a los farmacéuticos respecto de la venta de una píldora a la que se considera abortiva (STC 145/2015), dejando ahora al margen si la que provocó el litigio tiene o no ese carácter. No me parece que esta extensión deba encuadrarse en la categoría de mutación que propongo ya que no hay una alteración de las premisas normativas sobre las que descansa el tratamiento constitucional de los derechos concernidos. Recordemos que en ambos casos el Tribunal Constitucional fundamentó su pronunciamiento en la defensa de la vida humana.

4. SUPUESTOS DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PODERES PÚBLICOS

En el campo de la organización del poder, encontramos ejemplos llamativos.

Al Rey corresponde, dice el artículo 62 h), el mando supremo de las Fuerzas Armadas. No obstante, según el artículo 97 es el Gobierno el que dirige la Administración militar y la defensa del Estado y los actos del Rey precisan del

²¹ Sentencia de 5 de junio de 2018. Asunto C-673/16 (Relu Adrian Coman, Robert Clabourn y Asociatia Accept/Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne).

refrendo del Presidente del Gobierno o de un ministro, refrendo que comporta la asunción de la responsabilidad derivada de esos actos, de acuerdo con el artículo 64, siempre de la Constitución. Dicho esto, debemos recordar ahora que la noche del 23 al 24 de febrero de 1981, el Rey don Juan Carlos I, según informó a toda España por televisión, ordenó a la Junta de Jefes de Estado Mayor y a las autoridades civiles y militares que restablecieran la legalidad alterada por el asalto al Congreso de los Diputados por una fuerza armada que apresó al Gobierno en pleno y a los miembros de la cámara y por la asunción de todos los poderes por el Capitán General de la III Región Militar. Esa orden del Rey, por otra parte, no fue refrendada por quienes debían hacerlo, cosa imposible pues estaban en poder de los asaltantes. En este caso, la necesidad, a la que ya situaba Jellinek²² en el origen de los cambios constitucionales, fue la fuente legitimadora de la actuación del jefe del Estado pues su condición de símbolo de su unidad y permanencia del Estado y de árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones no cubre un proceder como el descrito.

No es algo desconocido ni fuera de lugar. La necesidad —se puede leer en la última y reciente edición de un conocido manual de Derecho Constitucional²³— es una fuente extraordinaria que surge de “una situación imprevista que provoca la exigencia de una intervención para satisfacer un interés preeminente del ordenamiento o, incluso, para salvaguardar su misma existencia”. Es, continúa diciendo, una fuente bien distinta de las previstas en la Constitución para casos de emergencia. Se trata, en efecto, de “una fuente potencial implícita del ordenamiento constitucional”. No es legal sino extralegal o *extra ordinem* y siempre que se invoque para salvaguardar la Constitución será “constitucionalmente compatible e inevitable, precisamente, en cuanto necesaria” y coherente con la “obligación constitucional de salvaguardia de las instituciones legales con cualquier medio sustancialmente legítimo, aunque no esté formalmente previsto”. Al fin y al cabo, añade, la necesidad-fuente opera cuando se ha roto la normalidad del régimen constitucional.

No hubo, en consecuencia, aquella noche mutación en el sentido estricto que de ella estoy utilizando y se aceptó por los poderes constituidos la actuación extraordinaria del Rey en confirmación de otra observación de Giuseppe de Vergottini: la constitucionalidad de esta forma de proceder se determina siempre *a posteriori*.

Naturalmente, es del todo diferente el proceder del Rey don Felipe VI el 3 de octubre de 2017. No actúa, no ordena, no asume el poder, como tuvo que hacer su padre, sino que llama a “la responsabilidad de los legítimos poderes del Estado” para que aseguren “el orden constitucional y el normal funcio-

²² JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, cit., capítulo IV.

²³ GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale* 9ª. Wolters Kluwer-Cedam, Padua, 2017:303-304.

namiento de las instituciones, la vigencia del Estado de Derecho y el autogobierno de Cataluña basado en la Constitución y en su Estatuto de Autonomía". Su condición de jefe del Estado, de símbolo de su unidad y permanencia del Estado y de árbitro y moderador del regular funcionamiento de las instituciones, ampara sobradamente su llamamiento ante la secesión intentada por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña y por la mayoría de su Parlamento.

Ningún problema plantea, por otro lado, el uso consistente en que, al evacuar las consultas a las que se refiere el artículo 99 de la Constitución, en el procedimiento que conduce a la investidura del presidente del Gobierno, el Rey las realice, no con los representantes de los grupos parlamentarios, sino con los de todas las formaciones políticas con representación en el Congreso de los Diputados, aunque solamente hayan obtenido un escaño.

El artículo 99.1 habla, en efecto, de "representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria" y esta expresión permitiría, con el apoyo en otros preceptos de la Constitución (del artículo 78.1, por ejemplo), justificar su entendimiento restrictivo, el que equipara grupos políticos y grupos parlamentarios. Sin embargo, la diferente expresión elegida por los constituyentes, la representatividad que corresponde a todos los diputados y la propia finalidad del trámite han cimentado el proceder observado por vez primera en la investidura constitucional de Adolfo Suárez en abril de 1979.

Luego están las decisiones del legislador que se mueven en un espacio dejado abierto por la Constitución de forma consciente o se adentran en extremos sobre los que ha guardado silencio en este plano organizativo. Pensemos en la opción, materializada por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, de limitar la condición de miembros del mismo a su Presidente, a los vicepresidentes y a los ministros cuando el artículo 98.1 de la Constitución permite atribuírsela a otros cargos. O la relativa a la forma de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial que han de ser designados entre jueces y magistrados de todas las categorías en servicio activo que el artículo 122.3 deja a la ley orgánica.

Mientras que la composición del Gobierno no plantea especiales complicaciones jurídicas ni ha dado lugar a controversias significativas, la del segundo, como es notorio, ha originado una intensa polémica y, aunque la jurídica quedó resuelta por la sentencia 108/1986 del Tribunal Constitucional, la política todavía permanece viva²⁴. No parece, sin embargo, que haya, en supuestos como estos, mutaciones.

²⁴ De ella me ocupé en mi discurso de ingreso: *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2017.

Recientemente, con motivo de la aprobación por el Congreso de los Diputados de la moción de censura presentada por los diputados del Grupo Socialista que ha llevado a la presidencia del Gobierno al candidato que figuraba en ella, don Pedro Sánchez Pérez-Castejón, hemos visto cómo se ha corregido en la práctica lo que dice la Constitución. En efecto, según su artículo 114.2, si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión y el candidato incluido en ella se entenderá investido de la confianza de la cámara y el Rey le nombrará Presidente del Gobierno. Pues bien, si acudimos al Boletín Oficial del Estado del 2 de junio de 2018, comprobaremos que el Real Decreto 352/2018, de 1 de junio, por el que se declara el cese de los miembros del Gobierno, y el Real Decreto 353/2018, de 1 de junio, por el que se declara el cese de don Mariano Rajoy Brey como Presidente del Gobierno, si bien citan el artículo 114.2, no dicen que estos hayan presentado su dimisión y se limitan a declarar sus ceses como consecuencia de la adopción de la moción de censura. No hay constancia de que se presentara ninguna dimisión y esta no es un acto tácito.

En realidad, el problema viene de que el artículo 114.2 de la Constitución no extrae la consecuencia debida de la aprobación de la moción de censura, que no puede ser otra que la del cese del Gobierno que ha perdido la confianza del Congreso de los Diputados en vez de la innecesaria imposición a los censurados de la obligación de dimitir. Del mismo modo que la investidura del artículo 99 y la del artículo 113 conducen directamente al nombramiento del investido, el éxito de la moción de censura debe llevar directamente al cese del Presidente y al de su Gobierno sin intermedio alguno de actos de los afectados. No son necesarios, como se ha visto, y hacer depender de ellos los efectos de la aprobación de la moción de censura puede dar lugar a dificultades —por ejemplo, la de saber cuál es el plazo en que se ha de presentar la dimisión o la de establecer qué sucede si dentro de él no se presenta— que el proceder observado evita.

En este punto, la separación que se ha producido entre la norma y la realidad es coherente con los principios del régimen parlamentario. Por eso, incluyo aquí esta experiencia.

La realidad, si no altera, sí obliga a entender los preceptos constitucionales relativos al régimen electoral, a la posición de los parlamentarios, al proceso de decisión de las asambleas legislativas y al funcionamiento del sistema de gobierno parlamentario de acuerdo con el juego de los partidos políticos, los cuales, pese a todos sus defectos, son consustanciales a la democracia representativa.

Así, el sentido de la prohibición del mandato imperativo (artículo 67.2) ha quedado reducido a la garantía jurídica de la titularidad personal del escaño por parte de los representantes (STC 5/1983) y al ejercicio individual de su

derecho de voto; la formación y mantenimiento o ruptura de la relación de confianza en torno a la que se articula la dirección política (artículos 99 y 112 y 113, principalmente) no se entienden sin su presencia que, además, transforma la separación de poderes en la que se da entre el gobierno y la oposición (artículo 66.2).

Nada de esto es novedoso, ya lo apuntaba Jellinek²⁵ hace más de un siglo y ha sido puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones. Era bien conocido, por tanto, cuando se hizo la Constitución así que es difícil decir que la cambia, pero debe tenerse presente a la hora de interpretar los preceptos correspondientes ya que, de otro modo, la explicación que de ellos se ofrezca no se compadecerá con el funcionamiento verdadero de las instituciones. Por eso me resisto a ver aquí mutaciones.

Otro tanto sucede con los medios de comunicación. Recordemos que su consideración como cuarto poder procede del siglo XIX y que el propio Jellinek, cuando trata de la voluntad extraparlamentaria del pueblo, al hablar de la prensa²⁶, advierte el cambio que supone la entrada en escena en condición de protagonista de ese sujeto difuso pero determinante que es la opinión pública. No la menciona nuestra Constitución, pero la presupone y se preocupa de asegurar su libre formación y despliegue garantizando los derechos fundamentales que la hacen posible (artículo 20).

La garantía efectiva de esa libertad junto a los avances de las tecnologías de la información y de las comunicaciones explican el peso inmenso que ha adquirido en las sociedades democráticas y obliga a considerarla como un efectivo control vertical del poder en el sentido que le daba Loewenstein²⁷ a esta expresión, cuando no un factor real de poder²⁸ e influencia de manera que sin tener en cuenta el impacto de los movimientos de opinión tampoco se puede comprender el funcionamiento de las instituciones constitucionales.

Puede decirse, además, que en el clima surgido de la reacción social y política frente a los efectos de la crisis, se ha impuesto un superior nivel de exigencia a los gobernantes que está conduciendo, en general, a un mayor grado de responsabilidad de los titulares de los poderes públicos tanto en términos jurídicos cuanto en términos políticos. Algunas manifestaciones en esta dirección se aprecian también en las iniciativas encaminadas a acentuar la transparencia de los órganos e instituciones que rigen la vida colectiva. Aspecto éste plenamente congruente con los principios de publicidad y responsabilidad pro-

²⁵ JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, cit., capítulo VII.

²⁶ JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, cit., capítulo VIII.

²⁷ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit.:412 ss.

²⁸ En el sentido que utiliza FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una Constitución?* (traducción y prólogo de Wenceslao Roces. Introducción de Eliseo Aja Fernández). Ariel, Barcelona, 1979:29 ss.

clamados constitucionalmente y muy relacionado con el papel adquirido por la opinión pública.

Si en su tiempo Jellinek pudo hablar del límite que suponen las instituciones de democracia directa para los parlamentos²⁹, hoy nos encontramos con las tendencias a convertir los espacios virtuales de la sociedad digital en una suerte de ágora de la ciberdemocracia. Ninguna duda hay de que esa forma de relación, aunque va alcanzando una creciente potencialidad política, no es ni puede ser —por carecer de seguridad y, sobre todo, de los elementos deliberativos y reflexivos imprescindibles en las decisiones políticas que afectan a toda la sociedad— una alternativa a las instituciones de la democracia representativa. No obstante, es una nueva realidad que condiciona, como los anteriores, el funcionamiento de las instituciones constitucionales.

5. SUPUESTOS DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

No sólo hay adición o condicionamiento sino cambio constitucional en la práctica que se ha seguido en algunas designaciones parlamentarias de quienes han de ser nombrados miembros de órganos constitucionales mediante una mayoría cualificada prevista a fin de asegurar un amplio consenso en torno a la idoneidad de los finalmente propuestos. Me refiero al fenómeno de las cuotas ciegas consistente en la aceptación acrítica por cada uno de los grupos que han de formar la mayoría necesaria para hacer la designación de los propuestos por los demás a cambio de la aceptación de los propios. No es una práctica exclusiva de nuestra experiencia, pero sí se aparta de las prescripciones constitucionales que se orientan a promover un amplio acuerdo parlamentario sobre las personas que han de desempeñar esos cargos a partir del reconocimiento general de su competencia profesional, lo cual implica un juicio compartido sobre esa cualidad que no siempre se ha ejercido.

Otras desviaciones las encontramos en el retraso, a veces clamoroso, con que el Congreso de los Diputados y el Senado han procedido a designar magistrados del Tribunal Constitucional y vocales del Consejo General del Poder Judicial o Defensor del Pueblo, principalmente. Además, en el caso de los dos primeros, las respectivas leyes orgánicas se han modificado para disponer que la duración de los mandatos de los finalmente nombrados con retraso se reduzca en la misma medida de la demora (artículos 16.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 570.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Así, se ha dado carta de naturaleza al incumplimiento parlamentario de los plazos establecidos y trasladado sus consecuencias a los nombrados. No obstante, el

²⁹ *Ibidem*.

artículo 159.3 de la Constitución cifra en nueve años la duración del cargo de magistrado del Tribunal Constitucional y el artículo 122.3 dice que el de vocal es de cinco años³⁰.

Si permanecemos en el Consejo General del Poder Judicial, comprobaremos que desde la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, que modificó la del Poder Judicial, su pleno no puede conocer de los actos de su Comisión Permanente (artículo 599.1) y que sólo los vocales que forman parte de esta tienen dedicación exclusiva al Consejo mientras que los demás permanecen en activo en sus cargos o en el ejercicio de sus profesiones (artículo 579.1). El resultado es que hay dos clases de vocales: los que pertenecen a la Comisión Permanente y los que no y que solamente los primeros ejercen las funciones de gobierno del Poder Judicial en plenitud. Del mismo modo, el Consejo, único órgano constitucionalmente previsto, queda dividido en dos: el Consejo en pleno y su Comisión Permanente. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre esta modificación legislativa, según explica en su sentencia 191/2016, por defectos de la demanda de inconstitucionalidad³¹.

En otro plano de la organización estatal nos encontramos con que el Consejo Económico y Social, aunque se presenta a sí mismo como el previsto en el artículo 131.2 de la Constitución³², lo cierto es que no se corresponde con él. Es significativo que en la Ley 21/1991, de 17 de junio, que lo crea y regula no se haga mención de ese precepto, ni tampoco de la única función que atribuye al consejo al que se refiere: asistir al Gobierno en la elaboración de proyectos de planificación de la actividad económica a partir de las previsiones que le suministren las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. No obstante, el de la Ley 21/1991, el que existe, es un “órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral” (artículo 1.1).

6. EL ESTADO AUTONÓMICO Y LA INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Sabemos que nuestra Constitución no regula propiamente el Estado autonómico. Establece de qué modo se debían crear las Comunidades Autónomas y sienta reglas generales sobre su organización, funcionamiento y control, pero no dice si se extenderían a toda España o solamente a una parte de ella

³⁰ Sobre el particular, véase PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (Comentarios de actualidad)”, en *Parlamento y Constitución*, n.º 13/2010:123 ss.

³¹ Me remito a cuanto expongo al respecto en *La independencia judicial y el gobierno de los jueces*, cit.

³² Puede verse en <http://www.ces.es/web/guest/saludo-del-presidente>.

mientras permanece el resto con la estructura provincial ni ofrece respuesta a numerosas dificultades que plantean la distribución de competencias y la financiación autonómica.

La aplicación de las previsiones constitucionales tras los pactos autonómicos de 1981³³ ha supuesto que toda España está organizada en Comunidades Autónomas, que las diecisiete existentes cuentan con la organización prevista en el artículo 152, se hayan formado o no según el artículo 151. Y, tras los acuerdos autonómicos de 1992 y las reformas estatutarias, todas han asumido competencias, incluso como exclusivas, en materias incluidas en el artículo 149 pues hace tiempo que expiró el período de cinco años que impedía acceder a ellas a las que se crearon por el procedimiento llamado ordinario, el de los artículos 143 y siguientes.

La realidad del Estado autonómico no resulta, pues, de los preceptos constitucionales, muchos de los cuales, por otra parte, carecen ya de sentido pues pasó el momento de su aplicación. Nuestra forma de Estado, la que se ha llamado Constitución territorial³⁴, se encuentra en la combinación de algunos artículos de la Constitución, de los estatutos de autonomía, de la legislación básica estatal y, en medida decisiva, de la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, aunque tiene la mayor parte de su regulación fuera de la Constitución y algunos de sus preceptos parecen haber sido afectados por una suerte de desuso, como los apartados 1 y 3 del artículo 150, este último después de la experiencia de la conocida como LOAPA³⁵, de nuevo, nos encontramos con que lo que se ha hecho no es tanto algo distinto de lo que quisieron los constituyentes o resulta del texto fundamental, cuanto el resultado de la aplicación de los mecanismos que establecieron en él para descentralizar el poder. El Estado autonómico no es una mutación en el sentido de que suponga un cambio de la Constitución distinto y opuesto a lo que ella misma pretendía sino una construcción constitucional, todavía en curso, en búsqueda de nuevos y difíciles equilibrios, tal como, por lo demás, sucede en las experiencias conocidas de descentralización territorial del poder político.

De igual modo, la incorporación de España a las Comunidades Europeas y, ya desde dentro de ellas, a la Unión Europea ha traído consigo profundas transformaciones como resultado de la atribución a aquéllas, primero, y a

³³ LUCIANO VANDELLI, *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas* (Traducción de Fernando López Ramón y Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Prólogo de Eduardo García de Enterría). Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982:403 calificó a estos pactos de convención constitucional.

³⁴ PEDRO CRUZ VILLALÓN, "La Constitución territorial del Estado", *Autonomías. Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 13/1991:61 ss.

³⁵ El proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico fue desarbolado por la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983. Sus restos dieron lugar a la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico.

ésta, después, del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, según dice su artículo 93. Se trata, en consecuencia, de cambios queridos por los constituyentes y autorizados, conforme al texto fundamental, por las Cortes Generales con un amplísimo consenso social. Esa integración ha traído notables cotas de desarrollo y bienestar por los efectos del mercado único y de la libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios y por la recepción de los fondos europeos que han ayudado a construir y modernizar infraestructuras. La integración europea que nos ha fortalecido política y económicamente implica, sin embargo, que cada vez más amplios espacios quedan a la decisión de los órganos de la Unión. La transferencia de soberanía no es formal sino bien material y creciente.

Ahora bien, aunque suponga un profundo cambio real, no veo en él una mutación constitucional.

7. LOS DERECHOS SOCIALES TRAS LA CRISIS ECONÓMICA. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL Y EL FUTURO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Así, pues, la Constitución y la realidad constitucional no coinciden en nuestra experiencia en amplios aspectos. Esta última es mucho más rica y variada que el texto de cuya aplicación surge. Hemos visto, no obstante, que esa diferencia es, en su mayor parte, fruto de designios de los constituyentes bien porque resulta de la extracción de contenidos implícitos en las disposiciones que establecieron, bien porque es el resultado de la utilización de los mecanismos que dejaron para completar su labor, hecha de manera coherente con las ideas que informan toda su obra. Aunque importantes, las desviaciones que se han producido de designios constitucionales claros son puntuales.

No es aventurado pensar que cuanto más tiempo transcurra sin modificarse la Constitución para ajustar su texto a la realidad que el transcurso de los años y su aplicación han traído consigo, más peso tendrán los elementos externos a ella y más probabilidades habrá de desviaciones. Este riesgo parece más claro en aquellas construcciones que han surgido en virtud de sus artículos —en particular, el Estado autonómico o las relacionadas con la integración europea— pero puede afectar a cualquier parte de la regulación constitucional. Basta con que nuevas circunstancias proyecten sobre ella en términos de demanda política imperiosa exigencias hasta entonces no previstas.

Además, aun tratándose de desarrollo e integración de la Constitución, las novedades que se han introducido de esa manera no dejan de ser problemáticas en muchos casos por las dificultades de ajuste que traen consigo al no obedecer a una visión de conjunto sino a planteamientos habitualmente sectoriales.

Con todo, debe servir para modular las aspiraciones encontradas en torno a la adaptación de la Constitución a la realidad de los tiempos la comprobación de que sus contenidos sustantivos, los principios que informan el Estado de Derecho, la garantía de los derechos fundamentales y los postulados de la democracia representativa, de la descentralización territorial del poder y del Estado social siguen siendo ampliamente compartidos. Esta coincidencia sobre la esencia de la Constitución debe facilitar la aproximación de posiciones entre quienes pretendan reformarla y quienes prefieran continuar como hasta ahora, integrándola legislativa y jurisprudencialmente. Asimismo, supondrá un límite a aspiraciones encaminadas a alteraciones de otra índole.

De cara al debate constitucional así entablado, me parece importante llamar la atención sobre el tratamiento de los derechos sociales, cuestión que no ha atraído tanto interés como los aspectos territoriales o europeos. De entre los que han merecido esa calificación, hay algunos que ya encontraron la máxima protección jurídica en 1978 y han venido obteniendo tutela efectiva desde entonces: el derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho de huelga con los contenidos adicionales que a ellos ha vinculado la jurisprudencia. Del mismo modo, el principio de igualdad ha conocido aplicaciones que han ofrecido protección jurídica a muy diversas necesidades básicas que se identifican con derechos sociales.

No obstante, la mayor parte sólo encontraron acogida en la Constitución, aunque los llame derechos, bajo la forma de principios rectores de la política social y económica, los cuales no pueden fundamentar pretensiones deducibles ante los tribunales en tanto una ley no lo prevea (artículo 53.3 de la Constitución). Los constituyentes optaron por esta solución conscientes de que un *fiat* suyo no bastaba para que surgieran las condiciones materiales necesarias para asegurarlos. Optaron por darles un *status* jurídico menos intenso pero en todo caso efectivo ya que tales principios, además de orientar la acción de los poderes públicos, incluidos los legislativos, y servir de criterio interpretativo, operan como límite a esa actuación, límite que se puede hacer valer judicialmente.

Si la Constitución se hiciera hoy, la observancia del realismo que manifestaron sus autores llevaría a un tratamiento distinto de los derechos sociales. La realidad nos muestra que, afortunadamente, se han producido transformaciones importantes gracias a las cuales se han creado las condiciones materiales para realizarlos, no todos en la misma medida, pero siempre en un grado apreciable. El ejemplo más destacado lo ofrece el derecho a la salud, pero si repasamos los artículos 39 a 52 de la Constitución comprobaremos que todos han sido objeto de desarrollo legislativo y que las disposiciones que lo han llevado a cabo son idóneas ya para fundamentar —de hecho, así sucede— pretensiones de diferente alcance ante los tribunales de justicia.

Pues bien, se trata, en mi opinión, de reflexionar sobre la conveniencia de elevar a derechos constitucionales los que hasta ahora, a pesar de su nombre, son solamente principios en todos los casos en que ya se han reconocido legalmente facultades que los materializan y en aquellos en que no reviste especial complicación hacerlo. No defiendo llevar a la Constitución proclamaciones de imposible satisfacción, sino la garantía de los avances ya producidos, de los pasos que ya se han dado, por permitirlo las condiciones materiales. De ponerse en marcha la reforma de la Constitución, éste debería ser uno de sus objetivos y, si prevaleciera la opción contraria, deberían buscarse los medios para afianzarlos en la mayor medida posible.

La crisis económica desatada mediada la primera década del siglo XXI ha tenido profundos efectos sociales que, a su vez, han causado una extensa insatisfacción con las instituciones y notables cambios en la articulación política de la sociedad. Se ha traducido también en deslegitimación de la Constitución para muchos de los que han sufrido las consecuencias directas de la recesión o se han visto perjudicados en mayor medida por la política y el Derecho de la crisis porque han visto que no les ha protegido como podían esperar.

Hay que confiar en que la reactivación de la economía ayude a mitigar esos fenómenos, pero creo que debería aprovecharse el impulso de la recuperación para fortalecer las bases constitucionales del Estado social y, en concreto, consolidar los derechos sociales, reforzando su protección para así ofrecer garantías más sólidas a quienes los necesitan. Elevarlos a derechos constitucionales no hará desaparecer la necesidad de su configuración legal pero sí reducirá sus márgenes y obligará a los gobernantes a la hora de elegir las políticas públicas a mantenerse dentro de esos límites, asegurando, si volvieran a ser necesarios ajustes, un reparto distinto, más equilibrado y, por tanto, más igual, de los costes que puedan implicar. La realidad económica comporta límites a la acción de los poderes públicos pero su sometimiento a Derecho les obliga, a la hora de afrontar las necesidades sociales con recursos escasos, a atender los criterios sentados normativamente. Es importante que entre ellos se cuenten los necesarios para que el apoyo posible a los más vulnerables no se subordine a otros fines menos valiosos. En la puesta al día de los derechos sociales a la que me estoy refiriendo no debe olvidarse esta meta.

En este sentido, merece la pena volver la vista al derecho al trabajo y a las formas de protección de los trabajadores que implica, así como al tratamiento de la negociación colectiva para equilibrar el giro que en los últimos años se ha producido en favor de la otra parte de la relación laboral. Asimismo, se debe prestar atención a la asistencia a la dependencia. Reconocida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, es una proyección de las exigencias de la igualdad cuya satisfacción resulta cada vez más imprescindible pero que ha quedado en gran medida desatendida a causa de la recesión.

La Constitución de 1978 es un éxito sin parangón en la historia de España. No es difícil lograr que siga ofreciendo un marco estable a la convivencia política de las generaciones que no conocieron las circunstancias en que se hizo y no disponen de una experiencia vital que les permita apreciar su significado. A ello ayudará asegurar a los derechos sociales los umbrales mínimos conseguidos mediante la elevación de su *status*.

De esta manera, haciendo patente una más intensa vinculación de la Constitución, además de con las ideas de libertad, con las de igualdad real, será más fácil atraer hacia ella a quienes hoy no la sienten como propia y reducir las distancias entre la normatividad constitucional y la realidad social.