

EL REFERENDUM: DE LAS LEYES FUNDAMENTALES AL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCION

Por ENRIQUE LINDE PANIAGUA
y MIGUEL HERRERO LERA

SUMARIO

1. Introducción.—2. El referéndum en las Leyes Fundamentales: A) El referéndum de leyes ordinarias; B) El referéndum como técnica para la reforma de las Leyes Fundamentales. La reforma de la ley de Principios del Movimiento Nacional; C) La posibilidad de un referéndum «practer constitucional».—3. El referéndum en la ley para la Reforma Política: A) El referéndum para la reforma constitucional; B) El referéndum plebiscitario.—4. El referéndum en el anteproyecto de Constitución: A) La convocatoria del referéndum; B) Los referéndums del artículo 85 del anteproyecto de Constitución: Referéndum de proyectos de ley aprobados por las Cortes, referéndum plebiscitario y referéndum para la derogación de leyes en vigor; C) El referéndum para la reforma constitucional.

1. INTRODUCCION

El largo proceso constituyente que actualmente se está desarrollando en nuestro país tiene sus orígenes y alcanzará su culminación democrática formal en sendos referéndums: el que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1976 para refrendar el proyecto de Ley para la Reforma Política (1) y el que se

(1) Estas son las disposiciones básicas mediante las cuales se pone en práctica el referéndum del 15 de diciembre de 1976, con el que hemos estimado que se abre el proceso constituyente en el que actualmente nos encontramos: Real Decreto 2.635/1976, de 24 de noviembre, por el que se somete a referéndum de la nación la Ley de Reforma Política; Real Decreto 2.636/1976, de 19 noviembre, por el que se regula el procedimien-

producirá una vez que las Cortes españolas aprueben el actual proyecto constitucional. Este hecho por sí solo nos advierte ya sobre diferentes utilidades de que es susceptible una institución como la del referéndum, por más que fuera concebida en sus orígenes democráticos como una forma extraordinaria que tiene la nación de ejercer, sin intermediarios, el poder legislativo (2).

La sintética y elaborada sistematización que se ha hecho (3) ya de la teoría y práctica política del referéndum desde sus orígenes, pasando por su incardinación dentro del constitucionalismo liberal o democrático, y su posterior utilización plebiscitaria en contextos sociopolíticos autoritarios diferentes, nos exime hoy de este enmarque general, básico para la comprensión integral de la institución que nos proponemos analizar.

Nuestro análisis se centrará, pues, formando parte de una tendencia que consideramos de vital importancia para el desarrollo de los estudios de Derecho constitucional en España, en una aproximación a la explicación y consiguiente valoración de aquellos mecanismos jurídicos que han configurado la institución del referéndum en nuestro país desde su regulación en las leyes fundamentales hasta la que hoy se recoge en el proyecto constitucional aparecido en el *Boletín Oficial de las Cortes* el día 17 de abril de 1978. La específica forma jurídica de referéndum que en la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política se contempla será también objeto de nuestro análisis, que contrastaremos con alguna otra interpretación sobre el mismo con la que discrepamos, como más adelante veremos.

Nos proponemos, pues, recuperar para nuestro campo de investigación un tipo de análisis básicamente jurídico que se propone prescindir tanto de

to para la aplicación de la Ley de Referéndum, y Orden de 24 de noviembre de 1976 por la que se aprueban los modelos de impresos para la realización del referéndum. Disposiciones recogidas en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282, de 24 de noviembre de 1976.

(2) J. J. ROUSSEAU, en *El contrato social* (Buenos Aires, 1962, pág. 77), afirma, en relación con el hecho de la representación: «Como la soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad general, no puede nunca ser enajenada, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede estar representado más que por él mismo: el poder puede muy bien transmitirse, pero no la voluntad.»

(3) Desde una perspectiva de ciencia política, y como interpretación de conjunto, es básico el artículo de J. SANTAMARÍA OSSORIO «Participación política y democracia directa», en el libro colectivo *Homenaje a Carlos Ollero*, Madrid, 1972; otras aportaciones sobre el tema con carácter general, pero en buena parte reiterativas respecto de la anterior, son: A. TORRES DEL MORAL: «Democracia y representación», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 203, 1975, y L. AGUILAR DE LUQUE: *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, 1977.

aquellos elementos apoloéticos como de los que en base a infundadas esperanzas han igualmente ocultado la verdadera naturaleza del ordenamiento jurídico franquista (4). Ordenamiento desde el que, a la postre, ha surgido, y sigue su curso, la implantación de un nuevo régimen político en nuestro país.

El tema, por diversas razones en las que ahora no vamos a entrar, no ha tenido entre nuestros especialistas un tratamiento cuantitativamente extenso ni todo lo específicamente delimitado que la complejidad de la institución referendaria reviste, bien como institución propiamente jurídico-política, bien como una forma de comportamiento político diferenciado (5).

El análisis jurídico del referéndum en la mayoría de los casos no ha sabido trasgredir la referencia a la literalidad del texto de la Ley de Referéndum de 1945, prescindiéndose del examen del contenido expreso de dicha ley, así como de ponerlo en relación con el de las Cortes de 1942 y con el del artículo 7.º de la Ley Orgánica del Estado (6). En consecuencia, no se advierte la existencia de dos técnicas jurídicas diferentes que arrastran consecuencias y utilidades de índole política sustancialmente distintas, la del referéndum de las leyes ordinarias y la que se aplica a la reforma de las leyes fundamentales.

Otro tipo de interpretaciones que sobre la naturaleza jurídica del referén-

(4) Para un intento de explicación alternativa a tres de las obras básicas (la de CARVAJAL: *La Constitución española*, Madrid, 1969; M. HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico*, Madrid, 1972, y la colectiva de J. ESTEBAN: *Desarrollo político y Constitución española*, Madrid, 1973) que, a nuestro entender, han hecho fundamentalmente una hipotética proyección de las Leyes Fundamentales en el futuro, véase nuestro trabajo «Titularidad y ejercicio de la soberanía en las Leyes Fundamentales», de próxima publicación.

(5) Véase M. MARTÍNEZ CUADRADO: «Representación. Elecciones. Referéndum», en *La España de los años setenta*, vol. III, Madrid, 1974, pág. 1421. Y así nos encontramos con un tipo de investigación, tal como la señalada, en la que se mezclan perspectivas analíticas que van desde la sociología electoral a interpretaciones institucionales del sistema político franquista. A título de ejemplo, insertamos el siguiente juicio valorativo con el que en el mencionado trabajo el autor explica el significado de los referéndums celebrados en 1947 y en 1966. Tanto uno como otro, señala el autor, «significaron una evidente institucionalización del sistema político, que, sin perjuicio de garantizar al jefe del Estado, general Franco, una magistratura vitalicia y la plenitud de sus poderes de prerrogativa de excepción (leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939), marcaban unas líneas legitimadoras de futuras empresas constitucionales o de reforma fundamental en el plano de las instituciones y de la vida política».

(6) El mencionado artículo, en su párrafo c), dice: «Corresponde particularmente al jefe del Estado: someter a referéndum de la nación los proyectos de ley a que se refiere el párrafo segundo del artículo 10 de la Ley de Sucesión y el artículo 1.º de la Ley de Referéndum.»

dum en nuestras leyes fundamentales se han venido haciendo, al estar insertas en un análisis uniforme del ordenamiento jurídico franquista, han dado lugar a la proyección del que se consideraba su principio animador sobre la institución que nos proponemos analizar. Y así se ha llegado a sostener (7) que el referéndum *praeter constitucional*, que, como analizaremos en su momento, es una instrumentación jurídica del mismo introducida expresamente por la Ley para la Reforma Política, encontraba su razón de ser en la situación legal anterior a la previsión sucesoria en la Jefatura del Estado.

A nuestro entender, y adelantamos conclusiones que luego argumentaremos debidamente, el referéndum *praeter constitucional* no es sino la consecuencia obligada que ponía en manos del nuevo titular de la Jefatura del Estado unos poderes excepcionales con los que poder salir, en último término, de la situación que el régimen anterior había creado. El que no hubiera lugar a su utilización, siendo suficiente el mecanismo previsto para la reforma de las leyes fundamentales, según nuestra interpretación, constituye un elemento retardatorio de posibles reformas tras la muerte de Franco que no le excluiría de su naturaleza jurídica intimidatoria. Y ello a pesar del argumento encubridor que en vano trató de buscar su justificación en la propia lógica del ordenamiento jurídico anterior.

Interpretaciones más recientes (8) abordan el estudio de las formas de participación directa en el proceso legislativo que arbitrara el régimen de Franco, no tanto desde la perspectiva jurídica, en la que nosotros nos centramos, cuanto desde planteamientos políticos, concretamente desde una interpretación y valoración política de los referéndums habidos en España. Análisis que se ve completado, además, con un somero estudio del desarrollo de las campañas de propaganda y condiciones sociopolíticas en que las mismas se desarrollaron, así como unas breves consideraciones sobre los aspectos jurídicos que han orientado la participación directa en las leyes fundamentales y en la Ley para la Reforma Política. Pero si el propósito fundamental de las consideraciones dedicadas al tema consiste en relacionar la institución del referéndum ideada por la legalidad franquista con los presupuestos ideo-

(7) Véase M. HERRERO DE MIÑÓN: *El principio monárquico*, Madrid, 1972, páginas 107-108. En esta conocida y polémica obra, el autor sostiene al respecto: «Si la soberanía monárquica es la base formal de este referéndum *praeter constitucional*, su legitimación se encuentra en el carácter cesarista que (...) adopta en España el principio monárquico. El jefe del Estado 'personifica la soberanía nacional', pero ello es así porque la misma Ley Orgánica le atribuye la condición de 'representante supremo de la nación'.»

(8) Véase L. AGUILAR DE LUQUE: *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, 1977.

lógicos de dicho sistema político, se delimitan, no obstante, más nítidamente los diversos campos de análisis que el estudio del referéndum comporta.

Ahora bien, la preponderancia política que los referéndums habidos en España durante este período han revestido, además de haber sido analizada en términos tan generales que en algunos casos se han llegado a comparar, a nuestro juicio injustificadamente, con los cinco que protagonizara De Gaulle entre 1958 y 1969, ha dado lugar a un desinterés total por la trama jurídica en que se inscribían (9).

Sin querer poner en tela de juicio la utilización política del referéndum hecha por el régimen político de Franco, sí queremos llamar la atención sobre el análisis de su sucesiva instrumentación jurídica. Porque la comprensión de su legalidad, lejos de distorsionar la comprensión de su aplicación en la práctica política, así como el propio régimen político que la ampara, la facilita. Y al contrario, la asignación de un generalizado papel plebiscitario a la práctica referendaria en determinados sistemas autoritarios en nada favorece la comprensión del tipo de autoritarismo del que se trata, además de dar lugar a falsas o insuficientes interpretaciones del específico ordenamiento jurídico en que tales sistemas se articulan y establecen.

En este trabajo, pues, replanteamos las interpretaciones jurídicas que de la institución referendaria se han hecho en España. Y lo hacemos tomando como base de nuestra argumentación la regulación jurídica que de tal institución se hizo.

De modo que el interés general que la propia materia estudiada tiene por tratarse de una institución cuyo desarrollo y puesta en práctica ha incidido y seguirá incidiendo en la configuración del Estado, se incrementa con la atracción particular de su renovado planteamiento. En este sentido, y adelantando en el orden expositivo las conclusiones de la argumentación que inmediatamente vamos a entablar, cabría establecer cuatro modalidades de concebir la institución referendaria en nuestro país en el espacio de tiempo que va desde 1945 a 1978.

En primer lugar, y a través de la ley de Referéndum, se arbitra un tipo de *referéndum intimidatorio*, que no tiene por objeto la consulta a la nación para refrendar una ley ordinaria, sino que básicamente se instrumenta como un elemento de coacción del jefe del Estado frente a las Cortes. Su utilización no llegará a producirse en ningún caso.

(9) *Ibid.*, pág. 275: «Tanto una consulta como otra —dice Aguilar de Luque refiriéndose a las de 1947 y 1966— tienen un carácter predominantemente decisorio y metajurídico, con independencia de su formalización jurídica como referéndum, e igualmente uno y otro, en su puesta en práctica, responden a esa característica principal.»

Mediante la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado se establece el *referéndum para la derogación o modificación de las leyes fundamentales*, cuya finalidad no fue otra, a nuestro parecer, que la de dar al orden jurídico político establecido por Franco una prolongación en el tiempo más allá de su propia dimensión temporal. Fue puesto en práctica en dos ocasiones, en julio de 1947 y diciembre de 1966.

En la Ley para la Reforma Política, junto al *referéndum para la reforma constitucional*, que no introduce sino matices semánticos en relación a la modalidad contemplada en la Ley de Sucesión, se prevé el *referéndum plebiscitario*, en el sentido de hacer descansar prácticamente la soberanía en el monarca. Se trata también de un instrumento intimidatorio de las Cortes franquistas justificado en la transición hacia un régimen monárquico constitucional que ha llegado a hacerse efectivo.

Por último, el anteproyecto de Constitución supone una síntesis del proceso anterior en la que se van a contemplar, aunque con matices, los distintos supuestos anteriores y además se introduce el referéndum para la derogación de leyes en vigor.

2. EL REFERENDUM EN LAS LEYES FUNDAMENTALES

A) *El referéndum de leyes ordinarias*

Una de las formas de incidir el jefe del Estado en el proceso legislativo en el sistema de las leyes fundamentales tenía lugar mediante la técnica de someter determinados proyectos de ley a referéndum de la nación. El preámbulo de la Ley de Referéndum, de 22 de octubre de 1945, ley de rango fundamental, se refiere imprecisamente a «leyes» cuando lo que se somete a consulta de la nación, tal y como se establece en el artículo 1.º de dicha ley, son «proyectos de leyes elaboradas por las Cortes». Téngase en cuenta que cuando se promulgó la Ley de Referéndum que ahora comentamos estaba vigente la Ley de Cortes de 1942 (es decir, que no habían tenido lugar las reformas de 1946 y 1967), según la cual la misión principal de éstas era «la preparación y elaboración de las leyes» (art. 1.º). Es decir, que la Ley de Referéndum se promulga en un momento histórico en que las Cortes eran un órgano de mera colaboración con el jefe del Estado, único y exclusivo titular de la potestad legislativa. La misión de las Cortes consistía, por tanto, en colaborar con el jefe del Estado preparando y elaborando las leyes o más precisamente los proyectos de ley que el jefe del Estado le permitía libremente.

De modo que, en las circunstancias que hemos descrito, la consulta a la nación por el jefe del Estado a través del referéndum se instrumentaba por el órgano titular de la potestad legislativa como una segunda consulta, ya que no podía atribuirse otro valor a las elaboraciones de las Cortes. Pero entendiéndose bien que en ningún caso se entendía implícito que el jefe del Estado sustituyera o superpusiera el criterio de la nación al de las Cortes, sino que pedía dos consultas, quedando libre de dictar o no la ley sometida a consulta, fuera cual fuese el resultado, positivo o negativo, de ambas; es decir, tanto en el supuesto de que la nación hubiera refrendado afirmativamente el proyecto elaborado por las Cortes como en el caso de que no lo hubiera aceptado. Este último juicio se induce tanto de la ausencia de regulación de los efectos del referéndum como de la naturaleza política del régimen de Franco. Sin embargo, en dicho contexto político resultaba impensable, no obstante las cautelas anotadas, la falta de coincidencia de voluntad del pueblo y el entonces jefe del Estado, general Franco, como se demostró en cuantas consultas populares tuvieron lugar. Baste tan sólo como anotación que se repiten a lo largo de las leyes fundamentales zonas de incertidumbre capaces de crear supuestas expectativas cuya disposición operativa se deja al jefe del Estado. Volviendo al hilo del asunto, obsérvese que en este primer momento, anterior a la reforma de 1967, el jefe del Estado tiene una aparente limitación consistente en que sólo puede someter a referéndum, a tenor literal del artículo 1.º de la Ley de Referéndum, «los proyectos de leyes elaborados por las Cortes». La reforma de 1967 consistió, como es sabido, en duplicar los órganos con competencia legislativa. Significó la conversión de las Cortes de órgano de mera consulta del jefe del Estado para la función legislativa en órgano legislativo capaz, por tanto, de aprobar leyes, precisamente de «elaborar y aprobar leyes». Pero con la reforma de 1967 no se vio afectado el artículo 1.º de la Ley de Referéndum en su redacción original, es decir, que el jefe del Estado podía seguir sometiendo «a referéndum los proyectos de leyes elaborados por las Cortes» sin que en principio pudiera entenderse esta facultad a las leyes «aprobadas» por éstas.

El matiz que acabamos de señalar tiene una importancia excepcional, ya que antes y después de la reforma de la Ley de Cortes entendemos que la competencia del jefe del Estado, que nunca ejerciera en materia de referéndum, alcanzaba sólo a «los proyectos de ley elaborados por las Cortes», sin poder versar el referéndum sobre «proyectos de ley aprobados por las Cortes». Ello significa que la técnica del referéndum, tal y como se instrumenta en la Ley de Referéndum, no tiene por objeto revisar la voluntad formada y perfecta de las Cortes, expresada a través de la aprobación de los proyectos

de ley —tal y como ocurre, por ejemplo, en el sistema italiano (10)—, ya que su objeto sólo pueden ser los «proyectos de ley elaborados por las Cortes». Sólo que este límite no implica una restricción de la operatividad del jefe del Estado, como pudiera interpretarse, o al menos no se trata de una limitación a los efectos perseguidos, sino que, por el contrario, la posibilidad de convocar el referéndum cuando el proyecto de ley ha sido elaborado, pero no aprobado, significa que el jefe del Estado puede interferir el proceso legislativo en el propio seno de las Cortes, de modo que la aparente limitación de poderes cobra la más acertada connotación de incremento de poderes.

Siguiendo con el razonamiento anterior, se puede afirmar rotundamente que no se trataba de contrastar la voluntad formada de las Cortes, sino tan sólo un momento imperfecto todavía de su proceso de formación, cual es el de la elaboración de los proyectos por las Comisiones legislativas. Por otra parte, tampoco se pretende contrastar la opinión de las Cortes frente a la opinión del jefe del Estado, que hay que suponer sería la de una mera negativa a la totalidad sin implicar en ningún caso la opción a la nación de un proyecto alternativo, sino que frente a un proyecto elaborado se instrumentaría un *no* sin más al mismo. La alternativa del jefe del Estado sería la de la mera paralización de la actividad legislativa de las Cortes, pero en ningún caso, como se ha pretendido por un sector doctrinal (11), equivaldría a un procedimiento alternativo de elaboración de las leyes, con la consiguiente repercusión de una actividad positiva del jefe del Estado consistente en ofrecer frente al proyecto de las Cortes otro paralelo, correspondiendo a la nación elegir entre ambos.

La consulta, en todo caso, podía implicar la sustitución del órgano «Cortes aprobantes» por «Pueblo-español» o «Nación española» integrada por un específico colectivo a su vez representativo y representado teóricamente por las Cortes (12), según un procedimiento que hace imposible que el Estado-pueblo desautorice la voluntad de las Cortes en cuanto órgano aprobante de la ley, es decir, en cuanto legislador.

Desde un punto de vista técnico la Ley de Referéndum es bastante deficiente, lo que es un tanto inexplicable en una ley que tan sólo consta de tres artículos breves y confusos al tratar el tema, lo que hace suponer una

(10) Nos referimos al referéndum abrogativo del artículo 75 de la Constitución italiana.

(11) La citada tesis ha sido defendida por M. HERRERO DE MIÑÓN en el trabajo citado, a lo largo de su capítulo III, pág. 90.

(12) Véase artículo 2, II, de la ley de Cortes, que dice: «Todos los procuradores en Cortes representan al pueblo español; deberán servir a la nación y al bien común y no estar ligados por mandato imperativo alguno.»

vaguedad intencionada. No se explicita la consistencia específica del referéndum, ni ha sido dictada una ley ordinaria que lo desarrolle, si bien es cierto que más que desarrollar hubiera sido necesario concebir por entero. Y nos preguntamos: ¿hasta qué punto las Cortes hubieran podido desarrollar la Ley de Referéndum? (13).

El mayor vacío de la ley aparece en relación a si es necesario que una vez refrendada una ley por la nación tenga que ser aprobada por las Cortes. Y en el caso de que la consulta dé como resultado el *no* de la nación, si las Cortes pueden, no obstante, aprobar el proyecto consultado u otro con ligeras modificaciones. Puede observarse que existe, pues, un vacío casi absoluto difícil de subsanar en cuanto al régimen jurídico del referéndum. Iguales dudas surgen en relación a si es necesaria la sanción del jefe del Estado de las leyes refrendadas por la nación, es decir, si la consulta sustituye la aprobación de las Cortes tan sólo o también la sanción del jefe del Estado, o ambas.

Puede hacerse notar que en el preámbulo de la Ley de Referéndum se hace referencia al carácter de «consulta» que ésta tiene, y más adelante, en el texto de la ley, se silencia dicha mención. Es posible que se quiera instrumentar el referéndum exclusivamente —acto querido— por el jefe del Estado como trámite previo a la aprobación y sanción de las leyes. Esta es la solución más acorde a una interpretación integral de las leyes fundamentales, porque, en otro caso, se estaría estableciendo una vinculación del jefe del Estado a la nación que además de no haber sido nunca deseada no aparece en ningún caso explícita.

Pero a nuestro entender, como señalamos más atrás, la técnica del referéndum a disposición del jefe del Estado era sustancialmente un instrumento de control sobre la actividad de unas Cortes aristocráticas que, sin embargo, podían perder la obediencia de aquél. Y obsérvese que este instrumento de control en poder del jefe del Estado se concibe como tal antes de la reforma de 1967, que crea en las Cortes la función legislativa; es decir, que se crea un instrumento de control cuando las Cortes son todavía un órgano meramente consultivo, quizá en previsión de otras posibles beligerancias de las mismas.

Entendemos que el sistema utilizado, consistente en dejar en suspenso la naturaleza del referéndum, hace que en nuestro país sin dificultades se pudiera practicar una efectiva manipulación de éste que no diera opción a

(13) Efectivamente, el procedimiento para la aplicación de los referéndums de 1947 y 1966 se hizo por los Decretos de 8 de mayo de 1947 y 21 de noviembre de 1966 y la aplicación del referéndum de 1976 por Real Decreto 2.635/1976, de 24 de noviembre.

ahora es un trámite normal en la modificación de leyes fundamentales y supone someter a juicio de la nación la voluntad formada de las Cortes, hasta el punto de que el que se produzca por ésta la «aprobación» de la modificación o reforma es un requisito de validez para que tenga lugar el referéndum.

Por otra parte, en el supuesto de referéndum para modificar leyes fundamentales, la nación no hace o puede hacer, como podía presumirse en el referéndum de proyectos de Ley, de árbitro entre poderes (Cortes y jefe del Estado), sino que se trata de verificar o más bien de reforzar la voluntad presentada de la nación en las Cortes por la propia nación.

Por todo ello, tenemos que concluir que en el supuesto que observamos ni siquiera se da en el jefe del Estado la titularidad de la iniciativa; no estamos en presencia de un *acto querido*, sino *debido*.

Por cuanto a la posibilidad de reformar «los Principios del Movimiento Nacional» (L. P. M. N.), contenidos en la ley del mismo nombre, el propósito del legislador, evidentemente, fue el de establecer principios inalterables. Ni normas ordinarias ni fundamentales resisten en ningún caso el límite básico de todas las leyes sociales como es el de «lo posible». El legislador ha escrito un propósito imposible.

Pero intentemos seguir el hilo argumental de las propias leyes fundamentales. La *naturaleza permanente e inalterable* (17) la recibían los principios de una ley fundamental; es decir, que podía entenderse que durante la vigencia del régimen político de Franco existía el propósito de inalterabilidad de los «Principios del Movimiento». En esta línea, cabe preguntarse si desde el régimen y dentro del régimen político es posible reformar los «Principios del Movimiento Nacional».

El argumento podía ser el siguiente: el artículo 10 de la Ley de Sucesión nombra las leyes fundamentales existentes y añade que lo serán también «cualquiera otra que en lo sucesivo se promulgue confiriéndola tal rango». Si la L. P. M. N. es posterior a la Ley de Sucesión, en buena lógica debería entenderse que la posibilidad de derogarla o modificarla se establece para el futuro siempre y cuando una ley fundamental no exprese lo contrario, tal y como hizo la L. P. M. N., así como la L. O. E. en su artículo 3.º. Por otra

(17) Este carácter de permanencia e inmutabilidad tiene un antecedente en la primera Constitución española, como es la de Cádiz, que en su artículo 375, título X, capítulo único, decía: «Hasta pasados ocho años después de hallarse puesta en práctica la Constitución en todas sus partes no se podrá proponer alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos.» Este artículo fue comentado por F. MARTÍNEZ MARINA: *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*, reeditado por el I. E. P., Madrid, 1957, pág. 226, manifestando con claridad e ingenio su desacuerdo.

parte, la diferencia entre ley y principios, en base a la que se ha querido encontrar la posibilidad de reforma, no nos parece correcta (18), ya que si se lee atentamente el artículo 1.º de la L. P. M. N., que dice «los principios contenidos en la presente promulgación», se está dando un sentido meramente estético a la diferencia entre artículos de ley y principios de la ley, o disposiciones numeradas con números arábigos y disposiciones numeradas con romanos.

Conviene en este lugar remarcar que el artículo 10 de la L. S. establece una clara cronología de momentos para modificar una ley fundamental al expresar que: «además» del acuerdo de las Cortes se precisará «el referéndum de la nación». Es decir, que necesariamente habría hecho falta primero el acuerdo de las Cortes y después el referéndum de la nación. Esta precisión la hacemos porque al respecto se interpretó lo contrario, inventando un protagonismo inexistente en las leyes fundamentales consistente en que el rey podía tomar la iniciativa de la reforma y la posibilidad de elegir el orden de consulta a Cortes y nación (19). Pero esta interpretación no tenía otro fundamento más que la imaginación del autor, ya que ni el rey podía tomar la iniciativa de la reforma, ni podía permitir de las Cortes que acordaran la reforma y sólo posteriormente o por este orden automáticamente el jefe del Estado podría convocar un referéndum nacional. Las leyes fundamentales, en este punto, no dejan lugar a dudas; lejos de otorgar el papel de árbitro al jefe del Estado, le atribuyen meramente una función ejecutora del acuerdo de las Cortes, que deberá contener la reforma y la solicitud de consulta a la nación (art. 10 L. S.). Procedimiento éste utilizado para promulgar la Ley para la Reforma Política, octava ley fundamental (20), que supuso la modificación sustancial de las anteriores leyes fundamentales.

(18) Véase M. HERRERO DE MIÑÓN, *op. cit.*, págs. 94-96.

(19) En este sentido, M. HERRERO DE MIÑÓN, *op. cit.*, pág. 106. Esta apreciación ha sido desvirtuada por la Ley para la Reforma Política, que en su artículo 3.º, párrafo 3.º, dispone: «El Rey, antes de sancionar una Ley de Reforma Constitucional, deberá someter el proyecto a referéndum de la nación.» Este párrafo, además de verificar nuestra tesis de que el Rey no es libre para elegir el orden de consulta a Cortes y nación, deja establecido con claridad la naturaleza de *acto debido* que tiene la consulta a la nación.

(20) Para un estudio de la Ley para la Reforma Política, véase P. LUCAS VERDÚ: *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma Suárez*, Madrid, 1976, así como F. GONZÁLEZ NAVARRO: *La nueva Ley Fundamental para la reforma política*, Madrid, 1978.

C) *La posibilidad de un referéndum «praeter constitucional»*

La posibilidad que se ha apuntado de un referéndum «praeter constitucional» (21), es decir, de un referéndum al margen del establecido en la L. R. y en la L. S. (recogidos ambos por la L. O. E.), nos parece fuera de todo lugar. Ya que el jefe del Estado actúa dentro del marco de su competencia (por ejemplo, prórroga de la legislatura), es un plus innecesario. No puede argumentarse a favor de un referéndum «praeter constitucional» el que las leyes fundamentales no lo prohíban. Este argumento es débil, ya que su aplicación a todos los niveles haría posible la creación de una Constitución paralela a la existente. Las leyes fundamentales, por otra parte, han hecho un pronunciamiento positivo consistente en establecer cuándo y cómo puede utilizarse el referéndum sin necesidad de negar las infinitas posibilidades en que es concebible se pudiera utilizar. Pero en cualquiera de los casos, y teniendo en cuenta que la consulta tendría que hacerse por el jefe del Estado dentro del marco de su competencia, esto es, en contra de lo que se ha pretendido, no cambiaría el equilibrio de las fuerzas políticas.

3. EL REFERENDUM EN LA LEY PARA LA REFORMA POLITICA (L. R. P.)

A) *El referéndum para la reforma constitucional*

La Ley para la Reforma Política en los artículos 3.º, 3 y 5, se refiere respectivamente a dos modalidades de referéndum. Y teniendo en cuenta que la citada ley fundamental ha reformado a la vez que innovado el contenido de las anteriores, resulta imprescindible poner en relación los referendums de dicha ley con los de las leyes de Referéndum y Sucesión. Al respecto, cabe decir que el referéndum de proyecto de ley regulado por la Ley de Referéndum, al que prestamos atención más atrás, sigue en vigor con independencia

(21) Véase M. HERRERO DE MIÑÓN, *op. cit.*, pág. 107. AGUILAR DE LUQUE, *op. cit.*, página 274, comenta críticamente, aunque no en nuestros términos, la interpretación del siguiente modo: «El referéndum celebrado al margen del texto constitucional, y por encima de éste, es sin duda una posibilidad ajena al propio texto, en especial cuando el propio régimen no descansaba en unas bases propiamente constitucionales.» Los argumentos que traza HERRERO tenían plena validez en tanto en cuanto el régimen en vigor no era un régimen constitucional, sino principalmente carismático-plebiscitario, y, en cuanto tal, la consulta popular así celebrada sería, primordialmente, un plebiscito.

de los contemplados en la L. R. P. No puede, sin embargo, decirse lo mismo del referéndum a que se hace referencia en el artículo 3.º, 3, de la citada L. R. P., que dice así: «El rey, antes de sancionar una ley de Reforma Constitucional, deberá someter el proyecto a referéndum de la nación, ya que esta modalidad de referéndum venía a grandes rasgos contemplada por el artículo 10 de la Ley de Sucesión, en que después de enumerar las leyes fundamentales estableció en su párrafo segundo que «para derogarlas o modificarlas será necesario, además del acuerdo de las Cortes, el referéndum de la nación»; redacción que debe entenderse modificada por el referido artículo 3.º, 3, de la L. R. P. De una parte, los términos «derogación» y «modificación» de la L. S. son sustituidos por «Ley de Reforma Constitucional», que no tiene otro objeto que el de explicitar el propósito de abrir un proceso de reforma constitucional de gran alcance, sin explicitar claramente la posibilidad de abrir un proceso constituyente, pero sin cerrar esta posibilidad.

Con ello queremos significar que el cambio de terminología tiene escaso alcance jurídico; incluso es menos explícita que la redacción de la ley de Sucesión, que decía expresamente «derogación» de las leyes fundamentales, término más concluyente que el ambiguo de «Ley de Reforma Constitucional».

Por otra parte, y en relación al momento en que en el proceso de reforma tiene que tener lugar el referéndum, la L. R. P. ha explicitado que este proceso tendrá lugar después de la aprobación del proyecto por las Cortes con arreglo al procedimiento regulado en su artículo 3.º, 2, y antes de la sanción del jefe del Estado, lo que a nuestro entender, más que una reforma de la ley de Sucesión supone confirmar un procedimiento que sin grandes dificultades se deducía de la Ley de Referéndum. No obstante, puede afirmarse que quedaron igualmente indeterminados los demás elementos del régimen jurídico del referéndum, tal y como señalamos anteriormente. Por lo demás, la convocatoria del referéndum se instrumenta como un acto debido al jefe del Estado, siendo su celebración un requisito de eficacia de la reforma constitucional.

B) *El referéndum plebiscitario*

La novedad más importante de la Ley para la Reforma Política es la introducción del referéndum plebiscitario (art. 5) en poder del rey, instaurándose así una técnica de clara inspiración en el «principio monárquico». La instauración de este tipo de referéndum, que como vimos se pretendió podía deducirse del contexto de las leyes fundamentales anteriores a la que comentamos, es, en este sentido, un claro exponente de su inexistencia en el sistema anterior a la L. R. P. La modalidad que se instaura, por otra parte, desborda

las connotaciones específicas del plebiscito (22), pues además de poder someter el rey «directamente al pueblo una opción política de interés nacional», que no tenga naturaleza legislativa ni de rango constitucional, marco al que se circunscriben los plebiscitos, puede tener como contenido la reforma de la legislación o de la Constitución (leyes fundamentales). Surgiendo entonces la necesidad de conjugar sistemáticamente este tipo de referéndum con el del artículo 3.º, 3, que versa sobre la reforma constitucional. No es preciso advertir que la eventualidad de que entre en funcionamiento el referéndum plebiscitario es ya prácticamente inimaginable, dado que de una parte la elaboración de una Constitución (Reforma constitucional) se ha llevado a cabo por la vía del citado artículo 3.º, 3, de la L. R. P. y de otra parte el referéndum plebiscitario es inexistente en el Proyecto de Constitución.

No obstante, uno de los problemas teóricos de mayor interés que suscita este tipo de referéndum es el de su relación con el establecido en el artículo 3.º, 3, de la L. R. P. o referéndum ordinario para la reforma constitucional. ¿Se trata de dos técnicas compatibles? Es decir, ¿se puede afrontar la reforma constitucional por ambas vías? Y, en caso contrario, ¿qué significa someter a referéndum una opción política de carácter constitucional? ¿Cuál es su contenido? A nuestro entender, el referéndum plebiscitario no puede proponer textos de leyes o un texto de constitución o reforma de leyes fundamentales, sino que su contenido, como precisamente se dice en el citado artículo, es el de una «opción», como podía ser, por ejemplo, la consulta de si es conveniente modificar las leyes fundamentales, pero puede ir más allá, indicando una tendencia, por ejemplo, «la necesidad de elaborar una nueva Constitución democrática», o contenidos más explícitos. Por otra parte, la utilización de este tipo de referéndum sólo se comprende en el período de tiempo que va desde la promulgación de la Ley para la Reforma Política hasta la constitución de las Cortes, resultado de las elecciones del 15 de junio de 1977. Pero, no obstante, formalmente nada impide que este tipo de referéndum sea utilizado desde la fecha apuntada a la promulgación de la Constitución.

Esta modalidad tiene además regulados sus efectos, con la virtualidad de que el resultado del mismo se impone a todos los órganos del Estado, lo que significa que se superpone el resultado al que las Cortes pudieran disponer tanto en materias de leyes ordinarias como en relación con las leyes fundamentales. Hasta el punto de que si las Cortes no estuvieran dispuestas a adoptar las decisiones correspondientes con el contenido de las opciones re-

(22) Sobre la naturaleza plebiscitaria de este tipo de referéndum, véase P. LUCAS VERDÚ, *op. cit.*, págs. 77-79, y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*

frendadas, éstas quedarían disueltas, procediéndose a la convocatoria de nuevas elecciones.

Este sistema de comunicación directa del rey con el pueblo no nos parece admisible, remitiéndonos a lo dicho anteriormente a propósito del mismo. Quizá su justificación pueda encontrarse en los momentos políticos en que viene a promulgarse la Ley de Reforma Política, como un mecanismo que pudiera garantizar el tránsito a una etapa democrática. Pero una vez celebradas las elecciones del 15 de junio de 1977, estimamos que esta modalidad de referéndum no se encuentra justificada.

4. EL REFERENDUM EN EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCION

A) *La convocatoria del referéndum*

El referéndum en el anteproyecto de Constitución está contemplado en tres de sus artículos (23). El primero de ellos, art. 57, c), establece la competencia del rey para convocar a referéndum (24) en los casos previstos en la Constitución. Competencia que hay que entender como meramente formal, ya que todos los actos del jefe del Estado tienen que ser refrendados, para que tengan validez (art. 59 del Anteproyecto), por el presidente del Gobierno. Debiendo tenerse en cuenta que la tipología de supuestos en que es posible convocar el referéndum se concreta a los tres supuestos contemplados por la Constitución, siendo la convocatoria en todo caso un acto-debido del jefe del Estado. Resulta, por tanto, evidente que contrariamente a la configuración del referéndum en la Ley para la Reforma Política, el papel del rey se ha reducido, consecuentemente con el carácter general de la Constitución, a la función de representación de la soberanía.

El régimen jurídico de los distintos tipos de referendums de la Constitución será regulado por medio de una Ley Orgánica, tal y como se estipula

(23) La disposición transitoria 3.^a del anteproyecto de Constitución contempla pura y simplemente la posibilidad de un plebiscito para la incorporación de Navarra al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya. Esta connotación de plebiscito puro, su ubicación en las disposiciones transitorias, así como su peculiaridad, nos inclina a marginarlo de este comentario.

(24) La competencia del Rey ha sido calificada como una manifestación de su poder moderador y arbitral por L. SÁNCHEZ AGESTA: «Significado y poderes de la corona en el proyecto constitucional», en el libro colectivo *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

en el artículo 85, 5, razón por la que sólo vamos a prestar atención en las páginas que siguen a las grandes líneas que el anteproyecto de Constitución traza al respecto.

B) Los referéndums del artículo 85 del anteproyecto de Constitución: referéndum de proyectos de ley aprobados por las Cortes, referéndum plebiscitario y referéndum para la derogación de leyes en vigor

El artículo 85 del anteproyecto de Constitución contempla la técnica del referéndum en relación a tres supuestos diferentes, otorgándoles tres regímenes jurídicos igualmente diversos.

En cualquiera de los supuestos, tal y como indicamos más atrás, el referéndum es convocado por el rey (acto debido) a propuesta del Gobierno, elementos éstos de la convocatoria y la propuesta coincidentes en todos los casos; sin embargo, el carácter de la propuesta es diferente según la iniciativa proceda de las Cámaras, de tres comunidades autónomas o de 750.000 electores, en cuyo caso la propuesta del Gobierno es un acto debido. De modo que el Gobierno sólo puede entrar en la legalidad de la iniciativa, sin poder emitir juicio de valor alguno sobre la oportunidad u otras circunstancias de la misma.

Los supuestos en que puede convocarse referéndum, con arreglo al citado artículo 85, son tres: las leyes aprobadas por las Cortes y aún no sancionadas, tipo que se asemeja al referéndum contemplado por la ley de Referéndum, con la diferencia de que en el contemplado en esta última ley se somete a referéndum los proyectos de ley no aprobados, mientras que ahora el referéndum procede una vez ha sido aprobada la ley y antes de ser sancionada, debiendo entenderse que el período de tiempo desde la aprobación a la sanción es el período hábil para ejercer la iniciativa de referéndum que corresponde al Gobierno y a las Cámaras. Al respecto del régimen jurídico que referimos pueden anotarse algunas anomalías; en primer término no se determina un plazo para el ejercicio de la iniciativa, sino que ésta coincide con el período de tiempo que va desde la aprobación de una ley hasta su sanción, que puede ser como máximo de quince días, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 84 del anteproyecto. Por otra parte, la iniciativa corresponde a cualquiera de las Cámaras o al Gobierno. Realmente, se ha creado un poder difícilmente justificable en el Gobierno, que supone una clara interferencia en el proceso legislativo, en un doble sentido. Porque, de una parte, si el Gobierno responde a la mayoría de las Cámaras, debiera ejercer la iniciativa a través de su grupo parlamentario de cualquiera de las Cámaras,

y si por el contrario, el Gobierno es minoritario, no es aceptable que sólo la minoría del Gobierno —como minoría parlamentaria— pueda pedir el referéndum. Este tipo de referéndum, cuya iniciativa fuera exclusivamente de las Cámaras, tendría sentido como sistema de reforzamiento de las decisiones, pero, obviamente, puede convertirse en un instrumento de lucha entre las Cámaras (dado el sistema de elaboración de las leyes del artículo 83) escasamente deseable, que además excluye la posibilidad de que la iniciativa corresponda a las minorías parlamentarias en su totalidad, y no sólo al Gobierno, que no necesariamente tiene que ser una minoría.

El referéndum es posible también en relación a «decisiones políticas de especial trascendencia», que al igual que el anterior se propone por el Gobierno por iniciativa propia o de cualquiera de las Cámaras. Este supuesto tiene semejanzas con el que hemos calificado de referéndum plebiscitario de la Ley para la Reforma Política, sólo que la iniciativa pasa del rey al Gobierno y las Cámaras en un proceso que, como el propio sistema constitucional, ha pasado de estar inspirado en el principio monárquico en la etapa de transición que se inicia con la Ley de Reforma Política, a configurarse ahora y en este punto con arreglo al principio democrático —iniciativa de las Cámaras—, aminorado por la intervención del Gobierno.

Por último, y con arreglo al artículo 85, cabe el referéndum para la derogación de leyes en vigor. En este supuesto son competentes para tomar la iniciativa el Gobierno, cualquiera de las Cámaras, tres comunidades autónomas o los electores en número no menor de 750.000. La competencia para adoptar la iniciativa en este referéndum del Gobierno y las Cámaras, a nuestro entender, está escasamente justificada, dado que el Gobierno, si responde a la mayoría, puede derogar en las Cortes la ley sin necesidad de convocar referéndum, y en caso de no ser un Gobierno mayoritario, tal y como apuntamos anteriormente, no parece justificado que no se posibilite también la iniciativa a las minorías parlamentarias. Por lo que se refiere a la competencia de las Cámaras, con mayor razón parece injustificada la convocatoria de referéndum para la derogación de una ley en vigor que puede operarse por el procedimiento legislativo ordinario. En este supuesto sólo entendemos justificada la competencia para adoptar la iniciativa en las comunidades autónomas, en número de al menos tres, y en los electores, cuya cifra de 750.000 parece un tanto elevada, como mecanismo democrático en poder de las minorías.

Todos los supuestos contemplados en el artículo 85 se caracterizan porque la celebración del referéndum no es un requisito de validez, ya sea para la adopción de una decisión política, para la sanción de proyectos de ley aprobados por las Cortes o para derogar leyes en vigor, sino que el referéndum

significa la introducción de un elemento extraordinario, por causa de la libre iniciativa de quienes estén legitimados para solicitarlo, convirtiéndose entonces en un requisito de eficacia.

C) *El referéndum para la reforma constitucional*

El anteproyecto de Constitución ha insertado, entre los distintos tipos de referéndum, el que en su artículo 160, 6, se estipula como un trámite, requisito de eficacia para la reforma constitucional, inmediatamente posterior a la aprobación de la reforma por las Cortes. Modalidad que ya existía en la Ley de Sucesión y posteriormente en la Ley para la Reforma Política, sin que la redacción que se da ahora tampoco pueda estimarse satisfactoria. Al respecto no deja de sorprender que no se estipule la exigencia de *quorums* determinados para que sean válidos respectivamente la celebración y el resultado. Este tipo de referéndum está justificado escasamente, pues si resulta evidente que no significa la participación efectiva de los ciudadanos, por el contrario, viene a encarecer extraordinariamente el proceso de reforma. La técnica de la ratificación de la reforma instrumentada por medio de un referéndum tiene fundamentalmente el propósito de verificación de clientelas, más que de expresión del ejercicio de la titularidad de la soberanía por el pueblo, que sólo encontramos justificado como culminación de un proceso constituyente como expresión de participación simbólica y en última instancia como garantía límite. El referéndum, en este caso, al igual que en los anteriores, se convoca por el jefe del Estado (acto debido) refrendado por el presidente del Gobierno, siendo la ratificación un requisito de eficacia de la reforma que, en los supuestos contemplados en el artículo 160, aprueben las Cortes.