

**EL OJO CRÍTICO**



José  
Lois  
Estévez

## ¿Consenso constitucional?. Por José Lois Estévez

Visto superficialmente, todo contrato parece resultar de mutuo consentimiento. Pero ningún jurista ignora que no siempre es así. A veces, un contratante astuto, captando la voluntad del otro, lo induce a error, hasta causar lesión grave en su patrimonio; otras, fuerza su voluntad con ardidés o mediante violencia, más o menos oculta. El Derecho Privado ha estudiado con meticulosidad estos y otros vicios del consentimiento. El Derecho Público, mucho más reciente, no ha realizado análogos progresos. Se queda en la corteza de las cosas y prefiere mantener en secreto sus interioridades.

Hoy se nos habla con insistencia de la Constitución del consenso. Pero las preguntas inevitables son ¿sobre qué debería haberlo habido? y ¿en qué lo hubo? ¿Y en qué no? Vayamos contestando por su orden. ¿Cuál es la primera exigencia para hacer una Constitución? La respuesta es indudable: ¡Un poder constituyente! Porque “nadie da lo que no tiene”: Nemo dat quod non habet. ¿Pueden unas Cortes ordinarias emitir normas constitucionales sin una comisión especial? La respuesta tiene que ser negativa. Pues si se admite que lo puedan una vez, siempre lo podrían y ninguna constitución valdría más que cualquier otra ley. Si el principio rector de la actividad parlamentaria supone necesariamente que la última decisión prima sobre las precedentes, ¿por qué las constituciones han de ser excepciones a esta regla? ¿Por un principio de seguridad jurídica? Aquí se da una grave antinomia dialéctica: estabilidad contra actualización del Derecho. Es cuestión de Justicia decidir sobre la respectiva prevalencia.

*¿Cuál es la primera exigencia para hacer una Constitución? La respuesta es indudable: ¡Un poder constituyente!*

Más aún. Urge saber qué efectos debe concederse al referéndum constitucional. ¿Supone un ejercicio por el pueblo de su proclamada soberanía? Si respondemos sí, ninguna norma constitucional podría ser variada sin que otro referéndum aprobase el cambio. Pero responder ‘no’ es negar la soberanía popular y legitimar subversiones. Sigamos preguntando: ¿Es la CE hoy la misma que se ratificó en referéndum? No; sí ha sufrido modificaciones substanciales, sin quórum especial en las Cortes, ni haber sido oportunamente refrendadas. Veamos algunas de sus reformas.

La primera se produjo respecto a su art. 15, que decía: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares en tiempos de guerra”. El texto reproducido y sometido a referéndum fue el que, tras la correspondiente discusión, aprobó por mayoría el Congreso. ¿Dónde estuvo aquí el consenso? En nada. La palabra “todos”, que sustituía a “la persona”, justamente para evitar la desprotección de los *nascituros*, obtuvo 158 votos, contra 147 y 3 abstenciones. Pero los vencidos en el debate, lejos de aceptar su derrota, decían por boca de Peces Barba: “Si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permite una ley de aborto”. Y viceversa, “si hay una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide una ley de aborto”.

Otro cambio se produjo en el art. 122, que atribuía el nombramiento al Rey de veinte de sus miembros, doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, y los otros ocho a propuesta, por mitad, de Congreso y Senado, entre abogados y juristas de reconocida competencia y en ejercicio por más de 15 años. Sí suponemos que en este artículo había habido consenso y refrendo plebiscitario; no lo hubo, en cambio, cuando la LOPJ lo reformó en sus arts. 111 y 112, sin dar cumplimiento a los requisitos exigidos por la propia CE. Y estos casos no son únicos.