

## La Constitución Española: 30 años después.

Conferencia de D. Andrés Ollero Tassara, pronunciada el 9 de octubre de 2009 en el Centro Cultural Las Claras, Murcia.

Parece fuera de discusión que lo característico de la Constitución fue, sin duda, el ambiente de consenso en que se forjó. Ayer mismo hablando con el profesor Óscar Alzaga, que acaba de ser elegido miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, me comentó que su discurso de ingreso versará sobre el consenso en nuestra transición democrática. Se trata de un hito histórico, dada nuestra nada positiva tradición sobre la perdurabilidad de las constituciones, precisamente por la ausencia de consenso.

Resulta pues de interés plantearse qué es eso del consenso en realidad, ya que puede haber más de manera de entenderlo. La primera vez que oí hablar del consenso era en relación con el *iusnaturalismo*. Se trataba de un intento de sustituir el clásico fundamento metafísico y ontológico del derecho natural, estimando que con ponerse de acuerdo sobre determinadas cuestiones era suficiente. Concretamente, cuando se elaboró la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Norberto Bobbio afirmó que el problema del fundamento de los derechos humanos no revestía ya interés. Una vez que se estaba de acuerdo en los derechos, lo importante era protegerlos y garantizarlos eficazmente. Maritain, que había intervenido en los trabajos, apuntó sin embargo que no se había producido tal consenso; si se ha había llegado a un acuerdo había sido a condición de no preguntarse sobre el efectivo alcance de los derechos en cuestión. Se trataba pues de un aparente consenso sin preciso contenido...

Ha sido un autor norteamericano, gran protagonista de la ética y la filosofía política del siglo pasado, John Rawls, que plantea una distinción muy interesante -en su libro *El liberalismo político*- entre consenso y *modus vivendi*. El consenso sería para él una categoría moral y tendría un contenido racional; consenso significa que se coincide en reconocer exigencia moral a determinados contenidos. Por el contrario, un *modus vivendi* reflejaría una actitud de compromiso provisional; se adopta en un momento determinado porque no cabe conseguir más, pero con la idea de que cuando cambien las circunstancias se intentará conseguir otra cosa. Esta distinción me lleva a preguntarme si realmente la transición democrática española se fundó en realidad, como se ha dicho siempre, en un consenso o fue más bien fruto de un *modus vivendi*. Esa sería la gran pregunta.

Una vez celebrados los veinticinco años de la Constitución comenzó, no sé bien por qué, un deseo febril de cambiarla, como si fuera ya demasiado longeva para lo que nuestra tradición histórica permite. es una pregunta totalmente decisiva. Inicialmente llegué a pensar que quizá en las minorías nacionalistas habría más bien una actitud de *modus vivendi*: por lo pronto, sacamos lo de las *nacionalidades* y luego ya veremos cómo nos lo repartimos... Esto habría generado una tensión entre una especie de federalismo asimétrico, formado por España con el País Vasco y Cataluña, y un auténtico Estado de las Autonomías.

Precisamente, mi primera militancia política, tan romántica como avocada al más absoluto fracaso, fue relativamente tardía, colaborando con el profesor Clavero, del que fui alumno en la Universidad de Sevilla, cuando abandonó la UCD después de dimitir como Ministro, por entender que a Andalucía no se la trataba adecuadamente desde el punto de vista autonómico. Fue pues mi andalucismo lo que llevó a hacerme militante de un partido, Unidad Andaluza, del que redacté la ponencia ideológica para su Congreso Constituyente.

El problema radica en que ahora esa duda sobre si consenso o *modus vivendi* no sólo se podía plantear respecto a las minorías nacionalistas, sino que hay quien duda también de si los considerados partidos nacionales siguen considerándose vinculados por aquel consenso, o si se está, al menos en algún caso, rebajando el consenso de la transición democrática a una especie de *modus vivendi* que algún partido habría tenido que soportar porque no podía hacer otra cosa, pero que ahora consideraría obligado replantear en otros términos. La transición democrática no habría sido una prueba de mutua magnanimidad moral, sino más bien una especie de apaño para que luego vinieran otros -por lo visto, más patriotas y preparados- a poner las cosas donde realmente habría que haberlas puesto; por el momento no sabemos dónde, aunque dentro de este siglo puede que nos lleguemos a enterar.

Es de notar que el mismo Rawls había escrito antes su *Teoría de la Justicia*, que intentaba fundamentar, de una manera posmetafísica y por otra parte no utilitarista, que era la doctrina que en los Estados Unidos gozaba de mayor predicamento. En el diseño de ese modelo teórico surgía como pieza fundamental lo que llamaba el *velo de la ignorancia*. Para llegar a un consenso racional sería pues inicialmente fundamental que los que participaran no supieran cuál era su papel real en la sociedad: si son de derechas o de izquierdas, si ganaron la guerra o la perdieron; no sabiendo quiénes son, podrían actuar mostrándose imparciales. Proponía pues una teoría de la *justicia como imparcialidad*. No sabiendo quiénes son, estarían en condiciones de intentar ese acceso racional a unas exigencias morales que en el ámbito público vincularían a todos. Yo creo que esto es interesante, porque cuando ahora se pretende poner en juego la llamada *memoria histórica* parece sugerirse que uno de los fallos de la transición democrática habría sido precisamente su compromiso de olvido, de reconciliación -que, por cierto, fue durante años el lema aparentemente magnánimo de los comunistas que aspiraban a regresar de su forzado exilio. ¿Era en realidad sólo un estratégico *modus vivendi*.

De pronto se nos propone sustituir el velo de la ignorancia por la memoria histórica. Se trata además de una memoria selectiva, amnésica según los casos, lo que no sé si es un gran logro. Desde luego, no contribuye a mantener el prestigio del consenso de la transición democrática, cuya herencia considero sería interesante no malgastar. Me parece importante que no se reabran cuestiones que entonces fueron consensuadas; valga como ejemplo el dilema reforma o ruptura. A la hora de la verdad se optó por un procedimiento reformista, con la convicción de que no impediría -en frase de mi paisano Alfonso Guerra- que a España no la reconociera ni su querida madre. Me parece que se va consiguiendo un poco de todo. Pero hay quien se empeña en que quede claro retroactivamente que en el fondo los que ganaron fueron ellos, pidiendo prórroga cuando a nadie interesa ya cómo quedó aquel siniestro enfrentamiento. No digamos nada, por otra parte, del dilema monarquía o república; sólo nos faltaba meternos en esos jardines... Una vez que parece que el velo de la ignorancia no se va a respetar, todo empieza a convertirse en algo bastante complicado.

Se podría pensar en todo caso que, a la hora de la verdad, el consenso de la transición democrática fue meramente negativo: en lo que entonces estuvo de acuerdo todo el mundo era en lo que no se quería: no se quería otra guerra civil, no se quería volver a las andadas; no se podían volver a plantear los problemas que habían hecho fracasar a la República y que habían hecho naufragar intentos anteriores de convivir democráticamente. En concreto, la existencia de unas Fuerzas Armadas subordinadas a los legítimos poderes del Estado; el logro de un modelo de Estado, el de las Autonomías, donde se respetara la diversidad y, sobre todo, no volver a tropezar con una absurda *cuestión religiosa*. Hubo en efecto un consenso negativo, en torno a lo que no se quería. En lo que no estoy de acuerdo es en estimar que eso quita sentido positivo a ese consenso. Me parece fundamental -y esto se suele olvidar con facilidad al hablar de la Constitución- que reflexionemos sobre ello. De la Constitución se pueden tener dos ideas totalmente distintas: una es la propia de un Estado liberal, mientras que la resulta expresiva de una irresistible querencia totalitaria. Ahí hay como dos almas contrapuestas que conviene saber detectar.

Una Constitución ¿qué es? Una Constitución es fundamentalmente un marco dentro del cual uno se compromete a actuar. Así lo entendía Kelsen - inventor entre otras cosas del modelo de Tribunal Constitucional que tenemos en España. Se trata un órgano específico, ajeno a los tres poderes del Estado; ajeno por tanto al Poder Judicial, mal que le pese a algún magistrado del Tribunal Supremo. Kelsen llamaba al control de constitucionalidad *legislación negativa*; porque la finalidad de ese control no era decir cómo debían hacerse las cosas, que para eso ya estaba el legislador estableciendo el derecho positivo, sino recordar como no debían hacerse. El legislador puede hacer las leyes como quiera, siempre que respete el marco constitucional, vinculado después de Kelsen al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales. Nuestra Constitución no nos dice pues "las cosas hay que hacerlas así"; nos dice que las cosas no se pueden hacer sin respetar esto, aquello y lo otro. Por eso, a veces, el Tribunal Constitucional puede desesperar

un poco al que lee sus sentencias y ve que hay un problema pero el Tribunal no entra en él. Hace bien, porque su función no es pronunciarse sobre todo lo pronunciable, sino hacerlo lo menos posible, lo indispensable. A esto se llama el *principio de conservación de la norma*, por el cual el Tribunal Constitucional hace todo lo posible por conseguir que la norma que se está sometiendo a su control pueda considerarse constitucional. De ahí que recurra a veces a las llamadas *sentencias interpretativas*, gracias a las que determinada norma puede considerarse constitucional siempre se interprete de cierta manera y no de otra. Se comprueba pues que esa dimensión aparentemente negativa del consenso no hacía otra cosa que anticipar el sentido propio de la Constitución.

Hay sin duda otra manera de entender la Constitución, que es la propia de unos sistemas donde suele decirse que hay una *democracia militante*. Se entiende en estos casos la Constitución como un modelo preciso de obligado desarrollo. No rima mucho con el artículo 1.1 de nuestra Constitución, en la primera línea de su texto articulado, que presenta como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico el pluralismo político; en consecuencia, lo que la Constitución contiene, se puede y se debe desarrollar de una manera plural. No todo el mundo piensa así. Hay quienes parecen considerarse propietarios de un presunto *ideario constitucional*. Eso explica la polémica suscitada con ocasión de la *Educación para la ciudadanía*.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, por ejemplo, asegura ser capaz de localizar un *espacio ético común* que vincularía a todos los ciudadanos y que sería el reflejo de los valores constitucionales. Se trata de un argumento apabullante, porque ¿quién está en contra de la Constitución? ¿quién va a estar contra los valores constitucionales? ¿qué problema se plantea porque a un tierno infante le expliquen la Constitución? Visto así, el discrepante queda bastante desarmado. Pero si el discrepante ha leído a Ronald Dworkin –que no parece ser libro de cabecera de más de uno- constatará que un notorio exponente de la izquierda norteamericana, muy vinculado a Rawls, recuerda al analizar la jurisprudencia constitucional norteamericana cómo las constituciones apelan a conceptos (igualdad, libertad, justicia, pluralismo político, etc.) con los que lógicamente está todo el mundo de acuerdo.

Yo he sido durante más de diecisiete años Diputado de Cortes Generales y allí siempre coincidí con colegas de todos los Grupos en el respeto a los valores constitucionales básicos; ahora bien, en sus proyecciones concretas no hemos estado de acuerdo las más de las veces en nada. ¿Por qué? Porque se practica el pluralismo. Dworkin decía que un *concepto* cobra contenido preciso cuando se convierte en *concepción*. Se puede estar de acuerdo en la relevancia del concepto de libertad pero sosteniendo una concepción de la libertad distinta de la que tiene el de enfrente; es muy bueno que sea así... Lo mismo ocurre con la igualdad u otros conceptos. Sin concepciones no hay conceptos; es imposible explicar los conceptos constitucionales españoles sin dar paso a una concepción, probablemente inconfesada, y por tanto a un inevitable adoctrinamiento. Por eso la Constitución sienta que sean los padres los que la elijan; la educación es siempre adoctrinamiento a determinadas edades. El asunto es pues si va a garantizar o no, como dice la Constitución, esa libre elección de los padres, o

se les va a imponer una concepción determinada disfrazada de espacio ético común.

El informe del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la ley ampliadora del aborto, ahora en tramitación, no deja de constituir una pieza realmente asombrosa. Se plantea una cuestión de la que no se está hablando prácticamente, pese a ser de las que más alcance reviste entre las contempladas por el proyecto. Abortos no va a haber más de los que ya hay, porque a falta de embarazos no será posible. Tampoco creo que, como pretenden acreditar los Consejeros de Estado permanentes –cinco de derechas y dos de izquierdas, según los entendidos- vaya a haber menos abortos con esa Ley; hay que tener una visión particularmente idílica de la vida para pronosticarlo. Hay, sin embargo, un capítulo del que no se está hablando que es el de la *educación sexual*. A propósito de él recuerda el Consejo de Estado que el artículo 27.3 de la Constitución garantiza a los padres que la enseñanza moral y religiosa que reciban sus hijos responderá a sus preferencias. Interpreta, no obstante, que esto significa que en la escuela se dará a todos una determinada educación sexual, que luego los padres podrán *complementar*. O sea, que no se va a prohibir, por lo visto, que los padres puedan hablar con sus hijos de moral. Menos mal que el Consejo de Estado ha dejado eso claro; ¡qué alivio!

Para justificar tan ocurrente doctrina, da por hecho que la educación sexual en la escuela será *objetiva y científica*. Yo, que soy de letras, no sé cómo la educación sexual podrá ser científica; no lo acabo de entender. Científicamente se puede explicar como son los órganos genitales, cómo cabe realizar la cópula o las consecuencias fisiológicas previsibles. La educación, sin embargo, no tiene una función puramente descriptiva. La educación consiste en explicar el sentido de algo y, desde luego, el sentido de una relación sexual no lo explica ninguna ciencia que yo conozca. El profesor de turno, convencido quizá de que con la ciencia va a aclararlo todo, acabará -me temo que de una manera inconfesada- explicando qué sentido atribuye él a ese tipo de relaciones; se acabaron los conceptos científicos: cada uno echará obligadamente mano de sus concepciones. La Constitución se acabará convirtiendo en papel mojado una vez más.

Volviendo a nuestro discurso, no es lo mismo entender la Constitución como un marco rígido, no negociable, que los poderes públicos no deben transgredir, que entenderla como un ideario monolítico en el que todos deben coincidir, porque entonces no habría pluralismo político ni moral alguno. Yo recuerdo cómo en los años de la transición un colega mío escribió un artículo en el que decía que la alusión que hace en el artículo 1.1 la Constitución al Estado *social y democrático* de Derecho, el Estado social suponía superar la idea del Estado liberal de Derecho, concebido en torno a un Estado gendarme, para dar paso a una tarea social de eliminar obstáculos y crear las condiciones para que la igualdad y la libertad sean reales y positivas. Me parece bastante convincente. Menos me lo parecía su curiosa de que un Estado *democrático* habría de ser socialista, porque el socialismo era fórmula para llevar a la práctica de manera real y efectiva el liberalismo; afortunadamente, como hombre inteligente, no ha seguido insistiendo demasiado en ello.

Mi también colega Peces-Barba ha afirmado en varios artículos de prensa que la escuela pública tiene un ideario, que sería el ideario constitucional. La escuela privada tendría por su parte idearios fragmentarios, particulares, incapaces de captar ese espacio ético común que sería de todos. Nos encontramos pues ante dos modos de defender la Constitución. De acuerdo con uno, estaríamos dispuestos a defender nuestros planteamientos respetando un marco rígido pero de notable amplitud, mientras que el otro invitaría a defender las propias concepciones de los conceptos constitucionales y esperar, en el mejor de los casos, que los demás vayan saliendo de su error. Este doble enfoque conviene tenerlo en cuenta cuando se habla de defender la Constitución.

No creo que haya depositarios exclusivos de los valores constitucionales; ni siquiera sus presuntos padres... De lo que se trata es de desarrollar pluralmente los contenidos de la Constitución. En tal sentido el propio John Rawls dice que, a la hora de diseñar una Constitución, apelamos a una concepción política de la justicia, que nos lleva a distinguir entre cuestiones que deben eliminarse razonablemente de la agenda política y cuestiones que deben ser sometidas a debate político. Estas cuestiones que permanecen en la agenda suelen resultar controvertidas; es hasta cierto punto lo normal en el debate político. La clave de la Constitución, de cualquier constitución, radica en distinguir qué cuestiones van a decidir unas mayorías por definición coyunturales y qué cuestiones, por estar por encima de ellas, se van a mantener gobierno quien gobierne. En esto consiste la *rigidez* constitucional. Mande quien mande, el Estado de las Autonomías ha de seguir siendo el Estado de las Autonomías; mande quien mande, el Ejército es el Ejército y tiene el papel que le corresponde y no otro; mande quien mande, la libertad religiosa es la libertad religiosa y los poderes públicos han de cooperar con la Iglesia católica y las demás confesiones, con arreglo a las creencias de la sociedad y no con las del que gane las elecciones. Eso es lo que dice la Constitución y al que no le guste que la cambie; pero que la cambie como está mandado, lo cual por tratarse de un marco rígido será difícil, como veremos...

Cuando cuestiones, que se estima quedaron fuera de la agenda política -como el modelo del Estado- se convierten en el motor de la política coyuntural, porque pueden brindar la fórmula para evitar que haya alternativa en el poder. Quien se muestre dispuesto a ofrecer a quien corresponda tanto que resulte meridiano que nadie va a poder ofrecerle lo mismo, se garantizaría poder gobernar con su apoyo siempre, y se acabó lo que se daba...

Estamos así pasando de la rigidez constitucional a la rigidez estatutaria; se escribe incluso en publicaciones de centros oficiales. El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales publicó un libro, resultado de un seminario en el que uno de los mentores doctrinales del estatuto catalán, después de haber sido magistrado del Tribunal Constitucional -el profesor Carles Viver Pi-Sunyer dice, por ejemplo, que tras su paso por Domenico Scarlatti -la calle donde, como es sabido, radica el Tribunal Constitucional- para él cada vez hay menos cosas inconstitucionales. Dado ese aprendizaje, constatando que una reforma de la Constitución exige un trámite tan complejo como detallado, empeñarse en

hacerlo cumplir supondría supeditar la solución del problema planteado (que son las pretensiones nacionalistas) a una circunstancia política: la falta del necesario acuerdo entre los dos grandes partidos nacionales.

Entendámonos: para cambiar la Constitución hace falta que se pongan de acuerdo los dos grandes partidos. Hay muy poca confianza mutua en que eso se pueda hacer de manera relativamente ordenada. Prueba de ello es que hay aspectos de la Constitución que todo el mundo parece estar de acuerdo en que se modifiquen, como por ejemplo el principio de varonía en la sucesión a la Corona, pero no se cambian. Quizá nadie se fía de, una vez abordado el cambio, cómo terminaríamos. Dado que no parece que se vaya a dar un acuerdo entre los dos grandes partidos en esta cuestión, para el profesor Viver Pi-Sunyer no tendría sentido condicionar la solución del problema nacionalista a que cambien de actitud. Lo que habría que hacer es solucionarlo por la vía de hecho. Tan jurídica conseja no la suscribe él solo; la apunta también el profesor Balaguer, catedrático en Granada. A su juicio, la opción por racionalizar el Estado autonómico resolviendo sus problemas estructurales no tiene más que un camino posible: la reforma constitucional. Si tenemos en cuenta que para ello el consenso entre las dos grandes formaciones políticas sería necesario, mientras esa reforma constitucional no sea posible, su inviabilidad no puede condicionar el desarrollo de las reformas estatutarias. O sea, habría que cambiar la Constitución para arreglar esto; sería sin embargo deseable que si la reforma constitucional se sigue manifestando como una vía imposible de llevar a cabo, se estableciera algún tipo de fórmula de coordinación de las reformas estatutarias.

Por lo que se ve, en eso estamos. Dado que no podemos cambiar la Constitución para modificar los Estatutos, lo que habría que hacer es cambiar los Estatutos para modificar inconspicuamente la Constitución. Cuando se anuncia que dentro de este siglo puede acabar saliendo la famosa sentencia, los nacionalistas catalanes deciden romper el silencio: aquí hay un pacto político, y los pactos políticos están por encima de los papeles. La sentencia que diga lo que quiera, ya que existe un pacto político imprescindible para mantenerse en el poder. Se desarrolla por leyes autonómicas el Estatuto y a ver a quién se le ocurre recurrirlas. Si no hay tal recurso, el Tribunal Constitucional no tendrá nada que decir, ya que no actúa de oficio.

Es común encontrar ciudadanos convencidos de que el Tribunal Constitucional dio el visto bueno a una ley despenalizadora del aborto. Formalmente no es así en realidad. El Tribunal Constitucional nunca ha dado el visto bueno a ninguna ley que despenalice el aborto, porque sólo se ha pronunciado sobre una, mediando un recurso previo de constitucionalidad entonces disponible, y la declaró inconstitucional. Lo que ocurrió luego es que la ley que se hizo a continuación, actualmente en vigor, realizada teniendo en cuenta más o menos sugerencias bienintencionadas del Tribunal Constitucional –que no han servido para nada, como es bien sabido– no fue recurrida por nadie. El Tribunal Constitucional no ha tenido pues oportunidad de pronunciarse de modo directo la ley aún vigente. Lo mismo puede ocurrir con esa serie de leyes autonómicas destinadas a desarrollar aspectos del Estatuto que el Tribunal Constitucional pueda considerar inconstitucionales, si no los

recurre nadie que esté en condiciones de recurrir. Esto crea una situación realmente preocupante, en la que el aludido anuncio puede sonar a amenaza: se va a actuar por vías de hecho y se va a hacer lo que se quiera, mientras se mantenga ese pacto político. O sea, *modus vivendi* puro y duro, pero con un protagonismo decisivo de uno de los dos grandes partidos políticos, presuntamente no nacionalista.

Comprendo que la *rigidez* no es un término que hoy día suene muy bien; sigue predominando la idea de que la arruga es bella. El Tribunal Constitucional existe sin embargo para garantizar esa rigidez. Lo que no parece razonable es que cuando un Estatuto, como el valenciano, recoge una colección de derechos autonómicos con aire fundamental -entre otros, el derecho de los valencianos al agua- y se presenta un recurso por otro gobierno autonómico -el de Aragón - que imagina de dónde va a salir el agua, y se plantea si tienen los Estatutos capacidad para reconocer nuevos derechos a los ciudadanos -cuando la propia Constitución dice que tiene que haber igualdad de derechos entre los españoles- se llegue a la feliz conclusión -por aquello de que la arruga es bella- de que sí puede haberlos, porque no son verdaderos derechos. Es como si, ante la denuncia de que circula moneda falsa, se le quitara importancia apuntando que da igual porque es falsa. Lo mismo que la moneda falsa expulsa a la auténtica del mercado, los falsos derechos expulsarán o harán irrelevantes a los verdaderos.

En cualquier caso Viver Pi-Sunyer, que reconoce que la cuestión suscita algunos problemas, piensa que cabría resolverlos siempre que entendamos estos artículos estatutarios como normas dirigidas a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma correspondiente. No falta, sin embargo, quienes tengan la rara habilidad de seguir viendo problemas. Por ejemplo: ¿cabe considerar al Poder Judicial como un poder público de Cataluña? Porque quien va a interpretar los derechos es el Poder Judicial. Quizá algún nacionalista respondería que todavía no, pero que -pacto político mediante- todo se irá andando y a lo mejor llega a haber hasta Corte Penal Internacional.

Vuelvo a John Rawls. Hay tres exigencias de un consenso constitucional estable. En primer lugar, de los principios liberales deriva la imperiosa exigencia política de fijar de una vez por todas el contenido de determinados derechos y libertades básicos y de conferirles una primacía especial. Al proceder así se los retira de la agenda política; no se debate ya coyunturalmente sobre la necesidad de esas garantías, que no cabe supeditar a un cálculo de intereses sociales. Quedan así, al margen de todo *modus vivendi*, establecidas clara y firmemente las reglas de la contienda política. La negativa a retirar de la agenda esos asuntos perpetuaría, a su juicio, las profundas divisiones latentes en la sociedad, generando incluso una propensión a revivir esos antagonismos con la esperanza de obtener una posición más favorable en caso de que las circunstancias venideras se mostraran propicias. O sea, que estaríamos abriendo la caja de los truenos. Lo que el consenso constitucional pretendía lograr, aunque evidentemente no lo hizo del todo -lo de las nacionalidades es lo que en el rugby se califica como *patada a seguir*-, era evitar que se convirtiera en eterna la discusión sobre tales cuestiones.

Termino abordando una de las cuestiones sobre las que se me ha requerido para que me pronuncie: si el Tribunal Constitucional es independiente o no. Como es sabido, los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos en su mayor parte por las Cámaras: cuatro de sus doce miembros los elige el Congreso, otros cuatro los elige el Senado y los cuatro restantes el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial. Se van cambiando cuatro de ellos cada tres años. Esta elección está en España resultando un tanto calamitosa. La experiencia enseña que cuando se elige por mayoría de tres quintos un solo cargo no hay problema para llegar a un razonable acuerdo. Sirva de ejemplo la elección del Defensor del Pueblo, que no ha sido plantear peculiares problemas. Se ha llegado a dar el caso de que gobernando el PP se proponga como Defensor del Pueblo a un socialista histórico, como Enrique Múgica, sin ningún problema. Ahora bien, cuando se nombra más de un cargo lo de las cuotas resulta absolutamente inevitable. Como decía el torero: lo que no puede ser, no puede ser, y además es imposible.

Cuotas hay por tanto evidentemente y ahí ya empieza el problema, al surgir la apariencia de que han sido elegidos con un objetivo partidista. Esto viene ocurriendo en el Consejo General del Poder Judicial, donde para los medios de comunicación resulta perfectamente previsible la conducta de unos y otros, lo que les lleva a anticipar los resultados de determinados conflictos, porque la solución parece más o menos mecánica. Hay, sin embargo, un elemento que podría salvar la situación: el sentido institucional de los nombrados. En el caso norteamericano, por ejemplo, sin duda favorecido por el hecho de que en Norteamérica el cargo de magistrado del Tribunal Supremo es vitalicio. La magistrada que acaba de incorporarse ahora al Tribunal, propuesta por el Presidente Obama, puede no sólo ser independiente sino parecerlo, ya que su futuro no depende en absoluto de que adopte una u otra decisión. En España hemos tenido magistrados del Tribunal Constitucional que han dejado de serlo con apenas cincuenta años, con unas expectativas de futuro profesional de veinte o veinticinco años. Así se puede ser independiente, pero es tan fácil parecerlo. Es lo que se califica como *independencia objetiva*, fruto del convencimiento de que en política las cosas son como parecen.

Falta a veces entre nosotros clamorosamente sentido institucional. La Constitución ha establecido que los miembros del Consejo General del Poder Judicial cumplan un mandato de cinco años, mientras que las Legislaturas duran en principio cuatro; se aspiraba pues a que uno y otro poder funcionaran con absoluta independencia; a eso se le llama separación de poderes. No ha faltado quien, desde instancias oficiales, sugiera que, al haberse producido un cambio de Gobierno por vía electoral, el Consejo debería alterar el sentido de sus resoluciones; son situaciones que dejan mucho que desear. El Tribunal Constitucional se ha prestigiado cuando sus resoluciones no eran en modo alguno previsible; desde luego, en ese sentido, lo ha hecho mejor que el Consejo General del Poder Judicial; hay más frecuente alternancia en los votos particulares discrepantes y más mezclas de mayorías de un tipo u otro. Baste recordar que, en su punto de arranque, se eligió un Presidente distinto del que se anunció como propuesto por el Presidente del Gobierno. Luego, cuando llega el momento de sentencias aparentemente previsible, como la del caso Rumasa, el Tribunal Constitucional pierde prestigio. Hay quien barrunta que la

actual Presidenta del Tribunal no demuestra gran interés acelerar la sentencia, porque no quiere ni pensar en que sea su voto de calidad la que acabe decidiendo el resultado; si es así, todo parece indicar que no lo tiene nada fácil.

El sentido institucional es imprescindible para el prestigio del Tribunal, sobre todo en un momento en el que entre los protagonistas de los poderes parece a veces escasear la lealtad constitucional. No se puede ejercerlos pensando que para que se respete la Constitución ya está el Tribunal Constitucional. El legislador tiene que demostrar lealtad constitucional, precisamente porque el Tribunal tenderá a inhibirse todo lo que pueda, como reconocimiento de la legitimidad del legislador. El legislador tiene que ser leal a la Constitución, elaborando leyes que no la pongan ni en peligro ni la sometan sin necesidad a discusión.

Termino pues con unas breves conclusiones.

Considero, en primer lugar, que es decisivo respetar la rigidez del marco constitucional, que creo que es amplísimo, por lo que creo que no es tan fácil que algo sea inconstitucional. El modo de garantizar esa rigidez es que se respeten los sistemas y los procedimientos de reforma: cámbiese la Constitución si se quiere, pero hágase como está previsto, y no haciendo un Estatuto y sometiéndolo a referéndum antes de que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse. Se ha calificado de inaudito que el Tribunal contradiga algo que haya sido ya refrendado por los catalanes. Para empezar, si es algo que afecta a la Constitución, debería ser refrendado por todos los españoles. Por lo demás quien eso diga tiene toda la razón; también el Consejo de Estado lo ha afirmado, pero para solicitar que se restablezca el recurso previo de inconstitucionalidad. Eso habría permitido que no hubiera habido referéndum en Cataluña hasta que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado. Ese es lo disparatado, y no que el Tribunal Constitucional llegue a pronunciarse después; el disparate es que haya habido un referéndum antes de que haya podido pronunciarse.

En segundo lugar, es necesario que cada poder del Estado asuma su responsabilidad con lealtad constitucional, para luego, dentro de ese marco que todos debemos respetar, mantener el lógico debate coyuntural entre las concepciones que desarrollan de modo plural el contenido de los conceptos constitucionales.

Debemos, por último, desterrar la peregrina idea de que puede haber una auténtica solidaridad en un Estado donde se confunde el derecho a ser diferentes con el privilegio de ser en todo desiguales, incluso fundamentalmente desiguales, a ser más que los demás. Es lógico que se reconozcan los hechos diferenciales, pero si una vez reconocidos se trata del mismo modo a los extremeños les dan lo mismo, no entiendo en qué puede consistir el agravio. Esa curiosa versión del hecho diferencial no parece muy conciliable con la solidaridad; mucho me temo que el asunto va por ahí...