



**UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

TESIS DOCTORAL

**REFORMA CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN
EUROPEA**

GRANADA – 2008

Hugo César Araújo de Gusmão

**REFORMA CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN
EUROPEA**

GRANADA – 2008

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Hugo César Araújo de Gusmão
D.L.: GR.1784-2008
ISBN: 978-84-691-5654-4

REFORMA CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN EUROPEA

**Tesis doctoral para la obtención
del grado de Doctor, presentada
por el licenciado D. Hugo César
Araújo de Gusmão, bajo la
dirección del Profesor Dr.
Francisco Balaguer Callejón,
Catedrático de Derecho
Constitucional de la Universidad
de Granada y Catedrático Jean
Monnet de Derecho
Constitucional Europeo**

Granada, 2008

Vº Bº

El Director

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, quienes me inculcaron el amor por el saber, por todo el estímulo y dedicación.

Deseo rendir un especial homenaje de gratitud al Prof. Dr. Francisco Balaguer Callejón, por la honrosa y valerosa dirección, el incentivo en las horas de desánimo, por haberme orientado con incomparable rigor científico, por la dedicación y corrección de esta tesis y por la amistad que me brindó.

Quiero manifestar mi gratitud a la Universidade Estadual da Paraíba, sin cuyo apoyo institucional constante no hubiese sido posible culminar con éxito la presente investigación.

De igual manera, deseo agradecer al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, por la incondicional dedicación de sus profesores y funcionarios.

A Laura Criado Sánchez, por la revisión y corrección gramatical.

"He that will not apply new remedies must expect new evils, for time
is the greatest innovator."
(Francis Bacon)

ÍNDICE

Introducción	12
Capítulo I - Poder Constituyente: la dimensión histórico conceptual	18
1. El carácter moderno del fenómeno constituyente	18
2. El origen revolucionario del poder constituyente	34
2.1. La fundación de la República en América y el advenimiento fáctico del Poder Constituyente	38
2.2. El surgimiento de la categoría en el pensamiento de Sieyés en el contexto revolucionario francés	45
3. Los matices del Poder Constituyente en cuanto categoría a lo largo de los siglos XIX y XX	52
Capítulo II - Los presupuestos teóricos y la expresión dogmática de la reforma constitucional	66
1. Aspectos introductorios	66
2. Poder Constituyente: ¿Un concepto huido?	70
3. Supremacía de la Constitución y rigidez constitucional	80
3.1. La supremacía de la Constitución en la tradición americana	81
3.2. La supremacía de la Constitución en la tradición europea	85
3.3. Supremacía de la Constitución y Poder Constituyente	93
3.4. Rigidez constitucional	95
4. El agotamiento como punto culminante de la manifestación constituyente	105

Capítulo III - La división del Poder Constituyente entre originario y derivado como expresión de la tensión entre creación y reforma de la Constitución	116
1. Poder Constituyente Originario y Derivado: aspectos conceptuales, características y manifestaciones formales	121
1.1. Poder Constituyente Originario	121
1.1.1 Concepto y momento de aparecimiento	121
1.1.2. Manifestación formal	125
1.1.3 Carácter inicial y falta de limitación	128
1.1.4. Titularidad	136
1.2. Poder Constituyente Derivado	144
1.2.1. Aspectos conceptuales y naturaleza	144
1.2.2. Limitación jurídico-positiva	147
1.2.3. Condicionamiento formal	155
1.3. Mutaciones constitucionales	157
Capítulo IV - La dimensión constitucional de la integración europea y la crisis de los paradigmas constitucionales	172
1. Consideraciones iniciales	172
2. El proceso de integración europeo como contexto de crisis	182
2.1. Etapas del proceso de integración	182
2.2. La forja del fundamento normativo de la integración europea: la tríada efecto directo, supremacía y salvaguardia de derechos fundamentales.	191
3. La construcción jurisdiccional de los contralímites	204
3.1. Consideraciones preliminares	204
3.2. El desacuerdo alemán	211
3.2.1. Solange I	212
3.2.2. Solange II	218

3.2.3. Maastricht	224
3.2.4. Análisis	229
3.3. El Consejo Constitucional francés y la defensa de la soberanía nacional	251
3.3.1. La Decisión sobre el sufragio directo para el Parlamento Europeo en 1976: formulación jurisdiccional de límites al proceso de integración europea	252
3.3.2. Las decisiones Maastricht I y Maastricht II: cambio de postura	254
3.3.3. La Decisión N° 2004-505 DC sobre el Tratado Constitucional Europeo: reconocimiento de la autonomía y peculiaridad de la integración europea, primacía del Derecho Comunitario y aplicación del criterio de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional	261
3.3.4. Análisis	267
3.4. La Corte Constitucional Italiana y los contralímites a la primacía del Derecho Comunitario	281
3.4.1. Frontini	282
3.4.2. Granital	289
3.4.3. Fragd, el caso del Referéndum sobre pesticidas y la Sentencia N.° 384/94	295
3.4.4. Análisis	301
3.5. La contribución española	315
3.5.1. Aspectos introductorios	315
3.5.2. La Sentencia N.° 28/1991 y la Declaración 1/1991	320
I. La Sentencia N.° 28/1991	320

II.La Declaración 1/1992	325
i. Los Dictámenes del Consejo de Estado	325
ii. El posicionamiento del Tribunal Constitucional	332
3.5.3. La Declaración 1/2004	336
I. El Dictamen del Consejo de Estado	337
II. La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004	341
3.5.4. Análisis	351
Capítulo V - Formulación de algunos problemas de carácter constitucional ante el proceso de integración europeo	374
1.Acerca de la existencia de una Constitución europea	377
1.1.Planteamientos contrarios a la existencia de una Constitución Europea	380
1.2.Posición favorable a la existencia de una Constitución europea	384
1.3.El problema de la legitimidad y la cuestión de la necesidad de una Constitución para Europa	391
1.3.1. El debate Grimm/Habermas	391
1.3.2. El miedo a la Constitución	399
1.3.3. Derecho Constitucional Común y Constitución en una Comunidad Constitucional en desarrollo	409
2. ¿Existe un Poder Constituyente europeo?	417
3. Poder Constituyente Derivado Comunitario	437
Conclusiones	450
Bibliografía	462

INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigmas en cualquier ámbito del conocimiento científico suscita incomodidad ante las incertidumbres generadas por la imprecisión de la capacidad descriptiva de conceptos y categorías que antes eran conocidas. Obviamente, como las personas y las sociedades, las ideas también se transforman y el Derecho no es ajeno a estos cambios. Entre los fenómenos que suscitan relevantes cuestiones destaca el de la integración europea. Las consecuencias de este proceso de integración se revelan particularmente intrigantes en el ámbito del Derecho constitucional, llegando, en definitiva, al punto de exigir la ponderación cuidadosa de la amplitud teórica de las categorías que le son intrínsecas, así como su reconsideración, cuando lo exija su insuficiencia explicativa.

Ante la intensidad del proceso de integración y de un asumido carácter político cada vez más complejo, nos deparamos con una situación que nos exige pensar muchos de los problemas tradicionales de la Teoría de la Constitución desde una nueva perspectiva. Una perspectiva que incluya el proceso de integración y que ose elaborar ciertas preguntas hasta hace poco tiempo inusitadas. La duda en la realización de esta tarea ya hace que algunos capítulos de esta Teoría padezcan un singular anacronismo. Esta realidad se agudiza no sólo por la influencia que fenómenos comunitarios puedan causar sobre la dimensión normativa del Derecho constitucional, sino porque es posible percibir una crisis conceptual en el ámbito jurídico ante el desarrollo de un constitucionalismo europeo, libre del aislamiento estatal —que lo marcó en los primeros momentos de su historia— y plenamente autónomo, aunque profundamente relacionado con las realidades constitucionales nacionales. En otras palabras, se trata de vislumbrar el desarrollo de fenómenos, en el ámbito europeo, que buscan activamente el auxilio teórico de categorías desarrolladas en consonancia con la realidad estatal. De ahí que una apertura cognoscitiva deba, si no logra la precedencia, seguir de cerca y proporcionar una dimensión explicativa a muchas de las aperturas normativas que ya impregnan la relación entre el Derecho comunitario y las Constituciones nacionales.

La Constitución nacional se enfrenta, de esta forma, a fenómenos de naturaleza constitucional derivados del proceso de integración europea, dotados de capacidad para provocar un profundo cambio en las condiciones objetivas de la realidad, y tienen que someterse al cuestionamiento de hasta qué punto puede permanecer impasible ante estos cambios, en qué medida tales modificaciones la afectan y, en su caso, como debe modificarse para absorber de una forma más adecuada, tanto en la teoría como en la práctica, los impactos que estos cambios provocan. Estas preguntas, obviamente, convergen para un capítulo específico del Derecho constitucional, que es el de la reforma de la Constitución.

Es este ámbito de la Teoría de la Constitución, precisamente en lo que concierne a su relación con el fenómeno de la integración europea, que se constituye el objeto de este trabajo. Aquello que motivó esta investigación fue, por tanto, la sospecha de que existía un marco de insuficiencia teórica en el ámbito del Derecho constitucional para posibilitar la comprensión de fenómenos políticos derivados del proceso de integración europea. Precisamente, nos sorprendía la delicada posición de una categoría tan fundamental para cualquier constitucionalista, como es la de la reforma constitucional. En este sentido, al mismo tiempo en que, en el ámbito del proceso de integración, surgían hechos que denunciaban la apropiación de la terminología usada por el Derecho constitucional, que genera un conocimiento que disponía de elementos tan caracterizadores de esta rama dogmática como el término “Constitución” o principios como el de supremacía normativa, no había, por parte de categorías afectas al Derecho constitucional, amplitud teórica o suficiente flexibilidad para abarcar estos nuevos fenómenos sin provocar una revolución en los fundamentos del conocimiento jurídico-constitucional. ¿Sería posible, a fin de cuentas, referirse a un Poder Constituyente europeo manteniendo incólumes los fundamentos teóricos del Derecho constitucional? Por otro lado, si no nos encontramos ante el surgimiento de un fenómeno constituyente originario, ¿cuál es la naturaleza del marco normativo que, derivando de la esfera comunitaria, afecta y modifica la Constitución nacional?

El objetivo general de este trabajo es el de efectuar un análisis de las consecuencias de la integración europea sobre la dimensión de la reforma constitucional. Para alcanzarlo partimos de la siguiente pregunta que introduce el problema: ¿es posible deducir una reestructuración teórica del poder de reforma constitucional a la luz del avance de este proceso de integración europea y de la interacción de este proceso con la Constitución nacional? A partir de esta pregunta, fue posible elaborar una hipótesis de trabajo: el proceso de integración europea ejerce presión sobre la dimensión de la reforma constitucional y suscita la aparición de una categoría que sirve a la finalidad de dar significado a modificaciones en las Constituciones nacionales emanadas de la dimensión normativa comunitaria, que asume un perfil de auténtico Poder Constituyente derivado comunitario.

Partiendo de la idea de que el fenómeno de la reforma constitucional se insiere en el ámbito genérico abarcado por la Teoría del Poder Constituyente, cabe efectuar, por tanto, en primer lugar, un amplio estudio que eche luz sobre dos dimensiones del fenómeno constituyente: la primera, de carácter histórico-conceptual, nos permitirá delimitar el origen y la evolución del Poder Constituyente; la segunda, de carácter dogmático, posibilitará su comprensión, como categoría fundamental del Derecho constitucional. Buscaremos, de esta forma, averiguar como, histórica y teóricamente, se construyó la idea del Poder Constituyente, para intentar alcanzar respuestas que aclaren cómo se entendió desde entonces, qué elementos constituyen sus presupuestos y cuáles son las consecuencias inmediatas de sus postulados.

Al mismo tiempo, buscaremos, partiendo de esta amplia teoría, elementos que posibiliten construir un camino que nos lleve a delimitar la reforma constitucional, como categoría del Derecho constitucional, para, finalmente, diferenciarla como fenómeno sujeto a una dinámica propia que, aunque relacionada, no se identifica con la que da lugar a la Constitución. A esta finalidad dedicaremos los tres primeros capítulos de este trabajo.

A lo largo de esta trayectoria, en un primer momento, se hará uso de la paradigmática contribución de Hannah Arendt y de Maurizio Fioravanti para elaborar un punto de partida histórico-conceptual de nuestro análisis. También

se canalizará para este trabajo, en esta construcción histórica, el vigor teórico del clásico pensamiento de Jean Bodin, Thomas Hobbes, Emer Vattel, Emmanuel J. Sieyès y Hans Kelsen. En la segunda y tercera etapas de este trabajo, al establecer una trayectoria teórica que pueda conducir a la delimitación conceptual del poder de reforma constitucional, cabe destacar, sin descuidar la paradigmática contribución de otros tantos autores clásicos como James Bryce, Georg Jellinek, Hsü Dau Lin, Constantino Mortati, Konrad Hesse, Martin Kriele y Peter Häberle, el amparo que ofrecerá el pensamiento del Prof. Francisco Balaguer Callejón, y la contribución, entre otros, de Pedro de Vega, Carlos de Cabo Martín, Blanco Valdés, J. J. Gomes Canotilho, Friedrich Müller, Gianluigi Palombela, Ignacio de Otto, Alessandro Pace.

En el cuarto capítulo, se llevará a cabo un análisis del proceso de integración europea, entendido como contexto de crisis para el Derecho constitucional. En primero lugar, se efectuará un análisis genérico de la estructura histórica que genera las condiciones para que surjan procesos de aproximación entre los Estados nacionales y el desarrollo del Estado constitucional cooperativo como respuesta a estos procesos en el ámbito de las democracias occidentales. Enseguida, se tratará, específicamente, del fenómeno de la integración europea a lo largo de sus diversas etapas. Este análisis se complementará con un abordaje de la construcción de los fundamentos de la dimensión normativa comunitaria, utilizando una perspectiva dialéctica que abarque no sólo la contribución de la paradigmática jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo — con la forja de principios orientadores del ordenamiento comunitario, tales como el principio de primacía, el efecto directo de las normas comunitarias, la salvaguarda de los derechos fundamentales y el respeto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros — sino también las principales decisiones de los tribunales constitucionales nacionales en lo que atañe a la relación entre el ordenamiento comunitario y la Constitución nacional. La elaboración de esta última etapa nos llevará a trabajar — con una perspectiva ejemplarizadora y no exhaustiva — con las principales decisiones relativas a este tema emitidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Consejo Constitucional francés, la Corte

Constitucional italiana y, por último, la contribución del Tribunal Constitucional español.

Finalmente, en el último capítulo, se abordarán tres cuestiones que, en conjunto, evidencian un contexto de crisis para la Teoría de la Constitución. En primer lugar, se tratará el tema de la existencia o no de una Constitución europea, con la exposición de argumentos contrarios y favorables, seguidos de la problemática en torno de la cuestión de la legitimidad y de la necesidad de una Constitución para Europa. A continuación, se analizará si es posible defender la existencia de un Poder Constituyente originario europeo. Esta cuestión culminará en la problemática del fenómeno de la reforma ante el proceso de integración europea a la luz del surgimiento de un supuesto Poder Constituyente derivado comunitario como categoría que constituye una consecuencia lógica de esta problemática y una solución para algunos de los más agudos problemas que padece la Teoría de la Constitución ante la profundización del proceso de integración europea.

En esta etapa del trabajo, será imprescindible la fundamental contribución del pensamiento del Prof. Peter Häberle, quien tiene una original concepción de la delimitación de la naturaleza del constitucionalismo europeo. De la misma forma, cabe destacar el indispensable amparo teórico ofrecido por la aguda perspectiva crítica que se desprende de los trabajos del Prof. Francisco Balaguer Callejón, que da un original enfoque a los sistemas de fuentes frente al proceso de integración europea, la precisa crítica desarrollada a partir de la idea del “miedo a la Constitución”, que impregna posiciones favorables y contrarias a la existencia de una Constitución europea, y la osada noción de fragmentación del Poder Constituyente. Al mismo tiempo, cabe destacar la contribución de Dieter Grimm y Jürgen Habermas para perfeccionar la discusión en torno a la necesidad de una Constitución europea, de la ineludible necesidad de construir una esfera pública europea como presupuesto de esta Constitución y del carácter performativo que ésta proporcionaría para el avance constitucional del proceso de integración. Finalmente, cabe apuntar el sólido fundamento ofrecido por los trabajos de Joseph Weiller, Neil MacCormick, Ingolf Pernice, Francis Snyder, Eric Stein, Neil Walker, Christian Hillgruber, Tania Groppi, Alejandro Saiz Arnaiz, Pedro

Cruz Villalón, Santiago Muñoz Machado, Pablo Pérez Tremps, Antonio López Castillo, Araceli Mangas Martín, entre otros.

La dimensión de los aspectos que constituyen el objeto de este trabajo es verdaderamente oceánica, y su elaboración no puede estar sujeta a una comparación más adecuada que la de cruzar un océano revuelto. Cabe, según la expresión de Häberle, subirse a hombros de gigantes para intentar vislumbrar en el horizonte la tierra firme para la argumentación aquí desarrollada, sin descuidar que lo que anima el conocimiento científico no es la pasividad de conceptos inertes, y que su postulado más esencial es el de que no hay cuestionamientos pueriles. Esperamos, de esta forma que, al final de este trabajo hayamos contribuido, aunque sea levemente, al perfeccionamiento de los cuestionamientos en el ámbito del tema aquí tratado.

CAPÍTULO I

PODER CONSTITUYENTE: LA DIMENSIÓN HISTÓRICO- CONCEPTUAL

1. El carácter moderno del fenómeno constituyente

El Poder Constituyente, siguiendo el ejemplo de tantos otros fenómenos imperceptiblemente asimilados a la vida cotidiana de las sociedades humanas actuales, tiene su origen y está profunda y específicamente arraigado en el contexto de la modernidad¹. Mientras la capacidad de erigir cuerpos políticos es un atributo humano desde hace miles de años, sólo muy recientemente se puede afirmar que el fenómeno constituyente ha entrado en el escenario político de las sociedades. La singularidad aquí afirmada encuentra amparo en el hecho de que los tres elementos que justifican el surgimiento de un poder constituyente toman forma exactamente en la era moderna.

1. El primero de ellos, el Estado, en cuanto paradigma de organización del cuerpo político, precede a los demás. Su relevancia es determinante, pues establece, más allá de una ruptura con el modelo de organización político-social anterior, un nuevo armazón conceptual que pasa a ganar espacio en el

¹ La modernidad puede entenderse como un contexto que "... se refiere, ante todo, a los tremendos cambios que se produjeron en múltiples niveles desde mediados del siglo XVI en adelante. Cambios señalados por las transformaciones que desarraigaron a los campesinos y los convirtieron en trabajadores industriales y urbanos móviles. La modernidad cuestiona todas las formas convencionales de hacer las cosas, estableciendo sus propias autoridades basadas en la ciencia, el desarrollo económico, la democracia o las leyes. La modernidad se puede considerar la emergencia de una civilización nueva, que nace en Europa, pero que sus caracteres son universales e imitables en cualquier lugar del mundo." (UÑA JUÁREZ, Octavio. *Modernidad*. In: HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, A.; UÑA JUÁREZ, O. *Diccionario de Sociología*. Madrid: Esic, 2004, p. 923). Karl-Heinz Hillman la define como un concepto "... usado en varias disciplinas que, como categoría sociológica, designa la singularidad, en el ámbito de la historia universal, de los círculos culturales occidentales modernos, en esencia determinada por la aparición y el desarrollo acumulativo de la capacidad humana de pensar y actuar racionalmente." (HILLMAN, Karl-Heinz. *Diccionario Enciclopédico de Sociología*. Barcelona: Herder, 2001, p. 593). Por otro lado, Anthony Giddens afirma: "(...) modernity refers to models of social life or organization which emerged in Europe from about the seventeenth century onwards and which subsequently became more or less worldwide in their influence." (GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990).

mundo del pensamiento, reproduciendo la “reflexividad” que Giddens considera característica indisociable de la modernidad². Maquiavelo es el primero en atribuir un nombre al nuevo fenómeno,³ al afirmar en las primeras líneas de *El Príncipe*: “Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres han sido y son, o repúblicas o principados.”⁴

En efecto, anteriores experiencias políticas, aunque bien desarrolladas no se identifican con los caracteres presentados por el Estado-nación. La “República” romana o la “Polis” griega respondían a aspectos contingentes que las caracterizaban como formas de organización político-institucional totalmente distintas de las desarrolladas en la modernidad.⁵ Uno de estos aspectos que particularizan la experiencia política clásica, en contraste con la moderna, es su específica configuración de las esferas pública y privada.

En el mundo clásico, la dicotomía público / privado presenta rasgos que sólo muy remotamente se asemejan a lo que Occidente ha experimentado en los últimos cinco siglos, aunque muchas de las estructuras políticas de las sociedades modernas sean reflejo de la civilización greco-romana en la búsqueda de los modelos de gran parte de sus estructuras político-jurídicas. La esfera pública, en aquella época, era el espacio de la apariencia. El ámbito donde la luz de lo “público” alumbraba la existencia humana a través de una realidad que podía ser vista y oída por todos. Se trataba del lugar donde —una

² “The reflexivity of modern social life consists in the fact that social practices are constantly examined and reformed in the light of incoming information about those very practices, thus constitutively altering their character.” (GIDDENS, A. Op. cit., 1990, p. 38).

³ Enfatizando el carácter pionero del escritor florentino, Bobbio destaca: “Il problema del nome ‘Stato’ non sarebbe così importante se l’introduzione del nuovo termine alle soglie dell’età moderna non fosse stata occasione per sostenere che esso non corrispose soltanto a un’esigenza di chiarezza lessicale ma andò incontro alla necessità di trovare un nome nuovo per una realtà nuova: la realtà dello Stato appunto moderno da considerarsi come una forma di ordinamento tanto diverso dagli ordinamenti che lo avevano preceduto da non poter essere più chiamato con gli antichi nomi.”(BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società: Frammenti di un dizionario politico*. Torino: Einaudi, 1995, p. 57).

⁴ MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Madrid: Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, 1955, p. 201.

⁵ Al tratar de los argumentos acerca de esta discontinuidad entre el modelo político clásico y medieval y el moderno, Bobbio señala: “Il maggiore argomento è il processo inesorabile di concentrazione del potere di comando su un determinato territorio anche molto vasto, che avviene attraverso la monopolizzazione di alcuni servizi essenziali per il mantenimento dell’ordine interno ed esterno, quali la produzione del diritto attraverso la legge, che è emanazione, a differenza della consuetudine, della volontà del sovrano, e l’apparato coattivo necessario all’applicazione del diritto contro i renitenti, nonché attraverso il riordinamento dell’imposizione e dell’esazione fiscale, necessario all’effettivo esercizio degli accresciuti poteri.” (*Ibidem*, p. 58, 59).

vez superadas las vicisitudes que la existencia humana, no necesariamente distinta de la de otros animales en lo que concierne al metabolismo, impone al hombre a lo largo de su vida⁶— se ejercía la acción y el discurso, en un ambiente donde presidía la igualdad a fin de fomentar el destaque⁷; en donde, al fin y al cabo, la ciudadanía adquiría contornos precisos.⁸ En la esfera pública, al contrario de la esfera privada — donde todo se admitía para someter a la necesidad — la violencia no encontraba espacio, y se sustituía por la persuasión.

Sin embargo, esta sobresaliente distinción no eliminaba la indiscutible y necesaria relación entre lo público y lo privado. A pesar de ser innegablemente diferentes y, hasta cierto punto, recíprocamente excluyentes en sus características, ambas esferas eran inevitablemente complementarias, en el sentido de que albergaban manifestaciones de las que dependía la plenitud del orden establecido. En este contexto, la esfera privada precedía a la esfera pública justamente por poner las bases sobre las que el espacio público podía expandirse. Dicha expansión estaba precedida de la adquisición de la

⁶ La actividad que se desarrolla en la esfera privada para revertir esta situación de sumisión a las necesidades metabólicas es la labor, así definida por Hannah Arendt: “Labor es la actividad correspondiente al proceso biológico del cuerpo humano, cuyo espontáneo crecimiento, metabolismo y decadencia final están ligados a las necesidades vitales producidas y alimentadas por la labor en el proceso de la vida.” (ARENDR, Hannah. *La Condición Humana*. Barcelona: Piados, 1993, p. 21).

⁷ “La polis se diferenciaba de la familia en que aquella sólo conocía ‘iguales’, mientras que la segunda era el centro de la más estricta desigualdad. Ser libre significaba no estar sometido a la necesidad de la vida ni bajo el mando de alguien y no mandar sobre nadie, es decir, ni gobernar ni ser gobernado. Así, pues, dentro de la esfera doméstica, la libertad no existía, ya que al cabeza de familia sólo se le consideraba libre en cuanto que tenía la facultad de abandonar el hogar y entrar en la esfera política, donde todos eran iguales. (...) Por lo tanto, la igualdad, lejos de estar relacionada con la justicia, como en los tiempos modernos, era la propia esencia de la libertad: ser libre era serlo de la desigualdad presente en la gobernación y moverse en una esfera en la que no existían gobernantes ni gobernados.” (*Ibidem*, p. 44, 45).

⁸ Este contexto se ve reflejado en la forma como se entendía la libertad entre los antiguos, como destaca Benjamin Constant: “(...) Compáren ahora esta libertad con la de los antiguos. Aquella consistía en ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias, en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerles comparecer ante todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles; pero a la vez que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían como compatible con esta libertad colectiva la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto. (...) En la Antigüedad, la parte que cada cual tenía en la soberanía nacional, no era, como en nuestros días, un supuesto abstracto. La voluntad de cada uno tenía una influencia real; el ejercicio de esta voluntad era un placer vivo y repetido. Por lo tanto, los antiguos estaban dispuestos a hacer muchos sacrificios para conservar sus derechos políticos y su participación en la administración del Estado. Cada cual, sintiéndose orgulloso del valor de su sufragio, encontraba sobrada compensación en la conciencia de su importancia personal.” (CONSTANT, Benjamín. *Escritos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 260, 268).

propiedad —que era un presupuesto para el ejercicio de la ciudadanía en la Polis⁹—, y por la autosuficiencia del lar doméstico¹⁰, lo que liberaba al hombre del imperio de la necesidad para el ejercicio de la ciudadanía entre sus semejantes.

Esta dicotomía, que atraviesa una etapa en la que las evidentes distinciones entre lo público y el privado se desvanecen en el ámbito de la casa medieval no se reproduce de la misma forma en la modernidad. Y ello porque la Era Moderna está marcada por la ascensión político-social de la clase burguesa, y aquello que el burgués reclama, evidentemente, discrepa de aquello que sirvió como hilo de Ariadna para el ejercicio de la ciudadanía en el mundo clásico. La burguesía reivindica un espacio para actuar en las instancias políticas, pero con la finalidad de limitar el poder político. Tras acumular suficiente poder económico, es posible reestructurar la dimensión del cuerpo político a imagen y semejanza de los anhelos burgueses. El resultado de este proceso es un orden político delimitado por el Derecho, ahora laico, en el ámbito público, e incapaz de interferir en la esfera del intercambio patrimonial y del trabajo social, justamente por la dimensión genéricamente limitadora establecida por el orden jurídico.¹¹ En este contexto, al contrario del paradigma

⁹ “En sus orígenes, la propiedad significaba ni más ni menos el tener un sitio de uno en alguna parte concreta del mundo y por lo tanto pertenecer al cuerpo político, es decir, ser el cabeza de una de las familias que juntas formaban la esfera pública. Este sitio del mundo privadamente poseído era tan exactamente idéntico al de la familia que lo poseía, que la expulsión de un ciudadano no sólo podía significar la confiscación de su hacienda sino también la destrucción real del propio edificio. (...) En los primeros tiempos, si por azar perdía su puesto, perdía automáticamente su ciudadanía y la protección de la ley.” (ARENDDT, H. Op. cit., 1993, p. 70).

¹⁰ Para ejemplificar este carácter instrumental que tenía la riqueza para el ejercicio de la ciudadanía y la relevancia del hogar como sitio donde había que derrotar la necesidad, la lección de Weber sobre la naturaleza del Oikos es conveniente: “Un oikos no es, en sentido técnico, toda ‘gran’ comunidad doméstica o toda la que obtiene por sí misma productos industriales y agrícolas, sino la gran hacienda doméstica, autoritariamente dirigida, de un príncipe, señor territorial, patricio, cuyo motivo último no reside en la adquisición capitalista de dinero, sino en la cobertura natural y organizada de las necesidades del señor. Para ello puede servirse de todos los medios en amplísima medida, sin descuidar el cambio con el exterior. Lo decisivo es que para él el principio informador es el ‘aprovechamiento del patrimonio’ y no la ‘valorización del capital’.” (WEBER, Max. *Economía y Sociedad* vol. I. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 311).

¹¹ En este sentido, al analizar el tema de la relación entre Estado y sociedad en las principales tradiciones político-jurídicas modernas, Rafael de Agapito Serrano señala: “A pesar de las distintas formas que adopta este proceso en los distintos países, el hecho es que, si no el grupo por sí mismo, al menos los criterios de la burguesía se imponen en todos ellos como transformadores y organizadores de las relaciones sociales a través de una nueva relación entre Estado y sociedad. La capacidad política del público para imponerlos se basa por una parte en su autocomprensión como representante de la totalidad de la sociedad, y por la otra en una capacidad social que le confiere el poder político necesario para imponerse. (...) La

clásico, la esfera pública se atrofia inevitablemente ante la ascensión de lo que Hannah Arendt llama la esfera de lo social¹², con el resultado de que, ahora, actividades que antes estaban restringidas al lar doméstico se trasponen al ámbito del público, que pasa a identificarse casi exclusivamente con la dimensión estatal.¹³

Cabe destacar, no obstante, que las rupturas revolucionarias, de las que trataremos *a posteriori*, no crean el Estado moderno propiamente dicho. El proceso de su formación atraviesa varios siglos, acompañando la profunda crisis sobre el fundamento de la autoridad política que caracteriza la transición de la Edad Media a la Modernidad. Esta crisis de autoridad se refleja en el debate acerca de la soberanía, segundo elemento que califica al fenómeno constituyente como propio de la modernidad, y ahora, tema de muy relevante significado, ya que expresa la erosión de una concepción y estructura de la política a través de siglos.

2. No se cuestiona que tras la caída del Imperio Romano, el poder político pasó por un proceso de fragmentación y perdió su unidad en favor de una pluralidad de núcleos político-normativos, que marcaron toda la Edad Media.¹⁴ Esta variedad político-normativa resultó de la coexistencia, aunque

confrontación entre su poder social y el poder residual del Antiguo Régimen, en el que se mantienen indiferenciadas la posición social y la política en una relación cada vez menos realista, hace posible que la burguesía dirija su actividad hacia las instituciones jurídicas y políticas, haciéndolas suyas y transformando sus funciones.” (AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1989, p. 71).

¹² “Lo que llamábamos antes el auge de lo social coincidió históricamente con la transformación del interés privado por la propiedad privada en un interés público. La sociedad, cuando entró por vez primera en la esfera pública, adoptó el disfraz de una organización de propietarios que, en lugar de exigir el acceso a la esfera pública debido a su riqueza, pidió protección para acumular más riqueza. (...) Cuando esta riqueza común, resultado de actividades anteriormente desterradas a lo privado familiar consiguió apoderarse de la esfera pública, las posesiones privadas (...) comenzaron a socavar la durabilidad del mundo. (...) Por lo tanto, la riqueza común nunca puede llegar a ser común en el sentido que hablamos de un mundo común; quedó, o más bien se procuró que quedara, estrictamente privada. Sólo será común el gobierno nombrado para proteger entre sí a los poseedores privados en su competitiva lucha por aumentar la riqueza.” (ARENDRT, H. Op. cit., 1993, p. 73, 74).

¹³ De una forma sucinta aunque precisa, Benjamin Constant expresa este contexto moderno al exponer la diferencia entre antiguos y modernos respecto a la idea de libertad, afirmando: “(...) El objetivo de los antiguos era el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria; a eso era lo que llamaban libertad. El objetivo de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes.” (CONSTANT, B. Op. cit., 1989, p. 268, 269).

¹⁴ “Con aquel edificio [edificio político romano] no solo cae la concreta fórmula imperial romana, sino que sucede mucho más: desaparece, desde una consideración más amplia, y por mucho tiempo, la misma posibilidad de ordenar en sentido global, a partir de un centro, de

relacionada, autónoma y sin una preferencia o prioridad estable del poder de la Iglesia, de los señores feudales, de los reyes, del emperador y de las autoridades municipales. A pesar de esta pluralidad, y considerando que el escenario político medieval es contrario a generalizaciones de carácter político o jurídico, es cierto que la Iglesia Católica pasó a representar, ante la falta de un orden secular, una alternativa para mantener una relativa unidad. Más que ello, el foso entre el mundo y el reino de los cielos se volvió el sustituto de la dicotomía público / privado, que tan indeleblemente había marcado el mundo clásico. El fundamento de un poder político que podía trascender las fronteras territoriales, en las manos del Emperador o del Sumo Pontífice, tenía un origen indiscutible, ya que estaba vinculado al carácter divino, puesto que el Papa, como sucesor de Pedro, recibía dicho poder del propio Creador. Las tensiones en torno a la posesión del poder político entre el Papa, el Emperador y el Rey, pasaron a proporcionar consideraciones teóricas firmemente amparadas en el Derecho Romano que desplazaron el predominio papal sin quebrar el vínculo con la naturaleza divina¹⁵. La Baja Edad Media es el escenario germinal de la soberanía en cuanto elemento que, anunciando el fin del pluralismo caracterizador del Medioevo, marcará indisolublemente el universo político moderno. Es en este contexto en el que surge el orden político que Fioravanti denomina Estado Jurisdiccional¹⁶.

cualquier centro, el conjunto de relaciones civiles, económicas y políticas.” (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 36).

¹⁵ “El período bajo medieval contempla la irrupción de un iuscentrismo político que, apoyado firmemente en la base del Derecho romano, desplaza en parte el cristocentrismo anterior. Es un nuevo modelo de persona mixta más jurídico, más real en cuanto había perdido parte de su carga teológica. Su primera manifestación se halla en las Constituciones Sicilianas o Liber Augustalis del emperador y rey de Sicilia Federico II.” (GARCÍA MARÍN, José María. La Doctrina de la Soberanía del Monarca. In: PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998, p. 29).

¹⁶ Comprendiendo que la historia del Estado europeo se divide en tres fases, Fioravanti señala una primera forma que denomina Estado Jurisdiccional, donde ya se puede divisar las siguientes características: un territorio unitario, aunque compartiendo una significativa parcela de autonomía con entidades como las comunidades rurales, las ciudades, las corporaciones, etc.; un Derecho común pero no único, que todavía comparte espacio con los ordenes jurídicos de las partes de la totalidad; un Gobierno que actúa a través de la jurisdicción y no a través de la Administración. (FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y Derecho*. Madrid: Trotta, 2004, p. 17, 18). Esta opinión es compartida por José María García Marín, que remarca esta característica medieval que empieza a dar espacio a otra configuración del poder real: “(...) el rey medieval era fundamentalmente un rey justiciero, un juez, aunque a partir del siglo XIII esa potestad que implicaba la suprema *iurisdictio* abarcase también la capacidad legislativa. Es innecesario, pues, insistir en que localizar la fuente originaria de la jurisdicción equivalía a hacerlo también del Derecho y del poder político. En suma, se trataba de identificar la sede primera de la soberanía.” (GARCÍA MARÍN, José María. Op. cit., 1998, p. 27).

Acompañando el desarrollo de este Estado Jurisdiccional, y a pesar de la pluralidad medieval que todavía caracterizaba la realidad, la discusión relativa a la soberanía evolucionó hacia la cuestión de la verdadera legitimación del poder real, impulsada por la disociación entre religión y política proporcionada por la Reforma Protestante¹⁷. Además, el debate no es monolítico, como tampoco lo son los mismos acontecimientos en los distintos contextos políticos existentes en el continente europeo. El tema aumenta en complejidad y se modifica cualitativamente, con las intervenciones de Bodin y Hobbes, verdaderas líneas divisorias entre el pensamiento político medieval y el moderno.

Jean Bodin, en el clásico *Los seis libros de la República* (1576), desarrolla profundas consideraciones sobre la naturaleza de la soberanía. El punto de partida de su argumentación es la distinción entre república y administración familiar.¹⁸ El fundamento de esta distinción se halla en un elemento calificador de la esfera pública, en cuanto esfera de lo que es común a la colectividad: la soberanía.

Dos características asoman, de inmediato, íntimamente relacionadas, en su conceptualización. La primera, pertinente a la perpetuidad de la soberanía. La segunda, por otro lado, concerniente al carácter absoluto de la misma.¹⁹ En

¹⁷ “Por lo que se refiere a la doctrina política, desde mediados del siglo XV y aunque subsistan no pocos residuos medievales reacios a desaparecer, la idea de poder se concretiza en lo material, se seculariza como también se seculariza el Derecho. La anterior unidad, aunque sólo fuera como idea aglutinante, se rompe para dejar paso a unos estados nacionales que entienden el poder como instrumento para el logro de unos fines concretos y particulares, con frecuencia opuestos entre sí. Fines, en suma, que en muchos casos sólo son factibles por la vía de la confrontación.” (GARCÍA MARÍN, J.M. Op. cit., 1998, p. 41).

¹⁸ Define la primera como “(...) un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano” Por otro lado, argumenta que la administración doméstica “(...) es el recto gobierno de varias personas y de lo que les es propio, bajo la obediencia de un cabeza de familia” (BODIN, Jean. *Los seis Libros de la República*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 9, 15, 16).

¹⁹ “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república...” (*Ibid.*, p. 47). Acerca del significado exacto de la perpetuidad, Fioravanti afirma: “Quiere más bien afirmar la necesidad de un poder cualitativamente distinto a todos los demás, capaz, por su carácter intrínseco, de expresar la necesidad de una dimensión fija y constante en la vida concreta de la res publica, es decir, ‘perpetua’ en el sentido de sustraída por su naturaleza de la infinita cadena medieval de los poderes derivados, constituidos en sentido particular, siempre más o menos fácilmente revocables.” Por otro lado, un poder que no sea absoluto y que efectivamente no disponga de capacidad para imponerse ante los súbditos sin concurrencia, y que quede, al fin y al cabo, sujeto a las limitaciones jurídicas y consuetudinarias de las más variadas clases, tampoco podrá ser considerado soberano. En este sentido, Fioravanti señala que el poder absoluto significa “(...) que en una comunidad política bien ordenada, que realmente aspira a evitar el conflicto y sobre todo el peligro de su disolución, existen prerrogativas y poderes que no pueden ser objeto de convenios, que no pueden ser compartidos.” (FIORAVANTI, M. Op.

todo caso, cabe tener en mente que, para Bodin, el poder soberano lo es porque está sujeto al menor número de limitaciones posibles y, en ningún caso, a limitaciones seculares, temporales o consuetudinarias.²⁰ De este modo, el carácter absoluto de la soberanía, en Bodin, no implica un poder sin ningún impedimento.²¹ Por ello, el fundamento del poder político prescinde de la legitimación derivada de una supuesta línea de predecesores, que conducirían desde el Papa hasta Pedro y, en último lugar hasta Cristo, puesto que el monarca absoluto gobierna en un estado de imperturbable concierto entre lo secular y lo eclesiástico.²²

Su relevancia para el pensamiento político está en el hecho de que coloca definitivamente la soberanía en el escenario de la discusión teórica. A partir de sus argumentaciones, esta nueva cualidad del poder político se manifiesta como una alerta de que la tradicional estructura medieval ya no respondía a los fenómenos corrientes. El dato más sintomático que lo demostraría es exactamente el hecho de, al trabajar con un conjunto conceptual tradicional, partiendo del propio orden político explicitado en el

cit., 2001, p. 73, 74).

²⁰ “Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede hacerse por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. (...) Puesto que el príncipe soberano está exento de las leyes de sus predecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas. Es posible aceptar ley de otro pero, por naturaleza, es imposible darse ley a sí mismo, o imponerse algo que depende de la propia voluntad.” (BODIN, J. Op. cit., 1985, p. 52, 53).

²¹ “En cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina, por promover guerra contra Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben unirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia. Por esto, el poder absoluto de los príncipes y señores soberanos no se extiende, en modo alguno, a las leyes de Dios y de la naturaleza. (...) En cuanto a las leyes que atañen al Estado y fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por ser anejas y estar incorporadas a la Corona, como es el caso de la ley sálica; si lo hace, el sucesor podrá siempre anular todo lo que hubiera sido hecho en perjuicio de las leyes reales, sobre las cuales se apoya y funda la majestad soberana...” (*Ibid.*, p. 53, 54, 56).

²² José María García Marín, señala, con precisión, en este sentido: “El rey bodiniano es el vicario de Dios en la tierra y quien le perjudica hace afrenta a Dios. Si de éste procede el soberano, de ambos proviene la soberanía. Una soberanía que no reconoce superior en lo temporal, porque está limitada por la ley de Dios. (...) En efecto, el rey más que una persona es una entidad mística, se diría que un concepto trascendente corporeizado cuya majestad más que apoyarse en consideraciones jurídicas, tiene su origen en la filosofía cristiana.” (GARCÍA MARIN, José María. Op. cit., 1998, p. 64).

título, Bodin sugiere un elemento que pone en jaque las estructuras políticas medievales.²³

En Hobbes, sin embargo, el tema de la soberanía gana el impulso definitivo, a través de una profundización en las cuestiones suscitadas y no solucionadas por Bodin, sobre todo en su obra más destacada: *Leviatán* (1651). La visión que transmite sobre el estado de naturaleza no es de las más optimistas. La naturaleza humana es ambiciosa y libera un apetito corrosivo que opone a todos contra todos. Argumenta que las asociaciones humanas se fundamentan en el miedo recíproco. La situación del hombre en este estado es de una igualdad amenazadora por la simple razón de que, ante la falta de un poder intimidador por la fuerza, todo individuo se convierte en un potencial riesgo para los demás.²⁴ Exactamente porque este escenario es insostenible y sin utilidad para la supervivencia humana, será la salida adecuada una asociación establecida mediante un contrato por el que los individuos deciden delegar la soberanía en un hombre o en una asamblea, cuya función será la de hacer desaparecer el estado de guerra, poseyendo, para este fin, los medios

²³ “En efecto, las páginas de Bodin reflejan una situación en la que el fundamento de la constitución es todavía estamental y está situado en una densa red de cuerpos, de ciudades, de comunidades, de corporaciones, pero ya no puede ser tal la forma de constitución, que ya no puede articularse en sentido mixto, moderado, equilibrado. Sobre el fundamento estamental de la constitución se afirma ahora un poder de calidad nueva, inspirado por el principio-guía de la soberanía, que se caracteriza como poder perpetuo (...) y como poder absoluto, que tiene a escapar a la lógica tradicional de la constitución mixta, de los pactos, de la participación, del control y del equilibrio.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2004, p. 31, 32).

²⁴ “La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades de cuerpo y de alma, que aunque pueden encontrarse en ocasiones a hombres físicamente más fuertes o mentalmente más ágiles que otros, cuando consideramos todo junto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan apreciable como para justificar el que un individuo reclame para sí cualquier beneficio que otro individuo no pueda reclamar con igual derecho. (...) De esta igualdad en las facultades surge una igualdad en la esperanza de conseguir nuestros fines. Y, por tanto, si dos hombres desean una misma cosa que no puede ser disfrutada por ambos, se convierten en enemigos; y, para lograr su fin, que es, principalmente, su propia conservación y, algunas veces, sólo su deleite, se empeñan en destruirse y someterse mutuamente. (...) Los hombres no encuentran placer, sino, muy al contrario, un gran sufrimiento, al convivir con otros allí donde no hay un poder superior capaz de atemorizarlos a todos. (...) De todo ello queda de manifiesto que, mientras los hombres viven sin ser controlados por un poder común que los mantenga atemorizados a todos, están en esa condición llamada guerra, guerra de cada hombre contra cada hombre. ” (HOBBS, Thomas. *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza, 1989, p. 105, 106, 107). En este sentido, Rafael de Agapito Serrano afirma que el “(...) 'estado natural' se describe así como un tipo de relaciones sociales en el que se ha dejado en suspenso la ley, esto es, toda norma que regule las relaciones interhumanas. El único criterio vigente en este Estado natural es el de la libertad entendida como *'ius in omnia'*, es decir, como el derecho potencial de cada individuo a todas las cosas. En consecuencia el estado natural se entiende como un estado de conflicto puro en el que los hombres interactúan sobre la base de la disposición a ejercer el poder y la violencia entre si.” (AGAPITO SERRANO, R. Op. cit., 1989, p. 75).

físicos de coacción y actuando instrumentalmente para la conservación humana. Se trata de una conservación interna en la medida en que las dimensiones son dirimidas, y externa en la medida en que garantiza la seguridad social contra los eventuales ataques de enemigos extranjeros.²⁵

El pacto social, de cuya concretización nacerá el Estado no se efectúa entre el soberano y la colectividad. Por el contrario, dicho pacto resulta del concierto de la propia colectividad para ceder el poder soberano a un hombre, o a una asamblea de hombres.²⁶ Hobbes lleva de este modo hasta el extremo el significado originario del término “representación” (*representatio*), en el sentido de presentar, hacer presente, poner ante los ojos, pues a medida que el soberano ejerce su función, expresa la voluntad de los súbditos, que le concedieron el poder soberano. Hace presente esta voluntad hasta tal punto que el filósofo inglés argumenta que no considera factible que éste pueda realizar una injusticia o ser castigado por sus actos, puesto que nadie puede ser injusto consigo mismo, o castigarse a sí mismo, dada la situación de unidad que los súbditos logran en la persona del Estado.²⁷

Lo que consigue Hobbes es acentuar el desplazamiento del fundamento de la soberanía — vinculado, ahora, a un elemento volitivo de naturaleza colectiva — hacia una realidad secular, condicionada por un contexto también secular y contingente. La consecuencia es el refuerzo la autonomía de la política frente a la religión hasta el punto de que el argumento de la

²⁵ “El único modo de erigir un poder común que pueda defenderlos de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a un sola voluntad.” (HOBBS, T. Op. cit., 1989, p. 144).

²⁶ “Se dice que un Estado ha sido instituido, cuando una multitud de hombres establece un convenio entre todos y cada uno de sus miembros, según el cual se le da a un hombre o a una asamblea de hombres, por mayoría, el derecho de personificar a todos, es decir, de representarlos.” (*Ibidem.*, p. 146).

²⁷ Esta configuración que adquiere la representación en Hobbes es oportunamente señalada por Rafael de Agapito Serrano: “El soberano aparece aquí en función de una 'representación absortiva' que se opone a la 'representación identificativa' con la que la concepción corporativa medieval fundamenta el Estado. Esta representación 'absortiva' se caracteriza porque el soberano acoge en sí la representación de todos los individuos; supera así aquella idea de la representación 'identificativa' del todo por una de sus partes que era propia de la representatividad medieval, en la que una parte de la sociedad se atribuye, por ejemplo comp 'pars valentior', la representación del todo. De esta forma se establece la base de la fundamentación moderna y democrática del Estado (...).” (AGAPITO SERRANO, R. Op. cit., 1989, p. 80, 81).

indivisibilidad del poder soberano desemboca “(...) en una total determinación de la Iglesia como institución dentro del Estado, y en la afirmación sin atenuantes de la religión del Estado.”²⁸ Ya no es, por lo tanto, difícil vislumbrar el Estado como un orden político que se yergue de las cenizas del modelo medieval, arraigado en el mundo y no en el reino de los cielos, absorbiendo de forma unificadora la multitud de súbditos a través de la representación, y congregando una cierta cantidad de funciones que expresan la soberanía indivisible, irrevocable y absoluta.

El debate que sigue tratará de mitigar el carácter absoluto de la soberanía sin fragmentar el Estado. El escenario político inglés será el que hará viable esta evolución teórica. Sin olvidar las lecciones de Hobbes, pero tomando un rumbo ligeramente distinto, la cuestión que surgía se volvía hacia un tema que planteaba las condiciones lógicas de ambos, relativo a la permanencia del poder político, es decir, hacia cómo comprender la estructura político-institucional de forma que su preservación sea, al mismo tiempo, garantizada y limitada. En verdad, no se trataba tanto del inicio de un debate como de retomar una discusión que ya había estado presente en el pensamiento político y en la realidad histórica inglesa.²⁹ En efecto, el contexto político-institucional medieval inglés era fuente de indiscutible perplejidad para el estudioso de las instituciones políticas. Estamos aquí tratando de un escenario en el que la Corona centralizó ciertas funciones esenciales durante

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Barcelona: Paradigma, 1991, p. 99.

²⁹ Para probar esta afirmación no hace falta ir más lejos que de las páginas de la Magna Carta (1215), documento impuesto al Rey John Lackland, por medio del que se reconocían los privilegios y libertades de la Iglesia inglesa y de todos los hombres libres del Reino: “John by the Grace of God, King of England, Lord of Ireland, duke of Normandy and Aquitaine, and count of Anjou, to his archbishops, bishops, abbots, earls, barons, justiciars, foresters, sheriffs, reeves, servant, and to all his bailiffs and faithfull subjects, greeting. (...). 1. Have, in the first place granted to God, and by this our present charter confirmed for us and our heirs for ever, that the English church shall be free, and enjoy her rights in their integrity and her liberties inviolate (...). We have also granted to all the freeman of our kingdom, for us and for our heirs for ever, all the underwritten liberties, to have and to hold to them and to their heirs, of us and of our heirs.” (PEASLEY, Amos J. *Constitutions of Nations* vol. III. The Hague: Martinus nihoff, 1968, p. 1004).

un largo período de tiempo.³⁰ Aún así, el poder del Rey no se comprende como absoluto.³¹

No resulta vacía, por lo tanto, la opción de situar la soberanía en el Parlamento. De hecho, esta soberanía, amparada por el “*rule of law*”, ya venía ocupando y siendo proclamada al unísono por pensadores tan distintos como Henry de Bracton, John Fortescue, Sir Thomas Smith y Richard Hooker. Estos autores abogaron por ideas que iban desde la sumisión del Rey al Derecho hasta la noción estructural de que el Parlamento era una totalidad compuesta por las dos Cámaras y por el propio Rey, de modo que representaran

³⁰ Los propios tribunales de *Common Law* fueron inicialmente órganos jurisdiccionales de la Corona, y el Parlamento adquiere forma definitiva, en el siglo XIII, bajo los auspicios reales: “The Anglo-Saxon witan, or council, became the King’s curia Regis, a meeting of the royal tenants in chief, both lay and ecclesiastical. William was said by chroniclers to have held full courts three times a year (...). Inevitably there were many disputes over land, and the curia Regis was where justice was done to the great tenants in chief. (...) Edward [I] fostered the concept of the community of the realm and the practice of calling representative knights of the shire and burgesses from the towns to Parliament. Representatives were needed to give consent to taxation, as well as to enhance communication between the king and his subjects. (...) Historians have argued much about the nature of Edward’s Parliament, some seeing the dispensation of justice as the central element, others emphasizing the multifaceted character of an increasingly complex institution. (...) Historians used to refer to the 1295 assembly as the Model Parliament because it contained all the elements later associated with the word parliament, but in fact these can all be found earlier. The writs to the sheriffs asking them to call knights and burgesses did, however, reach a more or less final form in 1295. (The New Encyclopedia Britannica, volume 29, Chicago: Encyclopedia Britannica, 1998, p. 31, 37)

³¹ En este sentido, afirma Rafael de Agapito Serrano: “En el desarrollo del constitucionalismo en Inglaterra hay que contar con el hecho de que desde un principio la monarquía asume una función propia a través de la cual los contenidos de la prerrogativa regia se hacen presentes en todo el territorio. (...) Se podría decir que el desarrollo temprano del constitucionalismo inglés gira en torno a la evolución de la fundamentación y despliegue de esta prerrogativa. (...) Desde muy pronto, desde la invasión normanda, el rey inglés posee un poder integrador que ejerce por sí mismo (...). Esta prerrogativa toma pie en las necesidades que exigen una regulación común y se extiende paulatinamente debido a la interdependencia que se produce con el desarrollo del comercio. La base jurídica sobre la que desarrolla su función integradora es el derecho romano, y a partir de ello se genera un derecho común que abarca tanto aspectos meramente sociales o privados como políticos. En esta dirección, y aunque limitados en principio a la nobleza, para mantener el equilibrio con los anglosajones se establecen cartas de derechos que vinculan al rey y a los nobles entre sí. La prerrogativa regia aparece así como una estructura jurídica y política objetiva que se mantiene para la utilidad de toda Inglaterra. A través de su ejercicio se establecen principios y reglas procesales que configuran un derecho objetivo, un derecho que tiende a extender su vigencia hasta vincular al mismo monarca.” (AGAPITO SERRANO, R. Op. cit., 1989, p. 56). Por otro lado, Joaquín Varela Suanzes, a este propósito, afirma: “(...) es preciso convenir con Passerin D’Entrèves en tanto que en Inglaterra como en la Europa continental el derecho por antonomasia en la Edad Media era el Derecho consuetudinario, cuyo acatamiento debía jurar el Rey antes de acceder al Trono. (...) La identificación del Derecho con la costumbre en lugar de con la ley escrita resulta, además, de particular importancia para comprender cabalmente el papel del monarca como juez más que como legislador, esto es, como titular de una función más próxima a la *iurisdictio* que a la *legislatio*, a la de descubridor y aplicador del Derecho viejo que a la de creador del Derecho nuevo.” (VARELA SUANZES, Joaquín. La soberanía en la doctrina británica: de Bracton a Dicey. In: PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998, p. 90).

equitativamente a todos los ingleses a través de un equilibrio evidente. Aquello que Fioravanti denomina Constitución Mixta, por lo tanto, fue una realidad en Inglaterra a lo largo de la Baja Edad Media, en la medida en que las instituciones tomaban gradualmente una forma más definida y el pensamiento político sobre ellas construía sus razonamientos³².

El período comprendido entre las tesis de Hobbes y el advenimiento de las primeras formas constitucionales —y, por lo tanto, de las primeras manifestaciones del fenómeno constituyente— en Inglaterra, da pie a una de las discusiones que centralizan aún hoy el pensamiento constitucional y que ciertamente constituyó tema de máxima relevancia en las revoluciones del siglo XVIII: la división y limitación de los poderes, teniendo en cuenta su permanencia, su estabilidad. El *Bill of Rights*, como hito inicial de este debate, proclamado en 1688, cerraba todo un siglo de inquietud político-social en Inglaterra. Las sucintas declaraciones que traía a la superficie no dejaban lugar a la duda: el poder absoluto ya no era una premisa susceptible de tomarse en consideración³³. Los autores que se ocupan de someter a la criba de la razón esta nueva realidad, inician una etapa que, aunque previa al fenómeno constituyente, ya puede definirse como constitucionalista.³⁴

Ya en el pensamiento de Locke es posible identificar una justificación de la monarquía moderada basada en el consentimiento del pueblo. Partiendo del

³² “En efecto, toda la gran construcción de la constitución mixta inglesa se regía precisamente por este punto preliminar, absolutamente esencial: que siempre fuese posible individualizar con claridad los límites entre lo que el rey podía y debía hacer por sí y lo que el rey estaba obligado a hacer en el parlamento; de tal manera que no fuese posible ni una desmedida extensión de las prerrogativas regias en detrimento de las parlamentarias, ni una desmedida extensión de las segundas en detrimento de las primeras (...).” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 65).

³³ “Bill of Rights, 1688: (...) And thereupon the said lords spiritual and temporal and commons, (...) declare: (...) That the pretended power of suspending of laws and the execution of laws by regal authority without the consent of Parliament is illegal. (...) That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority as it hath been assumed and exercised of late is illegal. (...) That levying money for or to the use of the crown by the pretence of prerogative without grant of Parliament for longer time or in other manner than the same is or shall be granted is illegal. (...) That the raising or keeping a standing army within the kingdom in time of peace unless it be with the consent of Parliament is against the law. (...) That the election of members of Parliament ought to be free. (...) And that for the redress of all grievances and for the amending, strengthening and preserving of the laws Parliament ought to be held frequently. (...)” (PEASLEY, A. J. Op. cit., 1968, p. 1034, 1035).

³⁴ Fioravanti define el constitucionalismo como “(...) el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 85).

presupuesto contractualista, Locke califica el Poder Legislativo como supremo en el ordenamiento político. Esta supremacía no prescinde, sin embargo, de un equilibrio con el Ejecutivo, dada la interpenetración mutua entre ambos. Si por un lado éste puede participar de la elaboración de leyes, aquél puede controlar su ejecución. Hay al menos dos matices que singularizan su pensamiento. El primero respecto a la cuestión de la soberanía, que para él no está situada en el Poder Legislativo —supremo por tener como fundamento el consentimiento de los gobernados— sino en el pueblo, que incluso era titular del derecho de resistencia. El segundo, por otro lado, respecto a los límites en el ejercicio de esta función legislativa. Para Locke, el Parlamento se halla limitado por los derechos naturales del hombre, los cuales debe asegurar, no pudiendo, por lo tanto, “(...) disponer de manera arbitraria sobre las vidas y sobre los bienes de los individuos (...)”³⁵. Su pensamiento conduce, así, tácitamente, a la suposición de la existencia de normas con posiciones jerárquicas distintas, ya que las leyes emanadas del Parlamento estarían condicionadas al respeto a los derechos naturales. El contrapunto a Locke será David Hume, que basado en una perspectiva utilitarista que parte de la negación, por insostenible, de la premisa del estado de naturaleza —a pesar de asumir la existencia de un “contrato original”—, afirma la soberanía del Parlamento, aunque matizado, a semejanza de Locke, por el derecho de resistencia.³⁶

Sobre la base de estas contradicciones — la afirmación, simultánea, de la soberanía del pueblo y del Parlamento, y la superioridad del Derecho natural en relación con el Derecho positivo— Blackstone recupera la idea de sumisión del Rey al imperio de la ley, en base a un supuesto contrato original entre éste y el pueblo, que mantenía el derecho de resistencia, caso el monarca derivara hacia la tiranía. Pero además atribuye la soberanía al Parlamento —institución compuesta que refleja el equilibrio y la perfecta coexistencia de las tres formas clásicas de gobierno, esto es, la monarquía, la aristocracia y la democracia³⁷ — mientras se mantenga en vigor la estabilidad política y la normalidad.

³⁵ *Ibidem*, p. 92.

³⁶ “Para Hume no se trataba de justificar este derecho [de resistencia] cuando se vulnerasen los límites jurídicos establecidos solamente por la comunidad en el contrato político, como se argumentaba desde el iusnaturalismo tradicional, o cuando se quebrantasen los ‘derechos naturales’, como había hecho Locke, sino pura y sencillamente cuando el Estado — una forma concreta del mismo — dejase de ser útil y beneficioso para los individuos.” (VARELA SUANZES, J. Op. cit., 1998, p. 125).

³⁷ *Ibidem*, p. 134.

Paley y Bentham, finalmente, representan grandes aportaciones para el debate constitucional inglés. El primero, al rechazar la idea de pacto social, afirma la soberanía del Parlamento, y define la Constitución en Inglaterra como formada por leyes de gran relevancia, articula un Estado Mixto y, por lo tanto, una Monarquía limitada, Bentham, por su lado, defiende, en una primera fase de su producción, la soberanía del Parlamento, señala que el Rey y las dos Cámaras no son órganos independientes, pero que están inevitablemente interrelacionados y conectados entre sí, y que antes de hablar de división de poderes, lo que implicaría una división de la soberanía, más vale afirmar una división de funciones.

El debate inglés acerca de la soberanía a partir del siglo XVIII, que trae consigo la renovada tesis de la limitación y del equilibrio de poderes y la sujeción del Monarca a la ley, es elemento básico de la imagen constitucional que va a servir de referencia por los movimientos revolucionarios que, en América y en Francia, culminarán en la producción de documentos constitucionales, inaugurando una etapa de máxima relevancia para el universo político occidental.

3. El carácter moderno de la Constitución, en cuanto fenómeno político, se justifica, finalmente, por el carácter moderno de las ideas que expresa y de los hechos que los impulsaron y que condicionaron su génesis. La afirmación de la soberanía y de la limitación de poderes se convertirán en el hilo de Ariadna de los fenómenos constituyentes en ambos márgenes del Atlántico. Y ninguna de estas reivindicaciones podría hacerse en referencia a una estructura política que no fuera la estatal, puesto que ninguna otra suscitó anteriormente, de forma tan elocuente, tales preocupaciones. Por otro lado, soberanía y Estado, a pesar del peculiar rumbo que tomó el debate inglés en torno al tema, ya no se entienden como temas excluyentes entre sí. A pesar de la discusión, en Inglaterra, quedar centralizada en una esfera institucional una concepción, en Bodin y sobre todo en Hobbes, sale a la superficie y inicia un camino sin retorno, en el sentido de consolidarse como la idea moderna por excelencia: esta entidad a la que se le da el nombre de Estado, posee una cualidad que la singulariza en un ámbito internacional, y la califica en el ámbito interno, dotándola de supremacía respecto a cualquier otra fuente de poder, lo

que, al menos en la esfera internacional, ya era un hecho concreto con la consolidación de Estados-nación en el continente europeo.³⁸

La Constitución, en el sentido que se le atribuye y se universaliza de *constitutio reipublicae* (organización del Estado), no podría ser calificada de otra forma sino de moderna. En verdad, hablar de la “Constitución moderna” es decir una redundancia, por el simple hecho de que ningún contexto político anterior, por más sofisticado que fuese en la estructuración de su esfera pública —y ciertamente la capacidad de erigir cuerpos políticos nunca ha sido exclusivamente moderna— jamás reunió las condiciones para que efectivamente se pudiera hablar de una Constitución anterior a los fenómenos políticos ocurridos y al pensamiento desarrollado en la modernidad.

Esta afirmación se justifica en el hecho de que el Estado fue y continúa siendo una realidad histórica que marca de forma indeleble la modernidad. El grado de centralización con la gradual reducción del pluralismo típicamente medieval, la creciente burocratización del funcionamiento de la máquina estatal, la secularización del orden político, el papel central y exclusivo que asume el Derecho, definen esta estructura como el contexto político en el que se plantea simultáneamente tanto el debate sobre la soberanía, en cuanto cualidad estatal por excelencia, como su propia limitación. Esta preocupación acompaña la discusión constitucionalista hasta que el “verbo se hizo carne”, con el advenimiento de los primeros fenómenos constituyentes en fines del siglo XVIII, cuando la lucha contra la opresión y la garantía de la libertad pública se transformaron en la bandera de los movimientos que cambiaron definitivamente el rumbo político de Occidente, con el resultado de la creación de las primeras constituciones propiamente dichas. Estas cartas, promulgadas al calor de las revoluciones son también fenómenos exclusivamente modernos³⁹ y asimilan, por tanto, la reivindicación de la limitación del poder, y

³⁸ Esta constatación justifica la afirmación de Giddens: “The sovereign power of modern states was not formed prior to their involvement in the nation-state system, even in the European state system, but developed in conjunction with it. Indeed, the sovereignty of the modern state was from the first dependent upon the relations between states, in terms of which each state (...) recognized the autonomy of others, within their own borders.”(GIDDENS, A. Op. cit., 1990, p. 67).

³⁹ Para una exposición acerca del carácter moderno de las revoluciones del siglo XVIII, vide *On Revolution*, de autoría de Hannah Arendt, páginas 21 a 59.

son gestadas en el terreno político del Estado, definiendo su forma y bautizando el hecho con el nombre a través del que será conocido.⁴⁰

La relación entre los tres elementos aquí destacados, esto es, el Estado, la Soberanía y la Constitución, y su arraigo en la modernidad justifican la afirmación del carácter exclusivamente moderno del Poder Constituyente, en cuanto fenómeno político del que deriva la Constitución. Su génesis revolucionaria como hecho e idea es de lo que trataremos a continuación.

2.El origen revolucionario del Poder Constituyente

La verdad, reiterada por Hannah Arendt —a lo largo de su profunda reflexión sobre el papel desempeñado por la Revolución Copernicana en la Era Moderna— de que (...) “no son las ideas, sino los hechos, los que cambian el mundo”⁴¹ es particularmente adecuada a la génesis del Poder Constituyente. Así como las ideas científicas que iban a cambiar radicalmente la visión que los hombres tenían del universo, necesitaron del evento que representó la invención y el uso del telescopio por parte de Galileo, también el Poder Constituyente tuvo necesidad de un origen fáctico para afirmarse en el universo político. Por otro lado, del mismo modo que lo que Galileo demostró y universalizó ya había sido afirmado anteriormente, aunque en el ámbito de la pura teoría, también la esencia de las ideas enunciadas por Sieyés, y mucho antes de que los colonos americanos declararan su independencia e iniciaran su proceso constituyente, habían tenido un portavoz, Emer Vattel, quien desde

⁴⁰ En este sentido, Sartori define con precisión la singularidad histórica y semántica del término “Constitución”: “En definitiva, no existe un paso desde la *constitutio* de Cicerón a nuestra palabra constitución. La era de Cromwell y los años del Protectorado (1649 –1660) fueron, para los ingleses, el periodo ‘contituyente’ [sic] por excelencia. En aquellos años los intentos para formular (diríamos nosotros) una constitución escrita se repitieron; pero en ninguno de los documentos es [sic] se habla de ‘constitución’; en cambio, se dice covenant, instrument, agreement, fundamental law. (...) Sin embargo, la victoria del término constitución sobre todos los demás (...) fue decidida por los americanos en los años 1776-1787 y, a continuación por la Revolución Francesa.” (SARTORI, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza, 2002, p. 14).

⁴¹ ARENDT, H. Op. cit., 1998, p. 300.

una perspectiva internacionalista, ya había llegado a algunas de las conclusiones que luego serían proclamadas por el Abate francés.

En su obra *Derecho de gentes o principios de la ley natural* (1758), Vattel adelanta el planteamiento teórico del concepto de “Nación”, que posteriormente constituiría no solamente el núcleo del pensamiento de Sieyés, sino un elemento central en los debates políticos de la Revolución Francesa. Su argumentación se basó en la concepción contractualista del estado de naturaleza, afirmando que los Estados, en el concierto internacional, se encuentran en la misma situación en la que estaban los individuos antes de la constitución de la sociedad política. Concebía el Derecho como una facultad de hacer lo que es moralmente posible, e inicialmente, parecía no distinguir entre naciones y estados, considerándolos, ambos, “(...) cuerpos políticos, o sociedades de hombres reunidos con el fin de procurar su conservación y ventaja, mediante la reunión de sus fuerzas”⁴². Más adelante, sin embargo, el autor parece introducir una distinción cuando, haciendo uso de la diferencia entre forma y materia afirma que el Estado es el cuerpo de la nación. Vattel liga el concepto de soberanía al de nación, al afirmar que aquella es la autoridad que, al ordenar las obligaciones de cada individuo en relación con la asociación, proporciona la acción en concierto de la multitud que la compone. A partir de este punto, conceptúa el Estado soberano como “(...) toda nación que se gobierna por sí misma bajo cualquier forma que sea, sin depender de ningún extranjero.”⁴³ Considera que hay algunos deberes de los que la Nación no puede prescindir con relación a sí misma, y dichos deberes serían la conservación, la perfección, del fin de la sociedad civil que, para Vattel, reside en la satisfacción de las necesidades individuales y en la obtención, por parte de los individuos, de la justicia con seguridad.

Estos presupuestos teóricos sirven de introducción para una concepción vanguardista que el filósofo suizo proyecta sobre el Derecho Constitucional. Es posible encontrar una avanzada concepción del concepto de Constitución que se anticipa, en más de dos décadas, a los hechos que generarán el fenómeno constituyente:

⁴² VATTEL, Emero. *Derecho de gentes o principios de la ley natural*. Madrid: Imprenta de D. León Amarita, 1834, p. 1.

⁴³ *Ibidem*, p. 20.

“La regla fundamental que determina la manera con que debe ejercerse la autoridad pública es lo que forma la constitución del Estado; en ella se ve bajo que forma obra la nación como cuerpo político, como y por quién debe ser gobernado el pueblo, cuáles son los derechos y cuáles los deberes de los gobernantes. Esta constitución no es otra cosa en el fondo, que el establecimiento del orden en el cuál se propone trabajar de consuno una nación para obtener las ventajas a que se dirige el establecimiento de la sociedad política”⁴⁴

Esta definición es el punto de partida desde el que Vattel deduce lo que quizá sea la principal consecuencia de la admisión de la manifestación del ejercicio del Poder Constituyente en un determinado ordenamiento, esto es, la diferenciación jerárquica entre las normas. Engendra una distinción entre leyes fundamentales y leyes civiles, y argumenta que las primeras forman la Constitución del Estado, mientras las segundas sirven para regular la conducta de los individuos entre sí. Adelanta además la noción de Poder Constituyente cuando aboga por la adopción, por parte de la Nación, de la mejor forma jurídica por la que pueda expresarse, al afirmar:

“Al ser de tanta importancia las consecuencias de una buena o mala constitución, y hallándose la nación en estrecha obligación de darse la mejor y más conveniente que pueda, tiene derecho a todas las cosas sin las cuales no puede llenar esta obligación. De donde se infiere que la nación está en una plenitud de derecho de formar ella misma su constitución, de mantenerla, de perfeccionarla y de reglar a su voluntad todo lo que concierne al gobierno, sin que nadie pueda impedirsele con justicia, pues que no tuvo otro objeto en establecerse, que su salud y felicidad.”⁴⁵

No obstante, Vattel no se detiene únicamente en esta perspectiva general; no sólo afirma el poder de reforma de la ley fundamental por parte de la Nación, sino que niega la posibilidad de una incidencia del Poder Legislativo —en cuanto facultad que tiene una sociedad de elaborar leyes de acuerdo con la manera con la que pretende gobernarse— sobre la Ley Fundamental que no haría sino desvirtuar sus funciones o desfigurar la propia Constitución:

⁴⁴ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 34, 35.

“Pero los principios que hemos establecido, nos mueven a decidir positivamente que no es tan amplia la autoridad de los legisladores, que deben mirar como algo sagrado las leyes fundamentales, si la nación no les ha dado terminantemente poderes especialísimos para mudarlas. Porque la constitución del Estado debe ser estable, y pues a ciertas personas, es claro que las leyes fundamentales se hallan exceptuadas de su comisión. (...) Por otra parte emanando de la Constitución, el poder que tienen los legisladores, ¿Cómo podrían mudarla sin destruir el fundamento de su autoridad?”⁴⁶

Indudablemente causa perplejidad que, tras desarrollar tales razonamientos, no se le reconozca universalmente a Emer Vattel la paternidad de la idea de un poder constituyente. Pues es claro que, a partir de la reflexión en el ámbito del Derecho de gentes, era posible ya delinear los contornos, no solamente de la idea de Constitución, sino de la idea de que en la esfera política existía una condición específica que permitía diferenciar las decisiones a través de las que un grupo humano se estructuraba de aquellas otras normas a partir de las que esta nueva sociedad se reglamentaba. En resumen, Vattel, a pesar de la precocidad de sus argumentaciones, pone al descubierto la noción de Poder Constituyente no solamente al afirmar que todas las naciones son libres, independientes e iguales, sino al destacar que toda Nación se estructura conforme a su propia conveniencia, estableciendo, a causa de su propia soberanía, una Ley Fundamental, que puede modificarse por sí misma, pero en absoluto por el Poder Legislativo o por otros Estados soberanos.

A pesar del carácter vanguardista de su argumentación, y como para demostrar la perentoria afirmación de Hannah Arendt, el origen histórico y jurídico del Poder Constituyente necesitó de los hechos que se desarrollaron en América y en Francia, y que lo delinearón, definitivamente, como circunstancia concreta e idea jurídico-política. A estos dos fenómenos dedicaremos, a continuación, nuestra atención.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 39, 40.

2.1. La fundación de la República en América y el advenimiento fáctico del Poder Constituyente

En Septiembre de 1786, reunidos en Anápolis con la finalidad de analizar los fallos, y de efectuar una revisión, de la débil unidad formalizada en los Artículos de la Confederación, perplejos también ante la reivindicación de una profunda reestructuración de los fundamentos de la Unión, como se reflejaba en el contenido de las atribuciones conferidas a varios comisarios allí presentes, representantes de cinco de los nuevos Estados recién emancipados del dominio británico, convocaron una nueva reunión en Filadelfia, en el segundo Lunes de Mayo del año siguiente, con la finalidad de “(...) reflexionar sobre la situación de los Estados Unidos y para formular cualesquiera provisiones consideradas necesarias para tornar la constitución del Gobierno Federal adecuada a las exigencias de la Unión; y para comunicar tal acto a los Estados Unidos, reunidos en Congreso, en una fecha que debía ser acordada entre ellos, y a continuación confirmada por las legislaturas de todos los Estados (...).”⁴⁷ Inadvertidamente y por primera vez, se estaba formalizando el inicio del ejercicio de un Poder Constituyente originario.

Los principales protagonistas de la Revolución Americana habían percibido casi de inmediato la imposibilidad de una unión aceptable a partir de los Artículos de la Confederación.⁴⁸ A través de este documento, se creaba un mastodóntico Congreso, que poseía tantas competencias como ningún poder para concretar sus decisiones. La Confederación se basaba en la soberanía de los Estados, que actuaban en el Congreso sin delegar poder, jurisdicción o derecho, y no sólo la salud económico-financiera de la Unión y de los Estados sino también la supervivencia de los propios ideales orientadores de la revolución estaban al borde del fracaso.⁴⁹

⁴⁷ Texto del informe final de la Convención de Anápolis.

⁴⁸ “Almost from the time of their adoption there had been dissatisfaction with the Articles and little hope of their success. No one saw the situation more clearly than Washington, who did not hesitate at the very outset to say that the affairs of the nation could not be well conducted by a Congress with only power of recommendation.” (MACLAUGHLIN, Andrew C. *The Confederation and the Constitution: 1783 – 1789*. New York: Collier Books, 1965, p. 119)

⁴⁹ Bernard Schwartz destaca con precisión los problemas que se planteaban entonces: “The government established in 1781 suffered from two fundamental defects. The first stemmed from the fact that authority of the nation did not rest on the people, but on the states. The

Los comisarios reunidos en Anápolis, al convocar la nueva convención que adquiriría naturaleza constituyente, y al suscitar la necesidad de cambios amplios y de carácter general en la unión engendrada en 1781, entraban en concierto con el espíritu de los ideales revolucionarios que demandaba respuestas no solamente más complejas sino más completas al desafío que había sido impuesto a las antiguas colonias británicas. De esta forma no sería exagerado afirmar que el poder constituyente se ejerció por vez primera en América como el resultado culminante de un proceso iniciado con la ruptura entre las colonias inglesas y la metrópoli. La eclosión de la revolución que puso en marcha la elaboración de la primera Constitución escrita se centró en el tema del fundamento del poder y de la autoridad, así como de la forma de gobierno más adecuada para el ejercicio de la libertad pública.

La revolución ocurrida en las colonias inglesas en verdad enunciaba algo nuevo en el universo político moderno. Hannah Arendt, al tratar del uso corriente del término “revolución” en la Astronomía, destaca, con exactitud, que este movimiento de ruptura trajo a la superficie ciertos matices que lo singularizaban de manera determinante y que al mismo tiempo lo contrastaban e identificaban con el significado empleado de la palabra en el ámbito de las Ciencias Naturales. En primer lugar, y en oposición a esta definición originaria, el ideario revolucionario del siglo XVIII rompía con la noción de un movimiento cíclico, sustituyendo el viejo concepto de revolución, con el que se concebía las revueltas o levantamientos, en general, en el mundo clásico, por uno nuevo en la esfera política. La revolución moderna, cuyo evento inaugural fue la ruptura entre las colonias y la metrópoli en Norteamérica, se basó en la idea de que algo nuevo, sin parangón en la historia de la humanidad, estaba sucediendo.⁵⁰

Congress was composed of delegates chosen and paid by the state legislatures and each state had one vote. (...) The second flowed naturally from the first. It was the lack of effective coercitive authority in the Union. Since the authority of the Confederation Congress did not extend to individual citizens of the different states, its measures could become operative only through implementation by the states themselves.” (SHWARTZ, Bernard. *A commentary on the Constitution of the United States: Part I - Powers of Government*. New York: Rothman, 1977, p. 5, 6).

⁵⁰ “The modern concept of revolution, inextricably bound up with the notion that the course of history suddenly begins anew, that an entirely new story, a story never known or told before, is about to unfold, was unknown prior to the great revolutions at the end of the eighteenth century. (...) That revolutions were about to usher in an entirely new era had been attested (...) with the establishment of the revolutionary calendar in which the year of the execution of the king and the proclamation of the republic was counted as the year one. Crucial, then, to any understanding of revolutions in the modern age is that the idea of freedom and the experience of a new beginning should coincide.” (ARENDR, Hannah. *On revolution*. London:

Los hombres de la revolución americana no vieron en el pasado el fundamento para sus acciones. Al contrario, precisamente su conocimiento del pasado y sobre todo de la realidad política clásica, justificaba la neta opción rupturista en favor de la forma republicana de gobierno en oposición a la monarquía. Esta opción presuponía una diferencia clara entre la libertad y la liberación. En este sentido, Arendt señala que la liberación no fue más que el medio para alcanzar la libertad. Si no fuera así, no habría razón suficiente para descalificar la Monarquía como la forma de gobierno que pudiera ser adoptada por las nuevas unidades políticas derivadas de la independencia. Y la prueba de que el objetivo principal en el movimiento revolucionario americano era la libertad pública en los moldes de la “igualdad” griega —participación en los negocios públicos que prescindiera de la distinción entre gobernantes y gobernados— y no la liberación, reside exactamente en la instauración de una república, puesto que en esta forma de gobierno el poder está menos sujeto a las amarras impuestas por la tradición y la herencia que marcan la Monarquía.⁵¹ La otra connotación de la revolución en cuanto fenómeno político moderno es la noción de irresistibilidad en el que, en el ámbito de nuestro análisis, no interesa profundizar, pues se plantea más abiertamente en los desdoblamientos políticos ocurridos en la Francia de finales del siglo XVIII que en las colonias americanas.

La génesis del poder constituyente fue revolucionaria porque el proceso americano desembocó en la producción de una Constitución. Como hemos señalado, las connotaciones políticas de la ruptura con la Metrópoli inglesa nos sitúan ante una sociedad en la que el ejercicio de la libertad pública era ya una experiencia secular. No sólo la idea del pacto como fundamento de la vida en comunidad, sino también la del carácter colegiado de las asambleas comunitarias como fundamento del poder político, eran algo que los colonos

Penguin Books, 1990, p. 28, 29).

⁵¹ “What the revolutions brought to the fore was this experience of being free, and this was a new experience, not, to be sure, in the history of Western mankind (...) but with regard to the centuries which separate the downfall of the Roman Empire from the rise of the modern age. And this relatively new experience, new to those at any rate who made it, was at the same time the experience of man’s faculty to begin something new. These two things together — a new experience which revealed man’s capacity for novelty — are at the root of the enormous pathos which we find both in the American and the French Revolutions, this ever-repeated insistence that nothing comparable in grandeur and significance had ever happened in the whole recorded history of mankind (...). Only this pathos of novelty is present and where novelty is connected with the idea of freedom are we entitled to speak of revolution.” (*Ibidem*, p. 34).

americanos experimentaban desde el asentamiento de los primeros grupos venidos del Viejo Mundo⁵². Hannah Arendt destaca la evidencia de que no era el gobierno en sí mismo de la Metrópoli inglesa lo que condujo a la revolución sino la opresión política en el sentido de un vaciamiento del poder ejercido por las asambleas. Si no fuera así la forma de organización política de los colonos ya los habría enfrentado directamente a Inglaterra desde el siglo XVII.⁵³

En efecto, la expresión “*We the people of the United States*” denotaba netamente que para una sociedad que afirmaba que cualquier Gobierno era derivado del “consentimiento de los gobernados”, no había duda de que el fundamento del poder político estaba en el pueblo. Ello se evidencia, como ya señalamos, a través de la práctica colonial de pactar y fundar comunidades regidas por Cartas en las cuales figuraban tales “contratos”.⁵⁴

De este modo, si cabía hablar de la soberanía, ésta, evidentemente, pertenecía al pueblo, porque en el pueblo estaba el fundamento del poder. No puede sorprender, por tanto, que al declarar su independencia los colonos enfatizaran de entre las principales razones, las graves intrusiones monárquicas en el ejercicio del poder basado en el carácter colegiado de asambleas representativas.⁵⁵ Como consecuencia de esta experiencia continua

⁵² La Colonia de Virginia elaboró su primera Carta en 1606, una segunda en 1609, y la tercera en 1612; la colonización de Norteamérica estuvo marcada por el emblemático Pacto del Mayflower, en 1620. En el mismo año la Colonia de Nueva Inglaterra elaboró su propia Carta, seguida de Massachusetts, en 1629, Connecticut, en 1639, y Providence, en 1640.

⁵³ “These bodies, moreover, were not conceived as government, strictly speaking; they did not imply rule and the division of the people into rulers and ruled. The best proof of this is the simple fact that the people thus constituted could remain, for more than a hundred and fifty years, the royal subjects of the government of England. These new bodies politic really were ‘political societies’, and their great importance for the future lay in the formation of a political realm that enjoyed power and was entitled to claim rights without possessing or claiming sovereignty.” (ARENDR, H. Op. cit., 1990, p. 168).

⁵⁴ En este sentido la posición de Pedro de Vega es esclarecedora: “El llamado pacto de la gracia puritano se transformó así en pacto político. Y, de esta suerte, procedieron a redactar los *covenants*, que eran auténticos contratos sociales, suscritos por los colonos en nombre propio y en el de sus familias, y en los que se fijaban las normas a tenor de las cuales la colonia debía funcionar. (...) Lo que importa señalar es que, en la elaboración de los *covenants*, subyacen las dos ideas fundamentales que posteriormente habrían de caracterizar toda la construcción constitucional americana. Por un lado, que el acto constitucional se identifica en cierta medida con el contrato social. Y, por otro lado, que el ejercicio de la potestad constituyente (...), por tratarse de una potestad inalienable, no puede efectuarse a través de representantes.” (DE VEGA, Pedro. *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 31).

⁵⁵ Declaration of Independence: “(...) He has refused to pass Laws for the accommodation of large districts of people, unless those people would relinquish the right of Representation in the Legislature, a right inestimable to them and formidable to tyrants only. He has called together legislative bodies at places unusual, uncomfortable, and distant from the

de ejercicio de la libertad pública, no cabía duda sobre qué tipo de entidad era efectivamente el “pueblo”, puesto que tal concepto nunca había sido polémico en las colonias británicas, ni tan cargado axiológicamente como lo era al otro lado del Atlántico. Y ello porque, en parte, en América la cuestión social nunca representó un problema significativo como en Francia antes de la revolución. La miseria y la felicidad privada nunca tuvieron, entre las consideraciones de los hombres de la revolución americana, el mismo peso que tuvieron para los hombres de la revolución francesa, lo que no quiere decir que ellos no supieran que la satisfacción de las necesidades más esenciales del hombre antecedería imperativamente al ejercicio de la libertad pública. Esta tendencia, no obstante, no impide el reconocimiento explícito de la soberanía popular en *The Federalist*:

“As the people are the only legitimate fountain of power, and it is from them that the constitutional charter, under which the several branches of government hold their power, is derived; it seems strictly consonant to the republican theory, to recur to the same original authority, not only whenever it may be necessary to enlarge, diminish, or new-model the powers of government, but also whenever any one of the departments may commit encroachments on the chartered authorities of the others.”⁵⁶

Mientras la soberanía del pueblo se asumió como una consecuencia lógica de la organización política de las colonias, otra cuestión relevante derivada del propio torbellino creado por la Revolución era el del establecimiento de un gobierno estable. Y para esta finalidad los colonos americanos idearon una solución singular. Mientras el fundamento del poder estaba en manos del pueblo, la autoridad halló su fuente en una Constitución

depository of their Public Records, for the sole purpose of fatiguing them into compliance with his measure. He has dissolved Representative Houses repeatedly, for opposing with manly firmness his invasions on the rights of the people. He has combined with others to subject us to a jurisdiction foreign to our constitution (...); giving his Assent to their Acts of pretended Legislation: (...) For taking away our Charters, abolishing our most valuable Laws, and altering fundamentally the Forms of our Governments: For suspending our own Legislatures, and declaring themselves invested with Power to legislate for us un all cases whatsoever.” (ROSSITER, Clinton L. *Documents in American Government*. New York: William Sloane Associates, 1949, p. 5, 7).

⁵⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Middletown: Wesleyan University Press, 1961, p. 339.

escrita que estructurara tal gobierno. Esta preocupación por la estructuración de la autoridad acabó por revelar la profunda influencia que el debate constitucionalista inglés ejerció sobre la concepción de los colonos americanos sobre cómo debería ser el gobierno de aquella nueva entidad que conquistaba su independencia. Una influencia filtrada por la obra de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, en la que a través de un análisis de la Constitución inglesa, el filósofo francés proponía la separación y el equilibrio de poderes.

En un capítulo específicamente volcado en el análisis de la Constitución inglesa, Montesquieu destaca la existencia de las tres clases de poderes, que son, el legislativo, ejecutivo y el judicial⁵⁷, y defiende no sólo la separación estricta de tales poderes, señalando el riesgo al que se sujetaría la libertad en la hipótesis de que tales poderes estuvieran adscritos a una única persona o asamblea⁵⁸, sino —amparado por una defensa de la democracia representativa y balizando su análisis en la diferencia entre facultad de estatuir y facultad de impedir— también señala la necesidad de una interrelación que, sin desvirtuarse en el sentido de la usurpación de funciones, posibilitara un equilibrio a través de una fiscalización mutua ejercida por los poderes entre sí.⁵⁹

La influencia de este razonamiento entre los constituyentes americanos puede deducirse no solamente de la referencia explícita al filósofo francés en

⁵⁷ “Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.” (MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 107).

⁵⁸ “Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. (...) Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.” (*Ibidem*, p. 107, 108).

⁵⁹ “Si el poder ejecutivo no posee el derecho de frenar las aspiraciones del cuerpo legislativo, éste será despótico, pues, como podrá atribuirse todo el poder imaginable, aniquilará a los demás poderes. (...) Pero si en un Estado libre el poder legislativo no debe tener derecho a frenar al poder ejecutivo, tiene, sin embargo, el derecho y debe tener la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado. (...) He aquí, pues, la constitución fundamental del Gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Los tres permanecerían así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo en común acuerdo.” (*Ibid.*, p. 111, 113)

*The Federalist*⁶⁰, sino del texto de la propia Constitución de 1787, que retrata una estricta separación y equilibrio entre los poderes, manifestando la recepción de la esencia del pensamiento de Montesquieu en el sentido de establecer un gobierno moderado, mediante la consagración de la paridad jurídica entre los órganos y la interdependencia política entre los poderes.⁶¹

En consonancia con esta posición, y sobre todo con la minimización del problema de la soberanía derivada de la “igualdad de rango” entre los órganos y de la asimilación de la noción de equilibrio de poderes, Hannah Arendt afirma: “In this respect, the great and, in the long run, perhaps the greatest American innovation in politics as such was the consistent abolition of sovereignty within the body politic of the republic, the insight that in the realm of human affairs sovereignty and tyranny are the same.”⁶²

La Constitución de 1787, cierra la revolución americana que se caracteriza como el resultado del primer ejercicio formal del Poder Constituyente, y sitúa el pueblo como su legítimo titular. La influencia ejercida por el debate constitucionalista inglés, a pesar de ser relevante, no provocó otro efecto que la estricta separación de poderes consagrada en su propio texto, como fuente de las leyes y del ejercicio del poder público por los órganos constituidos. El Poder Constituyente, en cuanto fenómeno político resultante de los eventos históricos sucedidos en los Estados Unidos al final del siglo XVIII, gana una relevancia definitiva, puesto que la Constitución cuyo fundamento estaba en el pueblo, se irguió como la fuente suprema de todo Derecho,⁶³ siendo capaz, así, de cualificar las normas jurídicas en un

⁶⁰ Esta referencia se halla en *The Federalist*, nº 47.

⁶¹ En este sentido, destaca Rafael de Agapito Serrano: “Los constituyentes americanos asumen también la separación de los órganos, pero entienden que es necesaria una interrelación entre las funciones que impida que ningún órgano asuma por entero una función, ya que ello podría dar lugar a abusos en su ejercicio. Lo que se establece aquí (...) es una paridad jurídica entre los órganos y una interdependencia política entre los poderes del Estado. La igualdad de rango entre los órganos tiene el sentido de excluir cualquier idea de primacía de alguno de ellos, es decir, supone dejar de lado la cuestión de la soberanía (...). La interdependencia política (...) tiende a organizar un equilibrio y un control recíproco en el ejercicio de las diversas funciones.” (AGAPITO SERRANO, Rafael. *Libertad y división de poderes: el ‘contenido esencial’ del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 136, 137, 138).

⁶² ARENDT, H. Op. cit., 1990, p. 153.

⁶³ Constitution of the United States, Article VI, 2: “This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to

ordenamiento, y de diferenciar aquellas disposiciones que fundamentan el orden político derivado del libre ejercicio de la soberanía popular, de aquellas otras que, aunque elaboradas y promulgadas por un órgano capaz de representar la voluntad del pueblo, eran establecidas por un órgano constituido y, por lo tanto, incapaz de subvertir el orden constitucional del cual derivaba.⁶⁴

2.2. El surgimiento de la categoría en el pensamiento de Sieyès en el contexto revolucionario francés

Aunque hayan sido fenómenos esencialmente análogos, el curso de la Revolución Francesa fue sustancialmente distinto de su equivalente en el continente americano. La relevancia de las diferencias entre ambos movimientos resulta no sólo de la incidencia de lo que Hannah Arendt llama “cuestión social”⁶⁵ —el hecho de que la necesidad de resolver el aplastante problema de la miseria humana acabara desviando el curso del movimiento iniciado en 1789— sino también del problema del fundamento del poder político que, en Francia, no era algo que estuviera incorporado a las prácticas sociales de lo cotidiano, como sucedió en América. Efectivamente, el ejercicio de la libertad pública, que ya era una realidad en las Colonias inglesas mucho antes de la Declaración de Independencia, no se dio en Francia, inmersa en un sofocante absolutismo monárquico y en una situación económica caótica.⁶⁶

the contrary notwithstanding.”

⁶⁴ En este sentido cabe entender la afirmación de Fioravanti, acerca de la relevancia del Poder Constituyente: “En el ejercicio del poder constituyente estaba contenida una indestructible expresión de la soberanía, con la que todo un sujeto colectivo pretendía reconstruir toda una nueva forma política. (...) Pero lo realmente extraordinario de lo que estaba sucediendo era que esa misma voluntad soberana tendía a asociarse explícitamente a la constitución, a convertirse en voluntad generadora de orden, de renovada estabilidad.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 103, 104).

⁶⁵ Para una profundización de los efectos de lo que denomina “cuestión social” en el curso de la Revolución Francesa y su ausencia en la realidad de la Revolución Americana, vide ARENDT, H. Op. cit., 1990, p. 59 – 114.

⁶⁶ “The people in France, le peuple in the sense of the Revolution, were neither organized nor constituted; whatever ‘constituted bodies’ existed in the Old World, diets and parliaments, orders and estates, rested on privilege, birth, and occupation. They represented particular private interests but left the public concern to the monarch, who, in an enlightened despotism, was supposed to act as ‘a single enlightened person against many private interests’, whereby it was understood that in a ‘limited monarchy’ these bodies had the right to voice grievances and to withhold consent.” (ARENDT, H. Op. cit., 1990, p. 179).

Si de los eventos ocurridos en América era posible deducir —a pesar de la poca preocupación en formular teóricamente las categorías sobre las que descansaba la Revolución— la existencia de un Poder Constituyente como su punto culminante, dada la innegable fuerza de los hechos que condujeron a la promulgación de la Constitución de 1787, fue la Revolución Francesa el contexto en el que se definió el concepto de Poder Constituyente por primera vez. Esta reflexión salió a la luz con la obra *¿Qué es el Tercer Estado?* (1788), escrita en el fervor del proceso revolucionario por un de sus principales protagonistas, Emmanuel Joseph Sieyès.⁶⁷

La obra denuncia netamente el flagrante desequilibrio, en términos de representación, de los Estados Generales⁶⁸ convocados por el Rey en Agosto de 1788 para viabilizar una solución para la trágica situación económica en la que se encontraba Francia. Testigo vivo y activo de esta insoluble situación en la que dos de los Estados, Nobleza y Clero —que gozaban de innumerables privilegios y que representaban una parte minoritaria de la población, razones por las que no tenían ningún interés en modificar la situación— disponían siempre de ventajas en las deliberaciones gracias al sistema de voto por Estado, en detrimento del Tercer Estado, que representaba a la mayoría de la población, Sieyès presenta sus argumentos introducidos a través de preguntas simples y desarrollados desde respuestas sucintas.

⁶⁷ “Sieyès pode ser considerado, apesar de se discutir a originalidade das suas posições, o primeiro expositor de uma concepção de poder constituinte valorizadora dos princípios da soberania da Nação, da igualdade, da liberdade individual, da separação de poderes e da representação política. (...) A sua preocupação foi — como notou Marcel Prélot — a de, consultando não os factos à maneira dos físicos mas antes a razão, constituir logicamente, cientificamente, uma maquinaria política cuja perfeição assegurasse a eficácia e garantisse a duração. (D’OLIVEIRA MARTINS, Afonso. O Poder Constituinte na gênese do constitucionalismo moderno. In: *Estado e Direito – Revista Semestral Luso-Espanhola de Direito Público*, N. 5-6, 1990, p. 83).

⁶⁸ “Estates-General, also called States General, French États-Genéreux, in France of the pre-Revolutionary monarchy, the representative assembly of the three ‘estates’, or orders of the realm; the clergy and nobility — which were privileged minorities — and a Third State, which represented the majority of the people. The origins of the Estates-General are to be found in traditions of counsel and aid and the development of corporate representation in the 13th century. (...) By the end of the 15th century the Estates-General could be said to have acquired its main characteristics, but it was not, nor would it ever become, an institution. (...) The Estates-General of 1614, held during the minority of Louis XIII, revealed one of the body’s major weakness — the inability of the three orders to agree because of conflicting interests. (...) The next and last meeting of the Estates-General was at the beginning of the French Revolution (1789), in the face of a financial crisis, widespread agitation, and the weakening power of the king.” (The New Encyclopedia Britannica, volume 4, Chicago: Encyclopedia Britannica, 1998, Estates-General, p. 568).

El Abate parte de una premisa prosaica que responde a la pregunta “¿Qué es el Tercer Estado?”, no dudando en preconizar que este todo era la nación entera. Se profundiza en el concepto de nación en el subsiguiente desarrollo de esta idea: “¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura.”⁶⁹ La aparente simplicidad de este punto de partida es engañosa, pues la relevancia del concepto de nación en el pensamiento de Sieyés resulta del hecho de que a ésta pertenece, como afirmará más adelante, la titularidad del Poder Constituyente. No es difícil percibir un sutil cambio de énfasis en este conciso concepto respecto a las consideraciones de Vattel, algunas décadas antes. Sieyés, siguiendo el ejemplo del filósofo suizo, trabajó con la idea de asociación como presupuesto de la nación. Tanto en las consideraciones de éste como en las de aquél, la nación resulta de la necesidad humana de asociarse. El Abate, sin embargo, introduce un elemento que Vattel, a pesar de considerarlo, no trata bajo una perspectiva innovadora: la representación. Los términos en los cuales Vattel utiliza la idea de representación están mucho más cercanos a Hobbes que a Sieyés. El soberano, para el filósofo suizo, es aquél que ejercía la autoridad pública para ordenar y dirigir las acciones individuales en favor de la asociación, y encarna la representación en un sentido puramente “hobbesiano”.⁷⁰

Para Sieyés, no cabe duda de que la soberanía pertenece a la nación, y que ésta se configura a través de la asociación de la colectividad productiva que decide darse a sí misma una forma política. Ya no se trata, sin embargo, de una concesión de poder absoluto al soberano, aunque ésta esté orientada al ejercicio de una autoridad pública indispensable para la sociedad. La representación en Sieyés es una forma de filtrar la propia naturaleza “dionisiaca” de la soberanía, operando dialécticamente sobre la nación en sí misma. Es decir, se entiende que la nación desencadena una fuerza capaz de instaurar una estructura y que así lo hace a causa de su propia falta de

⁶⁹ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el Tercer Estado?* Barcelona: Orbis, 1973, p. 29.

⁷⁰ “Luego que confiere a alguno la soberanía, deposita en él su entendimiento y su voluntad, le transmite sus obligaciones y sus derechos en cuanto dicen relación con la administración del Estado y con el ejercicio de la autoridad pública; de manera que siendo el soberano por este medio la persona en quien residen las obligaciones y los derechos relativos al gobierno, él es el representante de esta persona moral, que sin cesar absolutamente de existir en la nación, obra en adelante solo en él y por él.” (VATTEL, E. Op. cit., 1834, p. 44, 45).

limitación. No obstante, tras la instauración del orden político, la representación ya no se considera en el sentido “hobbesiano”, parcialmente asimilado por Vattel⁷¹. Por el contrario, ante el imperio de la Constitución la propia soberanía de la nación se ve vaciada, permaneciendo en un estado de latencia.⁷²

Partiendo de una premisa iusnaturalista, el Abate asevera que la asociación con el fin de sobrevivir es lo que, en un primer momento, acaba por constituir el presupuesto más inmediato de la nación y que ésta, por la fuerza de la acción de la voluntad común, engendra el gobierno que lanza las bases institucionales de la vida en sociedad⁷³. La estructura resultante de esta coyuntura ya no carece de límite y la voluntad que se expresa, en este contexto, tiene una esencia representativa, sucediendo lógicamente y cronológicamente a la voluntad común. Considerados estos presupuestos, Sieyés establece un concepto de Constitución, y señala la necesidad que tiene el gobierno de ella, al aseverar: “Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes propias para hacerle cumplir las

⁷¹ Vattel admite que el soberano se encuentra limitado por la observancia a las leyes fundamentales, pero no ve como absolutamente incompatibles el absolutismo y el ejercicio de la soberanía, afirma el poder del Príncipe para abolir incluso las leyes fundamentales si su sabiduría así se lo indicara y el bien del Estado así lo impusiese. Asevera, que “(...) si el Príncipe está revestido de la soberanía plena, absoluta é [sic] ilimitada, es superior á [sic] las leyes, las cuales reciben de él toda su fuerza, y puede dispensárselas todas las veces que la justicia y equidad naturales se lo permitan.” (*Ibidem*, p. 49).

⁷² Conforme señala Ramón Maíz, al destacar los matices y la interpenetración existentes entre las nociones de nación y pueblo, enunciadas por Sieyés, respecto a la naturaleza de la soberanía: “La nación, ‘la generalidad de los ciudadanos’, deviene así titular de soberanía en cuanto conjunto de individuos unificados por el interés compartido de proteger sus derechos y la consiguiente voluntad originaria de dotarse de un Estado. Ahora bien, esta soberanía previa al Estado, se agota, según Sieyés, y se consume íntegramente en la voz del poder constituyente. Si el Estado nace como Estado constitucional, (...) la nación es soberana sólo hasta el momento mismo en que se pronuncia el poder constituyente, permaneciendo en el estadio prepositivo de naturaleza (...). Para Sieyés, (...) la nación jurídicamente organizada es el pueblo y, en tanto que constitucionalmente limitada, no soberano. (MAÍZ, Ramón. Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la Revolución Francesa. In: PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998, p. 181, 182).

⁷³ “Pero como hace falta siempre ser claro, y no se lo es discurriendo sin principios, rogaremos al menos al lector que considere en la formación de las sociedades políticas tres épocas cuya distinción preparará a necesarias aclaraciones. En la primera se concibe un número más o menos considerable de individuos aislados que quieren reunirse. Por ese solo hecho forman ya una nación; tienen todos los derechos de ésta; ya no se trata más que de ejercerlos. (...) La segunda época está caracterizada por la acción de la voluntad común. [Los asociados] Separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por consiguiente de poder, a algunos entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración. (...) Distingo la tercera época de la segunda en que no es ya la voluntad común real la que obra, es una voluntad común representativa.” (SIEYÉS, E. J. Op., cit., 1973, p. 82, 83, 84).

funciones a que se lo ha querido destinar. Eso es lo que se llama la Constitución de ese cuerpo.”⁷⁴ La titularidad del poder de crear la Constitución, de acuerdo con lo que ya señalamos, está en las manos de la nación, que lo ejerce a través de sus representantes, sin limitaciones jurídico-positivas y por medio de las formas que considere convenientes. Para el Abate, la distinción entre crear esta estructura a partir de la que se ejerce el gobierno, partiendo del presupuesto representado por la Constitución, es suficientemente neta, y a través de ella, se introduce el concepto de Poder Constituyente y se deduce la supremacía normativa de la Constitución.⁷⁵

En el razonamiento que lleva a Sieyés a concluir la existencia de un Poder Constituyente cuya titularidad corresponde a la nación, es posible percibir una evidente distinción respecto del proceso revolucionario norteamericano. La ruptura establecida por la Revolución no fue precedida de ninguna experiencia semejante a aquella ocurrida en las Colonias inglesas. Mientras que en los Estados Unidos, como ya señalamos, el Poder Constituyente pertenecía al pueblo por el simple hecho de que la acción de pactar, de establecer cartas de autoorganización y de deliberar acerca de los rumbos de la comunidad en asambleas comunitarias, había sido una experiencia constante en lo cotidiano de las colonias, en Francia, se optó por engendrar una entidad abstracta que en verdad venía a sustituir al propio monarca absoluto. Hannah Arendt señala que esta necesidad resultaba de la ineluctable crisis de autoridad política que se vive en Europa desde el inicio del proceso de formación de los Estados nacionales, dando lugar a una radicalización de la secularización del poder político.⁷⁶ Lo que antes emanaba

⁷⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁷⁵ “En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda Constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial.” (*Ibid.*, p. 86).

⁷⁶ “European absolutism in theory and practice, the existence of an absolute sovereign whose will is the source of both power and law, was a relatively new phenomenon; it had been the first and most conspicuous consequence of what we call secularization, namely, the emancipation of secular power from the authority of the Church. (...) Moreover, it was precisely the use of absolutism which for centuries clouded these perplexities because it seemed to have found, within the political realm itself, a fully satisfactory substitute for the lost religious sanction of secular authority in the person of the king or rather in the institution of kingship. But this solution, which the revolutions soon enough were to unmask as a pseudo-solution, served only to hide, for some centuries, the most elementary predicament of all modern political bodies, their profound instability, the result of some elementary lack of authority.” (ARENDR, H. Op. cit.,

de la voluntad divina, en cuanto elemento absoluto que le confería fundamento, pasa a las manos del Rey, que mantiene un vínculo, aunque indirecto, con el reino de los cielos. La alternativa al vaciamiento del poder real, al vacío creado con la reivindicación de libertad pública propagada por la Revolución, no encontró, en Francia, una estructura susceptible de sustituir, a la altura, la capacidad unitaria y centralizadora que representaba el poder absolutista del Rey. La nación que Sieyès engendra y que considera poseedora del Poder Constituyente, trae inequívocamente a colación estas características⁷⁷, asimilando, así, el carácter absoluto que antes estaba adscrito a la figura del Rey y, en este aspecto, aproximándolo nuevamente al pensamiento de Vattel.

En su razonamiento, la nación es la consecuencia necesaria del proceso de asociación hacia la que los hombres convergen y el fundamento de toda la estructura de esta sociedad. De ella proceden las formas a través de las cuales se crea la Constitución. La nación es perenne, absoluta, no susceptible de desaparición y se expresa por medio de sus representantes,⁷⁸ que serían, en la perspectiva de Sieyès, ordinarios o extraordinarios, conforme ejercieran la función de gobierno o la de creación de la Constitución, respectivamente. En este último caso, el autor no duda en afirmar la ausencia de límites jurídico-positivos del Poder Constituyente, tanto en términos formales como en términos materiales, ya que los representantes actúan “como si” fueran la propia nación.⁷⁹

Ante los eventos que denunciaban la vertiginosa ruptura con el Antiguo Régimen nace, definitivamente, la categoría propiamente dicha del Poder

1990, p. 159).

⁷⁷ “La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el Derecho natural. (...) Sería ridículo suponer a la nación misma ligada por las formalidades o por la Constitución a que ella ha sujetado a sus mandatarios. (...) La nación se forma por el sólo Derecho natural. El gobierno, por el contrario, sólo puede pertenecer al Derecho positivo.” (SIEYÉS, E. J. Op. cit., 1973, p. 85, 86, 87).

⁷⁸ “Debe concebirse las naciones sobre la tierra como individuos fuera del lazo social o, según se dice, en el estado de naturaleza. El ejercicio de su voluntad es libre e independiente de todas las formas civiles. (...) De cualquier manera que una nación quiera, basta que quiera; todas las formas son buenas, y su voluntad es siempre la ley suprema. (...) Repitémoslo: una nación es independiente de toda forma; y de cualquier manera que quiera, basta que su voluntad aparezca para que todo derecho positivo cese ante ella como ante la fuente y el dueño supremo de todo derecho positivo.” (*Ibidem*, p. 89, 90).

⁷⁹ “Un cuerpo de representantes extraordinarios sule a la asamblea de esta nación. No tiene necesidad, sin duda, de estar encargado de la plenitud de la voluntad nacional; no necesita más que un poder especial, y en casos raros; pero reemplaza a la nación en su independencia de toda clase de formas constitucionales.” (*Ibid.*, p. 91, 92).

Constituyente, dotada de los elementos que incluso hoy la singularizan en el plano de la Teoría de la Constitución. Su génesis en el universo político moderno, por lo tanto, no prescinde de un carácter esencialmente revolucionario.⁸⁰ Si a un lado del Atlántico su surgimiento careció de una reflexión teórica que respaldara los eventos que denunciaban su existencia, en la otra orilla no pasó lo mismo. En el contexto de las revoluciones modernas, mientras en América el poder político con fundamento en el ejercicio popular de la libertad pública, origina una Constitución que se afirma como fuente suprema del Derecho, en Francia, Sieyès bautiza la categoría, la define y argumenta acerca de la entidad que ejercía su titularidad, defiende su falta de limitación formal y jurídico-positiva, delimita los principios de su ejercicio y deduce la distinción jerárquica entre la norma que procede del Poder Constituyente y los actos cuya fuente es el poder constituido.⁸¹

Desde Vattel a Sieyès, por tanto, y tomando en consideración los hechos que sacudieron el Occidente tanto en el Nuevo como en el Viejo Mundo —es decir, la innegable evidencia de que, en ambos contextos, el fenómeno constituyente fue una realidad— un nuevo paradigma parecía afirmarse en el universo político moderno. La esencia de este paradigma, cuyos presupuestos constituyen ya el meollo de algunas de las preocupaciones de Vattel, atiende, a partir de Sieyès, al nombre de Poder Constituyente y su manifestación se comprende como capaz de crear la Constitución, la unidad política del Estado.

⁸⁰ “Las revoluciones de finales del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en un primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular. Se trata, en pocas palabras, del poder constituyente (...).” (FIORAVANTI, M. Op. cit. 2001, p. 103).

⁸¹ En el curso de la Revolución Francesa, al menos en su fase moderada, es posible observar la asimilación de parte del ideario expuesto por Sieyès. Evidencia de ello es el contenido de la Sección 1, del Título III, donde se consagra la soberanía de la nación, con el ejercicio de sus poderes a través de la representación: “La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice.” No tardaría hasta que los preceptos enunciados por Sieyès en torno al Poder Constituyente fueran ignorados y que, a penas dos años tras la Constitución de 1791, fuera enunciada en el nuevo texto constitucional de 1793 la soberanía popular, incluyendo todos los ciudadanos: “Art. 7. Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français.” Esta afirmación ligada indisociablemente al período más radical e inestable de la Revolución iría marcar la manera como sería considerada la Constitución a lo largo del Siglo XIX en Europa continental.

3. Los matices del Poder Constituyente en cuanto categoría a lo largo de los siglos XIX y XX

La forma de abordar el Poder Constituyente a lo largo del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX, depende de la manera en que las propias Constituciones son consideradas en cada momento específico. La génesis de las primeras Cartas Constitucionales en América y Francia determinó de forma indeleble la comprensión posrevolucionaria de la naturaleza y la conveniencia del ejercicio del Poder Constituyente para el orden político. Esta comprensión no supuso una necesidad constante de justificación en el proceso constitucional americano — que tuvo éxito en el intento de estructurar un cuerpo político estable a través de la ruptura revolucionaria—, sino en el curso de la Revolución Francesa. En ésta, los sucesivos intentos por estructurar un ordenamiento político duradero fracasaron estrepitosamente. La Constitución de 1791, a pesar de prever un papel político para el Rey por medio del ejercicio del poder de veto a los proyectos legislativos de la Asamblea, establecía una macrocefalia parlamentaria⁸² que tiraba por tierra la propia condición que desde 1789 se imponía como presupuesto para la consideración de cualquier Constitución como tal: la separación de poderes.⁸³ Cuando el proceso revolucionario desembocó en la fase más radical, con la ascensión jacobina al

⁸² Acerca de la Constitución de 1791, Fioravanti señala: “Se trataba de una constitución construida completamente en torno a la primacía del poder legislativo, privada casi totalmente de verdaderos y auténticos contrapesos, y así de la posibilidad misma de contrastar, en el plano legal y constitucional, ese mismo poder. (...) La Constitución partía, en efecto, de la idea de que el gobierno de la nación debía llevarse adelante por la misma asamblea legislativa, y que el poder ejecutivo se agotaba por ello en la simple administración superior, en la organización de los medios necesarios para la aplicación de la ley.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 115). En efecto, el Rey no participaba en el proceso legislativo más que en dos etapas y de forma bastante tímida: a través de la invitación para la toma en consideración de una materia —teniendo en cuenta que la proposición de ley no era competencia suya (*Constitution du 3 Septembre, 1791, Titre III, Chapitre III, Section Première, Art. 1°, 1: La Constitution délègue exclusivement au Corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après : 1° De proposer et décréter les lois : le roi peut seulement inviter le Corps législatif à prendre un objet en considération*); por otro lado, en el caso de que el Rey se negara a sancionar una ley, esta negativa sólo tenía un efecto suspensivo, y podía ser superada a través de la presentación del mismo proyecto, en los mismos términos, durante dos legislaturas consecutivas (*Constitution du 3 Septembre, 1791, Titre III, Chapitre III, Section III, Art. 2: Dans le cas où le roi refuse son consentement, ce refus n'est que suspensif. - Lorsque les deux législatures qui suivront celle qui aura présenté le décret, auront successivement représenté le même décret dans les mêmes termes, le roi sera censé avoir donné la sanction*).

⁸³ Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, Art. 16: Société dans l'aquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

poder, el propio fundamento de la soberanía sufrió un cambio inevitable. Ya no se consideraría la nación, en cuanto entidad abstracta y encarnada en los representantes del pueblo, como titular del Poder Constituyente. Tampoco la noción de “pueblo” en cuanto categoría permanecería igual entre los Jacobinos. Es cierto que la representación era una herramienta para articular el ejercicio de la soberanía, sin embargo, a partir de ahora, el Cuerpo Legislativo asumiría un carácter prácticamente absoluto.⁸⁴ El pueblo, como grandeza numérica, pasaba a manifestar directamente su voluntad, y el Poder Constituyente cambiaba de un ejercicio extraordinario a otro de carácter cotidiano y corriente.⁸⁵

Lo que la Revolución, al fin y al cabo, ponía de manifiesto —presupuesto un vaciamiento total del poder absoluto del monarca— era el dilema de la necesidad de engendrar mecanismos de control para una ruptura cuyo objetivo, paradójicamente, consistía en la instauración de la propia estabilidad en el cuerpo político. El Poder Constituyente desencadenado por el proceso revolucionario y situado en las manos del pueblo o de la nación, en vez de representar un elemento de expansión de la libertad pública fue considerado, casi de inmediato y a la luz de la grave inestabilidad cuya fuente originaria era la propia Revolución, como la más seria amenaza a la estabilidad del orden

⁸⁴ Ramón Maíz destaca este cambio, al señalar: “En efecto, el concepto jacobino de ‘pueblo’ constituye un concepto tan abstracto como la concepción de ‘nación’ que, frente a Sieyès, fijaría el Comité de Constitución en 1791. Y ello en sus dos versiones fundamentales. En un principio, desde la oposición (1789-1792), por pueblo entenderán los jacobinos las secciones, las sociedades, finalmente, el partido jacobino mismo; esto es, los sectores más movilizados del pueblo, la vanguardia consciente de los verdaderos intereses de las masas ‘sansculottes’, a la que la representación moderada habría privado de protagonismo y usurpado su poder revolucionario al institucionalizar la revolución. En un segundo momento, desde el Gobierno Revolucionario y el Terror (1793-1794), el pueblo deviene un sujeto colectivo metafísico, en el que el individuo, devenido en una mera ‘fracción del soberano resulta por entero absorbido, un ser en potencia al que hay que actualizar, encarnar en su unidad desde arriba, mediante una suerte de representación hobbesiana, o mejor aún hegeliana, esto es, unificado como pueblo por el soberano mediante ‘la subjetividad como decisión última de la voluntad’.” (MAÍZ, R. Op. cit., 1998, p. 187).

⁸⁵ Respecto a este aspecto, afirma Fioravanti: “(...) Y, en efecto, la Constitución de 1793 preveía un verdadero y auténtico mecanismo normativo de transformación del procedimiento de legislación ordinaria en procedimiento de referendo, y sobre todo diseñaba un procedimiento de revisión constitucional que sólo se podía activar desde abajo, a partir de las asambleas primarias dentro de las cuales estaba reunido el pueblo soberano, contrapuesto de manera clara al procedimiento casi exclusivamente parlamentario previsto en la Constitución de 1791.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 117). En efecto, los pasos para el ejercicio de un nuevo Poder Constituyente, conforme el texto de la Constitución de 1793 (Art. 115), eran idénticos, en términos formales a la aprobación de la propuesta de ley por los Departamentos y Asambleas Primarias, caso hubiese alguna discordancia de dicha propuesta (Art. 56-60), incluso no había distinción formal entre la Legislatura y la Convención Nacional, que efectuaría la revisión de la Constitución (Art. 116).

político y al equilibrio de poderes. El debate volvió a centrarse en la cuestión de la soberanía y, en términos fácticos, la mayor víctima de esta polémica fue la eficacia de la Constitución y, por consiguiente, la propia esencia del Poder Constituyente, puesto que si no es posible derivar de este fenómeno político una norma superior a las demás, que condicione la propia actividad político-jurídica, no hay razón suficiente para considerarlo relevante en el universo político moderno.⁸⁶

En este sentido, obviamente no sorprende que las reacciones a tales consecuencias inmediatas de la Revolución no tardaran en aparecer. Lo sorprendente, sin embargo, es que los más vigorosos reproches al proceso revolucionario francés provinieran precisamente de Edmund Burke, en su obra *Reflections on the Revolution in France* (1790), lo que denotaba, a través de la incomunicabilidad entre la experiencia de la ruptura inglesa y la francoamericana, la naturaleza peculiar de la Revolución moderna y la esencia supuestamente deletérea del Poder Constituyente para el orden político. Situando la Revolución Gloriosa en un nivel completamente distinto del de los movimientos de finales del siglo XVIII⁸⁷, Burke contrastaba la experiencia política francesa con el constitucionalismo inglés. Partiendo de los presupuestos de la certeza y de la garantía, consideraba la Constitución como una conquista lenta⁸⁸, razón por la que condenaba la Revolución Francesa porque amenazaba la estabilidad y, al fin y al cabo, los propios derechos de los ciudadanos, pues desencadenaba una fuerza que sacudía el mundo político y

⁸⁶ Acerca de este contexto, cabe fijar la observación de Santiago Muñoz Machado: “La reaparición en Francia de las fuerzas dominantes en el Antiguo Régimen era un riesgo abierto que se realizó en la primera oportunidad. Surgió ésta con la derrota definitiva del régimen napoleónico. A partir de entonces la voluntad constituyente, expresada democráticamente por el pueblo, se sustituye por una decisión del monarca que es quien ‘otorga’ a su pueblo un documento constitucional (al que, con buenas razones, no se llama Constitución, sino ‘Carta’), que se limita a referirse a la organización de los poderes, excluyendo todo lo concerniente a la defensa y protección de los derechos que había sido el objetivo principal de los primeros pactos constitucionales.” (MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Constitución*. Madrid: Iustel, 2004, p. 25, 26).

⁸⁷ “The Revolution was made to preserve our ancient, indisputable laws and liberties, and that ancient constitution of government which is our only security for law and liberty. (...) The very idea of the fabrication of a new government is enough to fill us with disgust and horror. We wished at the period of the Revolution, and do now wish, to derive all we possess as an inheritance from our forefathers.” (BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. London: Oxford University Press, 1950, p. 33).

⁸⁸ “People will not look forward to posterity, who never looks backward to their ancestors. Besides, the people of England well know that the idea of inheritance furnishes a sure principle of conservation, and a sure principle of transmission; without at all excluding a principle of improvement. (...) By a constitutional policy working after the pattern of nature, we receive, we hold, we transmit our government and our privileges, in the same manner in which we enjoy and transmit our property and our lives.” (*Ibidem*, p. 36).

lo ponía sobre un terreno movedizo en el que los rumbos del cuerpo político dependían de la aplastante voluntad de la mayoría. Es decir, lo que la Revolución había hecho no pasaba de una mera sustitución del despotismo del monarca por el despotismo de la multitud.⁸⁹

Al establecer, en estos términos, sus críticas, Burke se enfrentaba al propio Poder Constituyente en cuanto principio que, tanto en Francia como en América, aparecía como capaz de, si no garantizar la estabilidad y perpetuidad del nuevo orden político, al menos de institucionalizar las directrices orientadoras de la Revolución. Una institucionalización que, por otro lado, se garantizaba a través de la ruptura, y que culminaba un largo proceso de crisis del fundamento del poder, hasta que se encontrase uno nuevo absoluto, en la forma de pueblo o nación. También Kant, al establecer la Constitución Republicana como la Constitución del futuro, y destacar como principios básicos de este nuevo orden la libertad y la igualdad —de acuerdo con el contenido de la Declaración de Derechos de 1789—, y delimitar una distinción entre forma de Estado y forma de gobierno, defiende el equilibrio que se establece como pauta en la separación de poderes, y considera el principio democrático una seria amenaza a este contexto.⁹⁰

Por otro lado, a través de una experiencia *in situ* en los Estados Unidos, Tocqueville afirma que la democracia no conduce necesariamente a la renuncia del equilibrio entre los poderes. En este contexto, interpreta el control de constitucionalidad en América, como un contrapeso al carácter más impulsivo de la democracia, y reivindica que se retome la práctica asociativa en Francia.

⁸⁹ “But where popular authority is absolute and unrestrained, the people have an infinitely greater, because a far better founded confidence in their own power. (...) They are nearer to their objects. Besides, they are less under responsibility to one of the greatest controlling powers on earth, the sense of fame and estimation. The share of infamy, that is likely to fall to the lot of each individual in public acts, is small indeed; the operation of opinion being in the inverse ratio to the number of those who abuse power. A perfect democracy is therefore the most shameless thing in the world. (...) In obtaining and securing their power, the assembly proceeds upon principles the most opposite to those which appear to direct them in the use of it. (...) They proceed exactly as their ancestors of ambition have done before them. — Trace them through all their artifices, frauds, and violences, you can find nothing at all that is new. (...) They never depart an iota from the authentic formulas of tyranny and usurpation.” (*Ibid.*, p. 102, 183).

⁹⁰ “La reflexión kantiana sobre la constitución puede situarse en el origen de todas esas doctrinas que se dirigen a rescribir el concepto mismo de soberanía popular, intentando evitar el exceso radical en el que había caído la Revolución en su fase jacobina, sobre todo con el objetivo de introducir ese concepto en una forma constitucional antidespótica, basada en el principio de la separación de poderes, de forma que garantizara lo mejor posible aquellos principios de libertad e igualdad que la misma Revolución había afirmado.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 126).

Benjamin Constant, ya en un contexto relativamente lejano de la Revolución, enuncia ideas que reflejan la forma como la Constitución iba a ser encarada en Europa a lo largo de todo el siglo XIX. Decidido a establecer un poder político limitado⁹¹, Constant admite la soberanía popular —no antes de negar vehementemente su carácter absoluto⁹²—, pero simplemente en el sentido de que la supremacía de la voluntad general informaría la ley de un carácter general y abstracto, necesarios para conducirla a una posición a través de la que alcanzaría a un número indefinido de personas. Esta entidad soberana, por otro lado, limitada por la opinión general y por el equilibrio de poderes⁹³, estaría identificada en la figura del legislador, y tendría como presupuesto la imposibilidad de contradicción entre la Constitución y la ley en nombre de los derechos. Constant afirma, de este modo, que éstos pertenecen a la esfera legislativa, mientras la Constitución se ocuparía exclusivamente de la delimitación y construcción de la forma de gobierno.

En efecto, ninguna otra idea marcaría de manera tan definitiva la perspectiva dominante bajo la que las Cartas Constitucionales fueron encaradas a partir de las primeras décadas del siglo XIX y, por tanto, no mucho tiempo después de la Revolución Francesa. En cierta forma, la propia Revolución le había ofrecido fuertes argumentos a esta concepción. No es otra la conclusión a la que se llega al leer el contenido del Art. 6° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. (...)”

Esta idea de Constitución fué util para la reacción contrarrevolucionaria contra los principios que apuntaron al final del siglo XVIII. Un documento que

⁹¹ “La soberanía sólo existe de una manera limitada y relativa. Allí donde empieza la independencia y la existencia individual se detiene la jurisdicción de esta soberanía. Si la sociedad franquea esta línea, es tan culpable como el déspota cuyo único título es la espada exterminadora. La sociedad no puede excederse en sus competencias sin convertirse en usurpadora, ni la mayoría sin ser facciosa.” (CONSTANT, Benjamín. *Escritos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 10).

⁹² “La soberanía popular no es ilimitada. Está circunscrita a los límites que marcan la justicia y los derechos individuales. La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto. Los representantes de una nación no tienen derecho a hacer lo que ni siquiera la nación tiene derecho a hacer por sí misma.” (*Ibidem*, p. 17)

⁹³ “La limitación de la soberanía es, pues, legítima y posible. Estará garantizada en primer lugar por la fuerza que garantiza todas las verdades reconocidas como tales: por la opinión general. A continuación lo estará de manera más precisa, por la distribución y por el equilibrio de poderes.” (*Ibid.*, p. 19).

se limitara a definir, en líneas generales, los principios políticos que conformaban el Estado y que no pudiese invocarse para defensa de derechos subjetivos carecería, obviamente, de cualquier valor normativo, de modo que ya no habría que preocuparse por el principio que inspira al fenómeno constituyente, y su vigorosa amenaza para la estabilidad del cuerpo político. La Constitución sería, así, una herramienta de carácter ideológico, pero vaciada de cualquier supremacía normativa que posibilitara su prevalencia sobre la Ley. En el escenario político europeo, la soberanía popular, con un contenido considerado amenazador para la estabilidad del cuerpo político, sería sustituida, ora por la soberanía del monarca, encubierta como gobierno constitucional, ora por la del Parlamento, como órgano competente para legislar y, por lo tanto, para enunciar la voluntad general.⁹⁴ A lo largo del siglo XIX, como señala Santiago Muñoz Machado, la superioridad de la Constitución, en el continente europeo, no se comprende como una superioridad normativa, en el sentido enunciado en la Constitución de los Estados Unidos de América a finales del siglo XVIII. Solo se afirma en términos de rigidez constitucional y de su virtual intangibilidad. Pero incluso esto no tardaría en cambiar a lo largo del siglo XIX, hasta el punto de provocar la vulnerabilidad de la Constitución ante la propia ley.⁹⁵ Esta afirmación halla una elocuente demostración en la inexistencia de un control de constitucionalidad que sometiera a la criba de la Constitución el contenido de la legislación ordinaria.

El Poder Constituyente, que surgió marcado con la divisa de la ruptura y del establecimiento de un orden político asentado en un documento cuya supremacía se afirmaba no solamente sobre la dimensión política de una

⁹⁴ En este sentido, Santiago Muñoz Machado señala: "Este esquema organizativo será lo que la doctrina denomine principio monárquico, que será la base de la organización constitucional durante largos periodos del siglo XIX, a veces actuando secamente y como justificación exclusiva del documento constitucional, y otras en combinación con el principio democrático, para fundar el hecho constituyente en un pacto entre el monarca y los representantes del pueblo." Más adelante, tratando de la crisis de la idea de la Constitución como norma superior, afirma: (...) Lo cual significa que en el constitucionalismo europeo del siglo XIX se da reiteradamente la intención, nada larvada y desde el origen, de constituir a la ley en fuente suprema del ordenamiento y al Parlamento en el intérprete máximo de las leyes, desplazando, por razón del primer postulado, a la Constitución misma como norma superior, y, en razón al segundo, a los jueces como máximos intérpretes." (MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit., 2004, p. 26, 44).

⁹⁵ "La doctrina publicista que escribe a finales del siglo XIX o primeros del siglo XX está toda de acuerdo con la idea de que la Constitución está disponible para las leyes ordinarias. Opinión que se expresa en los términos más crudos y que es el resultado final del descrédito de las Constituciones escritas, que pierden su condición de normas superiores, se mantenga o no la creencia de que la Constitución material o sustancial es inmodificable." (*Ibidem*, p. 45).

sociedad, sino fundamentalmente —en cuanto presupuesto de la posterior estabilidad de este cuerpo político— como fuente primordial del Derecho, se ve así esencialmente afectado por un contexto en el que se ubica en el Parlamento la fuente de todo derecho y en la ley la expresión última de su voluntad.⁹⁶ Tratar, por lo tanto, del Poder Constituyente en el siglo XIX es referirse, no sólo a una categoría claudicante en el mundo jurídico, sino a un fenómeno sustancialmente distinto de aquél que animó los movimientos revolucionarios en las últimas décadas del siglo inmediatamente anterior. A medida que se atribuye a la Constitución una función política meramente figurativa y sin mayor relevancia jurídica, se desfigura el núcleo de la noción de Poder Constituyente en cuanto fenómeno a partir del que surge un documento dirigido a encabezar el orden jurídico. Pierde sentido, por lo tanto, la afirmación de la Constitución como ley fundamental.

Aún así, el debate constitucional posrevolucionario cobraría un nuevo impulso con la contribución del Derecho alemán y los planteamientos iniciales de Hegel. Al argumentar desde el fragmentario contexto político germánico de la primera mitad del siglo XIX, el filósofo alemán defiende la adopción de un modelo constitucional que exprese la existencia de un Estado, y enuncia un principio político común. El argumento de Hegel, sin embargo, no tendía hacia una reinvestidura del Poder Constituyente en manos del pueblo, sino que, vaciando la soberanía del Monarca, de los estamentos, así como la de cualquier órgano fuera de la Constitución, en cuanto Constitución estatal, atribuía la soberanía, al fin y al cabo, al Estado.

Un paso adelante en la tesis de la soberanía del Estado, profundizando algunas de las reflexiones ya en evidencia, se encuentra en la contribución de Jellinek a la idea del vínculo entre el Estado y la Constitución cuando desarrolla sus consideraciones sobre el Estado de Derecho. Para él, no cabe confundir la soberanía del órgano con la soberanía del Estado, cuyo poder soberano, a la luz de la evolución histórica del tema, se define como aquel “(...) que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente el poder supremo e

⁹⁶ “El Parlamento se instituye de esta manera en el gran depositario de la soberanía, y su voluntad expresada en leyes es irresistible para los ciudadanos. Esta fuerza máxima de disposición permitirá al legislador equipararse con el constituyente, sobre todo porque de ninguna manera jurídica podría llegarse a controlar su contenido.” (*Ibid.*, p. 44).

independiente.⁹⁷ Esto no significa, sin embargo, que la falta de limitación sea una marca inevitable del poder soberano estatal. En verdad, en el ámbito interno, el Estado tiene límites concretos tanto en la imposibilidad de prescindir de un orden jurídico como en su sujeción a este mismo orden. Y en el ámbito externo, también por voluntad propia, el Estado se obliga ante el orden internacional.⁹⁸

Jellinek define netamente la noción de no-limitación del Poder estatal, esclareciendo que, en términos positivos, la soberanía “(...) consiste (...) en la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de su voluntad soberana, un contenido que la obligue, y en la de determinar en todas las direcciones su propio orden jurídico.”⁹⁹ Todo ello, no obstante, bajo el imperio del Derecho, de modo que esta capacidad de desvincularse de una limitación impuesta por sí mismo sólo se puede concretar por la vía jurídica.¹⁰⁰

La doctrina de la soberanía del Estado establece una nueva tendencia en el constitucionalismo de fines del siglo XIX que, como ya señalamos, no tiende hacia el Monarca, el Parlamento o el pueblo, pero tampoco contribuye a configurar la fuerza normativa de la Constitución ni la relevancia del Poder Constituyente en cuanto fenómeno político-jurídico y categoría, por excelencia, del Derecho Constitucional. Al profundizar en su análisis del Estado de Derecho y definir la Constitución como un conjunto de “(...) principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y (...) la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”¹⁰¹, Jellinek crea, sin embargo, como

⁹⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 432.

⁹⁸ Este elemento de autosumisión está muy presente en la concepción que Jellinek expresa de la propia soberanía: “Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico. Expresada en una fórmula breve significa (...), la soberanía, la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo.” (*Ibidem*, p. 437, 438).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 438.

¹⁰⁰ “[El poder soberano] No tolera restricción jurídica alguna absoluta; puede el Estado sustraerse a toda limitación que se imponga a sí mismo, pero sólo creando en forma de derecho, nuevas limitaciones.” (*Ibid.*, p. 438).

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 457.

bien destaca Fioravanti,¹⁰² un vínculo inquebrantable entre la Constitución y el Estado, que pasarán, por lo tanto, a comprenderse como realidades recíprocamente complementarias. Por consiguiente, de cara a la naturaleza exclusivamente estatal de la Constitución, que habría de arraigar definitivamente en el pensamiento constitucional, la intromisión de una entidad externa al ordenamiento de un Estado, por no estar sujeta a los parámetros constitucionales, no dejará de verse, hasta nuestros días, como una amenaza a la soberanía.

Por otro lado, no será hasta la segunda década del siglo XX, a través de la promulgación de la Constitución de Weimar — un hecho paradigmático que pone en evidencia los principales temas del Derecho Constitucional, entre los cuales se halla el Poder Constituyente—¹⁰³ cuando el principio de la soberanía popular sea reafirmado, y el Poder Constituyente vuelva a adquirir relevancia fáctica y teórica. Ante este contexto, el planteamiento neopositivista de Hans Kelsen representa una etapa definitiva para la incorporación y consolidación definitiva del Poder Constituyente al campo epistemológico del Derecho Constitucional.

La argumentación de Kelsen se asienta en la distinción entre Constitución en sentido lógico-jurídico y en sentido jurídico-positivo. La Constitución en sentido lógico-jurídico sería lo que denomina Norma Fundamental, de naturaleza hipotética, que, presupuesta e incondicionada por normas de Derecho positivo, vincula todo el ordenamiento y le confiere

¹⁰² Comentando este mismo concepto, Fioravanti afirma: “Como se aprecia claramente, la constitución es esencial para la vida del Estado, porque, sin ella no se sabría cuáles son los ‘órganos supremos’, cómo se forman, cómo expresan su voluntad y qué límites tienen, y en fin cómo se sitúan los particulares, con sus derechos, frente al Estado. Pero también es cierto lo contrario. La relación entre Estado y constitución es tan estrecha que hace imposible la existencia del Estado sin constitución, pero también de la constitución sin Estado. (...) Ahora la constitución existe sólo y exclusivamente para sostener un Estado soberano, para organizarlo, disciplinarlo, limitarlo. Sin este Estado la constitución carecería de fundamento y se reduciría a pura palabra de orden político.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 142).

¹⁰³ En este sentido se posiciona Fioravanti: “Precisamente la Constitución alemana de Weimar de 1919 representan cierto sentido el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX. Si adoptamos un punto de vista histórico-comparativo e imaginamos que la constitución democrática europea del siglo XX representa un tipo histórico de constitución (...), no es difícil ver que la Constitución de 1919 contiene todos los elementos propios y específicos de nuestro ‘tipo histórico’ (...). El primero de estos elementos, del que en cierta medida todos los otros derivan, parte de la renovada presencia de un explícito poder constituyente, que se coloca al inicio de la constitución y que, en el caso de 1919, es ejercido por el pueblo alemán.” (FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 149, 150).

unidad.¹⁰⁴ Dada la identificación entre Estado y Derecho el jurista austriaco afirma, incluso, que el Estado jamás se modifica mientras se altere su forma exclusivamente a través de la Constitución en sentido jurídico-positivo, lo que sí ocurriría si la propia Norma Fundamental fuese modificada. La Constitución en sentido jurídico-positivo, por otro lado, es la primera norma de Derecho positivo inmediatamente inferior a la Norma Fundamental, y encabeza el ordenamiento jurídico aunque no le confiera unidad, ya que esta capacidad está exclusivamente atribuida a la *Grundnorm*. Kelsen presenta el ordenamiento normativo como un sistema escalonado cuyo fundamento de validez se halla en la Constitución en sentido lógico-jurídico —en cuanto punto de partida¹⁰⁵ del encadenamiento que lo condiciona como totalidad— bajo la forma de un sucinto enunciado que demanda obediencia a las formas jurídicas establecidas por la Constitución en sentido jurídico-positivo y demás normas que estén en conformidad con ella.¹⁰⁶

El jurista austriaco echa mano de una comparación entre el argumento iusnaturalista de un contrato social y el positivista de formulación de la norma fundamental, y afirma que su base común es la “(...) necesidad de partir de un supuesto unitario que fundamente la unidad del orden jurídico estatal en la multitud de actos jurídicos estatales y permita comprender como relaciones

¹⁰⁴ “Sin embargo, la ‘constitución’, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo.” (KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2002, p. 415). Kelsen aclara su idea del fundamento de validez de un orden normativo en su obra clásica *Teoría Pura del Derecho*: “El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. (...) Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*).” (KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 7. ed., Ciudad de México: 1993, p. 201, 202.)

¹⁰⁵ “No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aun superior.” (*Ibid.*, p. 206).

¹⁰⁶ “Como se trata se la norma fundante básica de un orden jurídico, (...) el enunciado básico del orden que estatuye actos coactivos, (...) reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe).” (*Ibid.*, p. 208).

jurídicas una serie de situaciones fácticas de poder.”¹⁰⁷ Siguiendo su análisis del iusnaturalismo, asevera que el prototipo de vinculación jurídica que ofrece y la idea individualista que afirma la justificación de toda norma y vinculación normativa por la voluntad del individuo, son las razones por las cuales su hipótesis teórica se traduce en forma de un contrato. Señala que, mientras el Derecho natural convierte en hecho histórico una hipótesis que origina la unidad estatal, la norma fundamental “(...) no tiene ningún contenido absoluto ni relativo, sino que se orienta hacia el material cuya interpretación como unidad jurídica constituye su función exclusiva; por eso, la autoridad suprema creadora de Derecho puede serlo lo mismo la autócrata que el pueblo, pero el pacto social del jusnaturalismo posee un contenido absoluto.”¹⁰⁸

Al considerar la Norma Fundamental como elemento que confiere validez y unidad al ordenamiento jurídico como una totalidad, el jurista austriaco la sitúa en el lugar ocupado por el Poder Constituyente, con la precisión añadida de que a todos los efectos la Norma Fundamental siempre tiene naturaleza normativa y no fáctica. El esquema kelsensiano sugiere una vinculación entre las normas de un ordenamiento, hasta el punto en que el cambio de Constitución en sentido lógico-jurídico no sería más que mera discontinuidad respecto a la dimensión normativa inmediatamente superior, que sería el Derecho internacional.¹⁰⁹ El Poder Constituyente, en cuanto categoría, se ve desplazado desde la instancia de creación de la Constitución, hasta la de la mera reforma del texto constitucional, y, por lo tanto, ya no transmite ningún rasgo de no-limitación y exterioridad respecto al ordenamiento, puesto que está condicionado por este mismo ordenamiento. Como señala Kelsen: “La función constituyente positiva no puede derivar, como ‘poder’ cualitativamente específico, de la esencia del Derecho o de la constitución; no puede ser una verdad teórica, como no lo era tampoco la validez ‘superior’ de la constitución positiva. La doctrina del *pouvoir constituant* no puede tener otro sentido que el

¹⁰⁷ KELSEN, H. Op. cit., 2002, p. 417.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 418, 419.

¹⁰⁹ “Entender que el ordenamiento jurídico estatal tiene en su cima la norma fundamental que habilita a los órganos de ese Estado para crear Derecho significa admitir necesariamente que no hay otro ordenamiento por encima de ese Estado (...). Ahora bien, también se puede optar por entender que el Derecho Internacional es superior al de los Estados. en ese caso, las normas del Derecho estatal no traen su validez de la norma fundamental del ordenamiento estatal, sino de otras normas positivas, legales o consuetudinarias, del Derecho internacional.” (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Norma Fundamental en los textos de Kelsen*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 16).

de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del Derecho positivo.”¹¹⁰

El propio Kelsen, al exponer su argumentación acerca de la Norma Fundamental sugiere una continuidad entre los varios ejercicios de un supuesto fenómeno constituyente, y argumenta que, en verdad, este podría remitirse al fundamento de la validez trascendental, representado por la Constitución en sentido lógico-jurídico. La revocación de la Constitución en sentido jurídico-positivo, que se efectúa a través de las formas previstas en el propio texto constitucional originario o de una enmienda que estipulara el advenimiento de una nueva Asamblea Constituyente y que implique su sustitución por una nueva Constitución, no provocaría la ruptura con la Norma Fundamental. En este sentido, estamos tratando de un Poder Constituyente previamente condicionado en términos formales y, por lo tanto, limitado normativamente, ya que la determinación hecha por la Norma Fundamental impone el respeto a las formas establecidas.

La ruptura con la Constitución en sentido lógico-jurídico acontecería sólo en el supuesto de una inobservancia respecto a las formas previstas para el advenimiento de una determinada norma, a fin de cuentas, una “(...) norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento lógico deductivo de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de una determinada manera y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta.”¹¹¹ En este sentido, aunque el enunciado de dicha Constitución se mantuviera materialmente el mismo, la Norma Fundamental habría sido modificada, ya que la sujeción, en términos de validez, de una norma inferior a una superior se habría infringido. Por otro lado, no cabe hablar de Poder Constituyente respecto a la Constitución en sentido lógico-jurídico, ya que ésta es una norma presupuesta y, en este sentido, no puede ser “(...) ni estatuida ni consuetudinariamente producida, pues ella misma es el presupuesto para el estatuir o para la costumbre como fuente jurídica.”¹¹²

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 422.

¹¹¹ KELSEN, H. Op. cit., 1993, p. 205.

¹¹² KELSEN, H. apud GARCÍA AMADO, J.A. Op. cit., 1996, p. 31.

De acuerdo con el normativismo kelsensiano, la propia Constitución en sentido jurídico-positivo carecería de una capacidad unificadora del ordenamiento —en cuanto fuente originaria de validez— por no haber sido engendrada por un poder capaz de romper con una estructura anterior e instaurar un nuevo orden, que le confiere, por ello, un carácter inicial, respecto al ordenamiento, e ilimitado, excepto por los parámetros ofrecidos por el propio constituyente. Pues, específicamente en el aspecto formal, el propio Kelsen señala que sus disposiciones configuran “(...) la forma de la constitución que, como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que (...) designamos como constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico estatal.”¹¹³ Aún así, ya no podrá ser considerada como el punto de partida del orden normativo —al menos no en el aspecto esencialmente normativo—, lo que está reservado a la Constitución en sentido lógico-jurídico, a la Norma Fundamental, que opera como elemento que confiere validez a todo el conjunto normativo.

La consecuente ocupación por parte de la Norma Fundamental de un lugar que cabría al Poder Constituyente, deriva del hecho de que Kelsen, obedeciendo a una exigencia política y no lógica, “(...) no quiere dejar totalmente fuera del mundo del Derecho el elemento político de potestad normativa originaria, y por ello lo normativiza, lo convierte en norma.”¹¹⁴ Por consiguiente, la peculiar situación a la que se somete la Constitución en sentido jurídico-positivo exige una reconsideración de la teoría kelseniana, como paso previo para un análisis dogmático del Poder Constituyente en las etapas posteriores de este trabajo. La contribución de Kelsen para la delimitación teórica del Poder Constituyente debe ser debidamente equilibrada con la superación de la noción de Norma Fundamental, ya que “(...) al problema de la validez del ordenamiento no requiere de ninguna Norma fundamental, sino tan sólo de la constatación de que el deber ser (el derecho) tiene un principio y un fin, y que no existe una escisión radical entre el ser y el deber ser, entre otras cosas porque la validez del ordenamiento depende no de una norma, sino de un hecho: de su propia existencia y de su efectividad y legitimidad para regular

¹¹³ KELSEN, H. Op. cit., 1993, p. 233.

¹¹⁴ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 98.

las relaciones sociales.”¹¹⁵ La superación del *impasse* y el presupuesto de la afirmación del Poder Constituyente como manifestación política soberana, e ilimitada jurídicamente, y la Constitución, por él estatuida, como norma suprema y elemento que condiciona todo el ordenamiento, se resuelve al considerarse la Constitución en sentido jurídico-positivo la norma fundamental, por excelencia, del ordenamiento. Ello por que,

“(...) si de lo que se trata es de presuponer una norma como fundamental, para basar en su validez la validez del resto de las normas, no se entiende muy bien por qué esa norma presupuesta no puede ser la propia Constitución jurídico-positiva. Si se requiere una norma como condición lógica, y si además esa norma, en cuanto presupuesta, no puede deducirse a su vez de otra norma, resulta irrelevante cuál sea esa norma y, por tanto, puede ser lo mismo una Constitución supuesta, como la Constitución real. Más aún, la Constitución real es ya al menos una norma, y sólo habría que presuponer su validez, no su carácter normativo. (...) Por tanto, no se trata ya de establecer como postulado del sistema una norma ficticia, sino la propia norma fundamental del ordenamiento.”¹¹⁶

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 97.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 97.

CAPÍTULO II

LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y LA EXPRESIÓN DOGMÁTICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Aspectos introductorios

El análisis histórico-conceptual de las páginas anteriores ha puesto de relieve algunos datos fundamentales acerca del Poder Constituyente. Ha sido posible verificar su profundo e inequívoco arraigo en la modernidad por medio de la conjunción de al menos tres factores distintos, que también son exclusiva y esencialmente modernos, como son, el Estado en cuanto orden político, la soberanía como cualidad del poder político y la Constitución en cuanto forma de sujeción del poder político al Derecho. En el contexto marcado por la mutua compenetración de estos tres elementos surge lo que, en la actualidad, llamamos Poder Constituyente. Hemos podido verificar que su génesis revolucionaria asimiló tanto la configuración fáctica como la teórica, ambas derivadas de los eventos que, tanto en América como en Francia, sepultaron definitivamente al Antiguo Régimen. Por último, hemos expuesto el impacto teórico, que tuvo para el pensamiento jurídico, especialmente para el que se desarrolla a lo largo del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX.

Desde los primeros momentos de su aparición en el escenario político moderno, el Poder Constituyente reveló una naturaleza irremediablemente problemática, que se puso de manifiesto en la dificultad de su adecuado encuadre teórico. Efectivamente, la impresión es la de que se está ante una categoría¹¹⁷ en estado de continuada crisis. Además de ser un tema poco

¹¹⁷ Cabe esclarecer a estas alturas del trabajo en que sentido utilizamos el término “categoría”. La Enciclopedia Oxford de Filosofía proporciona un concepto inicial bastante útil y que se adecua a nuestros objetivos. Las categorías serían “(...) las divisiones más fundamentales de una materia. (...) La voz ‘categoría’ viene de una palabra que significa ‘acusar’, y por tanto (en filosofía) ‘predicar’, tal vez mediante algún sentido similar a ‘marcar algo como elemento relevante para su consideración’. (HONDERICH, Ted (ed.). *Enciclopedia Oxford de Filosofía*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 155). Por otro lado, The Enciclopedia of

estudiado por la doctrina, cuando se aborda suscita opiniones dispares en los más diversos aspectos. Ya sea respecto a la titularidad, a los límites o incluso a la terminología reina, en relación con esta categoría, una diversidad de opiniones que ciertamente sirven de aviso a los navegantes de que están en el medio de un mar encrespado.

Una pregunta introductoria expresa esta complejidad: ¿Estamos tratando, a fin de cuentas, de un fenómeno jurídico o de un fenómeno político no susceptible de ser abordado por medio de un raciocinio jurídico? Obviamente tienen relevancia política otros innumerables fenómenos jurídicos además del constituyente. Una vez que se considere su naturaleza como tal, la peculiaridad del Poder Constituyente, no obstante, es la de ser una manifestación que, antecediendo al Derecho positivo, suscita la justificada sospecha de no ser un objeto susceptible de ser abordado por el discurso jurídico.¹¹⁸

Lo cierto es que al observar su evolución histórica, podemos notar que la falta de consenso no es un fenómeno reciente. Por el contrario, como ya pudimos percibir a lo largo de la argumentación precedente, desde los primeros momentos los posicionamientos doctrinales delimitan, subjetiva y determinadamente, el análisis emprendido acerca del tema. Por otro lado —y ello también ya fue señalado en las páginas anteriores— la categoría, analizada bajo una perspectiva jurídica, sufre la incidencia de fuertes presiones ideológicas que se extienden desde el vaciamiento de su contenido y de su

Philosophy define: “Philosophical categories are classes, genera, or types supposed to mark necessary divisions within our conceptual scheme, divisions that we must recognize if we are to make literal sense in our discourse about the world.(EDWARDS, Paul. *The Encyclopedia of Philosophy*. New York: Macmillan and the Free Press, 1972, p. 46.) Tratar de Poder Constituyente bajo una perspectiva dogmática significa atribuirle, inevitablemente, el estatus de categoría en el plano de la Ciencia del Derecho Constitucional, no en un sentido aristotélico o kantiano sino en el de elemento que sirve a la finalidad de delimitar conceptos, funciones y clasificaciones indispensables para la consideración de la Ciencia del Derecho Constitucional como tal.

¹¹⁸ Esta perplejidad está bien señalada por Antonio Porras Nadales: “(...) y es que, como fenómeno que se produce en una fase preestatal, el poder constituyente parece expresar precisamente el surgimiento del poder político en su forma más pura, primitiva y descarnada, es decir, en forma no reglada por el Derecho, no sometida a normas jurídicas: el poder constituyente impulsa el surgimiento del Estado a través de un acto prejurídico; sin ser un *pouvoir de droit*, debe determinar sin embargo el nacimiento mismo del Estado y del Derecho y debe, a la vez, quedar encuadrado — constituido — en la propia Constitución al establecerse la definición del principio de soberanía.” (PORRAS NADALES, Antonio. Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 24, Nov./Dic. 1981).

relevancia hasta el intento de propiciar una conformación esencialmente político-democrática de su ejercicio. No obstante, estas posturas, consideradas en su conjunto, ayudaron a delinear teóricamente lo que hoy en día se conoce como Teoría del Poder Constituyente, aunque no lograron tornar el Poder Constituyente en una categoría menos problemática, pues innúmeras veces se disocia de la propia realidad y provoca serias lagunas teóricas.

No cabe duda de que, desde un punto de vista científico, considerar que una categoría provoca polémica a lo largo de su utilización como tal, no representa, en sí, un problema; pero, constatar que una determinada categoría mantiene un carácter refractario a generalizaciones objetivas, es evidente que genera dificultades. Y paradójicamente, incluso el consenso que se alcanza en su construcción teórica está marcado por el debate y por la discordancia. Queda claro que el problema no está ligado al Poder Constituyente en cuanto hecho, sino a la teorización en torno al hecho, y especialmente de la teorización de carácter jurídico. Pues ésta, formulada en términos dogmáticos, siempre traslada sus objetos al ámbito del deber ser, y los inserta en un proceso de abstracción que acaba por disociarlos de la realidad. Este intento de someter a un contexto “apolíneo”, como el jurídico, un hecho “dionisiaco” como el Poder Constituyente, provoca serios problemas de lectura teórica a la Teoría del Poder Constituyente.

El hecho es que se trata de una categoría de extrema relevancia, aunque en estado de crisis constante y, hasta cierto punto, renuente al consenso doctrinal, cuadro que si se trasladara a elementos dogmáticos de otras ramas del Derecho, sería suficiente para minar su aplicación. Efectivamente, tal situación no causaría preocupación si el Poder Constituyente no fuese más que un mero hecho histórico-social sin mayor relevancia. Sin embargo, hablar de Poder Constituyente trasciende el aspecto fáctico y, al menos en el plano jurídico, implica abordar una categoría de la Ciencia del Derecho Constitucional. Un elemento tan nuclear para esta rama del derecho hasta el punto de que resulta difícil pensar en ella sin considerar los efectos que esta Doctrina le provoca.

Sin embargo, esta naturaleza esquiva del Poder Constituyente se inserta bien en ese contexto más amplio al que está vinculado, la Ciencia del Derecho Constitucional. Es así como ésta refleja toda la peculiaridad de una rama dogmática construida sobre el terreno movedizo del abordaje de fenómenos que, además de una naturaleza jurídica, traen consigo tanto una carga valorativa evidente como un fuerte y predominante carácter político,¹¹⁹ el Poder Constituyente provoca tanto el interés como la disensión entre sus observadores.

Parte de esa naturaleza problemática se debe al hecho de que, durante cierto tiempo, el Poder Constituyente se entendió como un factor de desequilibrio en el ámbito del Derecho Constitucional, justificando la alegada y peculiar tensión entre Política y Derecho que le caracteriza. Esto puede afirmarse, sobre todo, en lo que respecta a su relación con la Constitución, es decir, con el resultado de su ejercicio, que, como objeto de esta rama dogmática, ofrece una estabilidad en el plano epistemológico que el Poder Constituyente no puede ofrecer. Evidenciando este contraste, Palombella afirma que “(...) el poder constituyente se ofrece (...) con una dimensión fundacional y radical, libre en los fines y por lo tanto no limitable, de manera que su propia admisión teórica presenta aspectos potencialmente subversivos. Por esta razón no debería hablarse de él dentro de los regímenes constitucionales (...).”¹²⁰ Tanto en lo que atañe a su ocurrencia, como respecto a su abordaje teórico, el Poder Constituyente puede considerarse, tomando

¹¹⁹ Respecto a la peculiaridad de la Ciencia del Derecho Constitucional, cabe destacar las afirmaciones de Manuel García-Pelayo: “Finalmente, pocas esferas jurídicas aparecen tan manifiestamente impregnadas de criterios axiológicos como lo fueron las normas jurídicas constitucionales para la conciencia política dominante en el siglo XIX (...), pues no se consideraban como unas simples ordenaciones que eran así, pero que podían ser de otra manera, sino —en sus líneas generales— como expresión inmediata de unos valores políticos y éticos. (...) Así pues, el Derecho Constitucional como disciplina autónoma nace en una situación histórico-concreta, motivada por transformación fundamental de la estructura jurídico-política tradicional, y que da lugar a un sistema de normas material y (...) formalmente diferenciado, y cuyas necesidades técnicas de aplicación racional en el sentido objetivo (...) y en el valorativo (...) exigían la formación de un sistema de conceptos y de principios. Quizá en ninguna esfera jurídica (...) sea tan grande el abismo como es posible que lo sea en Derecho constitucional, entre la validez y la vigencia del Derecho, pues en ninguno desempeña tan amplio papel el poder normativo de lo fáctico y de las decisiones extralegales (aunque no necesariamente antilegales).” (GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984, p. 28, 31).

¹²⁰ PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 13.

prestado un término utilizado por Böckenförde, una categoría límite del Derecho Constitucional.

En cuanto categoría que se abre a su análisis histórico, político y jurídico, el Poder Constituyente revela una dimensión teórica que no puede ser ignorada ni considerarse agotada. Y el estudio de esta dimensión se justifica aún más en un contexto como el actual, en el que los elementos más arraigados de la Dogmática Constitucional parecen sacudidos por los acontecimientos más recientes en el plano político internacional. En el ámbito de nuestro trabajo y a lo largo de nuestra exposición, intentaremos asociar una perspectiva descriptiva, comparativa y reflexiva a la vez acerca de esta categoría, para tratar de contestar al siguiente interrogante: ¿El Poder Constituyente, en su expresión dogmática, se caracteriza como un fenómeno reducido a la dimensión estatal? Para ello, abordaremos el tema dando preferencia a su conceptualización, clasificación y formas de manifestación, aspectos que posiblemente apuntarán hacia una respuesta al final de la exposición.

2. Poder Constituyente: ¿Un concepto huidizo?

Conforme hemos señalado, la complejidad del concepto de Poder Constituyente se debe en gran medida a su indisoluble vínculo con la idea de ruptura con un determinado ordenamiento jurídico-político previo y el vacío axiológico y normativo que ello puede generar. Tratar sobre la manifestación del Poder Constituyente significa referirse a una especie de agujero negro jurídico, ya que, a semejanza de la inutilidad de las leyes de la física ante los fenómenos límites que ésta descubre, en el ejercicio de aquél las fuerzas operativas aparentemente no tienen ningún respeto a las normas jurídicas. Pero, de la misma manera que esta perspectiva suscita una especie de “politización” del Poder Constituyente, el otro extremo también se presenta como una posibilidad viable. “Juridificar” el Poder Constituyente también es algo que muchas veces se ha intentado llevar a cabo por parte de la doctrina.

En esta dirección, a veces, el proceso de reforma constitucional sufre una hipertrofia teórica y reclama la posesión de aquello que designaba originalmente la creación de la Constitución. Estos extremos, aunque representan un efecto secundario de los diversos posicionamientos, pueden percibirse claramente en la polémica Kelsen / Schmitt ya destacada. Sin embargo, la doctrina adopta las posiciones aquí referidas no como una simple consecuencia del concepto de Constitución, sino a lo largo del análisis específico del Poder Constituyente en cuanto categoría.

Una de las dificultades a las que se enfrenta este análisis, al menos respecto a la manifestación del fenómeno constituyente en cuanto poder originario, resulta del hecho de que éste no puede identificarse con un acto específico. Al contrario de lo que pasa en otras ramas del derecho como el Derecho Civil o el Derecho Procesal, donde todos los actos jurídicos tienen sus respectivos conceptos, y en los que ninguna conceptualización lidia con una polisemia tan intensa, en el ámbito del Derecho Constitucional, conceptualizar el Poder Constituyente es lidiar mucho menos con un acto específico que con un proceso.¹²¹ El advenimiento de una nueva Constitución no puede analizarse como un acto específico y aislado sin correr el riesgo de enmascarar la realidad. En verdad, la creación de una nueva Constitución es un proceso complejo que, por surgir en un ámbito de crisis, marcada por la transición de un contexto jurídico-político a otro, puede asimilar el pragmatismo típico de los fenómenos políticos. Y en este contexto, obviamente, el análisis jurídico halla serias dificultades, pues los fenómenos políticos son refractarios a un encuadramiento puramente dogmático. Además, esta configuración del Poder Constituyente como proceso dificulta la individualización de la creación de la Constitución como un fenómeno específico.¹²² Resulta imposible, pues, vincular

¹²¹ El término “proceso” se emplea en este trabajo en el sentido de “(...) una serie de cambios que posee algún tipo de unidad, o principio unificador.” (HONDERICH, T. (ed.). Op. cit., 2001, p. 863).

¹²² Desde una concepción bajo la cual la Constitución se entiende no solamente como Constitución del estado, sino orden jurídico fundamental de la sociedad, creadora del momento de estabilidad y permanencia al mismo tiempo en que se abre hacia el futuro permitiendo el cambio, Peter Häberle traduce con singular precisión la naturaleza del proceso constituyente, al afirmar: “Lo característico en ‘materia de proceso constituyente’ (*Verfassungsgebung*) para el Estado constitucional se deduce, como no lo es casi ningún otro aspecto, de un conjunto y un ‘paralelograma de las fuerzas’ compuesto por ideas políticas, doctrinas científicas, textos constitucionales escritos y prácticas no escritas.” (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 129).

el Poder Constituyente a la voluntad de una única persona, ya que incluso en regímenes autocráticos, la creación de una Constitución no se reduce a una concepción tan simplista. La ruptura con un régimen anterior y la creación de uno nuevo depende de una manifestación social que bajo varios ropajes se hace notar a través del surgimiento de condiciones que, ya sea a través de una participación activa de la población, ya sea a través del apoyo tácito de la misma, abren camino hacia la nueva Constitución.

Las dificultades señaladas justifican que el concepto de Poder Constituyente encuentre diversas formulaciones en el ámbito doctrinal. Así, Jorge Miranda distingue entre Poder Constituyente material y Poder Constituyente formal. El autor portugués asume la idea de que, más que un acto, el Poder Constituyente es un proceso y como tal no puede conceptuarse tan fácilmente como cualquier otro acto jurídico.¹²³ Argumenta, en consecuencia, que la manifestación constituyente admite dos momentos distintos y netamente perceptibles. Uno en el que se produce la ruptura con el ordenamiento anterior. Esta ruptura revela ante todo una incompatibilidad material entre el nuevo orden y el anterior.¹²⁴ En una perspectiva dialéctica, esta incompatibilidad puede mostrarse a través de la acumulación cuantitativa de sencillas lagunas que acaban provocando un cambio cualitativo. La incompatibilidad de carácter material abriría espacio para el advenimiento de una nueva Constitución a través de un procedimiento constituyente de carácter formal, marcado ya por normas jurídicas, aunque de carácter preconstitucional.¹²⁵ La dificultad que se plantea a esta propuesta de Jorge Miranda estriba en que al mismo tiempo en que la ruptura constituyente suscita

¹²³ “O factor determinante da abertura de cada era constitucional é, não a aprovação de uma Constituição formal (ou a redacção de uma Constituição instrumental), mas o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, seja por meio de revolução, seja por outro meio. (...) O poder constituinte ou a soberania do Estado não se manifesta só no momento inicial ou no primeiro acto do processo, nem só no momento final de decretação da Constituição formal; manifesta-se no enlace de todos os actos e no conjunto de todos os órgãos que neles intervêm.” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 355, 357).

¹²⁴ “O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a idéia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos. E precede-o historicamente, porque (sem considerar, mesmo, a Constituição institucional de antes do constitucionalismo), há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa idéia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa idéia ou desse regime; e o que se diz da construção de um regime político, vale também para a formação e para a transformação de um Estado.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – tomo II*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 63).

el rechazo del ordenamiento jurídico anterior no tarda en verse insertada en un procedimiento reglado, que hace viable la creación de la nueva Constitución.

En un sentido semejante — al menos en aspectos tangenciales —, pero con una teoría propia y original, Constantino Mortati señala que “(...) el primer problema consiste en hacer coincidir, en ese momento originario de la constitución del Estado, el elemento factual con el elemento jurídico: para ello procede a una determinación del concepto de Constitución con base en el análisis de la naturaleza específica del Estado y de su función.”¹²⁶ Las dificultades que, en cuanto objeto, suscita el Poder Constituyente para un análisis doctrinal hacen que Mortati se cuestione la posibilidad de incidir científicamente sobre él. El autor italiano cuestiona su sistematización y reducción a la unidad como respuesta al hecho de que el Poder Constituyente se presenta, esencialmente, como la expresión de una voluntad suprema que en su manifestación fáctica está sujeta a variaciones resultantes del arbitrio y de la imprevisibilidad.¹²⁷ Finalmente, defiende, una reducción de su tratamiento científico anclada en la forma lógica y en el tipo histórico de la función constituyente, y vincula su análisis del concepto de Poder Constituyente a un surgimiento hipotético de un Estado, en el caso de que se produzca un cambio en la distribución o la relación de fuerzas existentes, como condición para su formación. En el momento en que ocurre este cambio o redistribución, se hace necesaria una expresión de voluntad, dado que se presenta como ineludible. Y

¹²⁵ “Não somente o poder constituinte formal complementa e especifica a ideia de Direito como é, sobretudo, com base nele que se declara e firma a legitimidade em que vai, doravante, assentar a ordem constitucional. Confere, em contrapartida, o poder constituinte formal estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material.” (*Ibidem*, p. 63).

¹²⁶ PORRAS NADALES, A. Op. cit., 1980, p. 185.

¹²⁷ “Nell’accingersi all’esame del potere costituente nel secondo dei sensi considerati deve essere preliminarmente data risposta ad un dubbio, che può sorgere quando si consideri il compito ad esso spettante, e che consiste nel chiedere se sia ammissibile uno studio scientifico del potere costituente, uno studio cioè capace di giungere a ricondurre le singole manifestazioni storiche di esso sotto categorie, le quali presentino carattere di generalità e di almeno relativa costanza, e quindi consentano di constatare delle regolarità ed, in base ad esse, formulare delle leggi. Se può eccepirsi, il potere costituente, per la sua stessa essenza, si presenta quale espressione di volontà suprema, non legata a norme, all’infuori di quelle da essa stessa poste, se, in altri termini, esso è, e non può no essere, manifestazioni di puro fatto, suscettibile perciò di infinite variazioni, imprevedibili perchè affidate all’arbitrio di coloro che lo esercitano, dove trarre il criterio per ricondurre queste ultime ad unità, per sistemarle in qualche modo?” (MORTATI, Constantino. *Studi sul Potere Costituente e sulla Riforma Costituzionale dello Stato*. Milano: Giuffrè Editore, 1972, p. 11).

esta expresión de voluntad se caracteriza por una forma tan suprema como incondicionada e impone, por lo tanto, una relativa obediencia.¹²⁸

La formación de un Estado, por consiguiente, presupone la existencia de una fuerza que le da vida y canaliza objetivamente su voluntad, superando la arbitrariedad, reduciendo a la unidad las relaciones sociales y atribuyendo relevancia a los distintos intereses opuestos en el proceso de asociación. Esta fuerza a la que se refiere, y que al ordenarse hace surgir una voluntad política capaz de instaurar relaciones de mando y obediencia a través de una diferenciación axiológica, es el Poder Constituyente, que al afirmarse como tal, se identifica con el Estado, en cuanto orden jurídico soberano.¹²⁹ En este sentido, el autor italiano señala el equívoco en el que incurre quien atribuye al Derecho un nacimiento posterior al Estado. Para Mortati, el surgimiento del Derecho y del Estado son eventos simultáneos, confirmando lo que Porras Nadales considera, con razón, la “juridicidad” del acto creativo.¹³⁰

Sin embargo, el intento de limitar el Poder Constituyente no encuentra un escenario pacífico en el ámbito doctrinal. Al atribuir a la Constitución la capacidad de auto-creación, Mortati engendra un Poder Constituyente marcado por la juridicidad. Se trata, aquí, de substraer el fenómeno constituyente a la dimensión puramente fáctica, confiriéndole un carácter jurídico, que como se verá, marcará definitivamente las duplicidades teóricas que en torno a él se efectúan.¹³¹

¹²⁸ “Perchè uno Stato possa formarsi nel seno di una società indifferenziata, oppure un dato tipo sostituirsi ad un altro preesistente, è necessario che nell’ambito della comunità sociale, vivente su un certo territorio, si determini una distribuzione di forze, o si operi un mutamento nel sistema dei rapporti di forze già esistenti, tale da consentire ad alcune di esse di esprimere una propria volontà, la quale appaia capace di farsi valere e di essere sentita come obbligatoria, in modo supremo ed incondizionato, almeno entro certi termini di media obbedienza.” (*Ibidem*, p. 12).

¹²⁹ “Potere costituente è precisamente la forza predetta, vista nel momento in cui si ordina, nel momento in cui, dal fondo di una consociazione, più o meno omogenea, più o meno contraddistinta da una tendenza di vita comune, da bisogni unitari, faccia emergere una volontà politica, determini una differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, instauri rapporti di comando e di obbedienza. (...) Il potere costituente, nel momento stesso in cui si afferma come tale, nel momento cioè in cui riesce a determinare la convinzione diffusa circa la sua idoneità ad attuare l’ordine del quale esso è portatore, si identifica con lo Stato, diviene già esso stesso Stato, ossia organizzazione giuridica sovrana.” (*Ibid.*, p. 13).

¹³⁰ PORRAS NADALES, A. Op. cit., 1980, p. 187.

¹³¹ Gianluigi Palombella, asumiendo presupuestos semejantes, y destacando que a pesar de que todo ejercicio del Poder Constituyente lleva a una instauración constitucional no toda instauración constitucional representa el ejercicio de un Poder Constituyente, señala lo siguiente: “Es preciso distinguir entre hechos y categorías jurídicas, e identificar qué cosa

Al “juridificar” el ejercicio del Poder Constituyente se excluye, pues, cualquier advenimiento de una Constitución que no esté incluida en los parámetros del deber ser. Se trata de la reivindicación jurídica de un objeto de carácter político por excelencia. A partir de ahí, en el supuesto de que una Constitución surgiera de un proceso autocrático, tal proceso no podría considerarse como ejercicio del Poder Constituyente, que, ligado a la esfera del deber ser, sólo puede identificarse con un proceso de carácter democrático.¹³²

Más que a la descripción neutral y objetiva de hechos políticos, la doctrina del Poder Constituyente se vuelve, así, hacia un contexto de legitimación del poder político. En este sentido, Friedrich Müller¹³³ afirma: “A pergunta pelo poder constituinte é uma questão constitucional, com isso uma questão normativa; enquanto tal, ela está subtraída à gratuidade formal, à indiferença com relação a conteúdos.”¹³⁴ Böckenförde, por otro lado, aboga en

jurídicamente, normativamente, debería entenderse por poder constituyente. (...) Una constitución resulta del complejo encuentro entre grupos que avanzan un proyecto constitucional y el pueblo que le afirma la efectividad, lo reconoce como propio, lo hace viviente y válido a través de una contribución, que puede variar en las formas, pero que indefectiblemente consiste en traducir aquel proyecto en una constitución. Es esta contribución la que en todo caso puede asumir la calificación de ejercicio de poder constituyente. Desde este punto de vista, el hecho de dar una constitución puede, por tanto no corresponder al ejercicio del poder constituyente, que por el contrario se caracteriza necesariamente como darse una constitución.” (PALOMBELLA, G. Op. cit., 2000, p. 36, 37).

¹³² Respecto a este aspecto, cabe destacar la la posición de Peter Häberle para quien — en el contexto del Estado Constitucional en cuanto tipo — sólo es posible plantear un ejercicio del poder constituyente sometido a límites. En este sentido, a partir del enunciado del Art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, razona:: “Como consecuencia de lo dicho hasta ahora, se deducen también respuestas para la quinta cuestión del catálogo de problemas arriba citado, en relación con los posibles límites, escritos o no escritos, derivados del tipo del Estado constitucional o de cultura, al poder constituyente del pueblo. Tales consecuencias se deducen de que el ‘proceso constituyente’ tiene que referirse a la Constitución de un ejemplo concreto respecto del tipo, más abstracto, del Estado constitucional’: de otro modo, el término y el concepto de ‘proceso constituyente’ serían engañosos y triviales, un mero acto formal. Por razones que hoy todavía resultan convincentes, el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 (la que se integró a la Constitución de 1791 y que todavía está vigente en Francia por obra del preámbulo de la Constitución de 1958) formula y dispone lo siguiente: ‘Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la división de poderes no tiene Constitución’. Este es un enunciado válido de derecho constitucional en la Francia actual y, desde el punto de vista de la historia de la cultura, es también un ‘texto clásico’ cultural del tipo del Estado constitucional. Los pueblos cuyo poder constituyente ha podido establecer una Constitución de este tipo se han decidido, cuando menos y de manera inmanente, en favor de este enunciado básico de 1789.” (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 135, 136).

¹³³ En este trabajo se utiliza la traducción al portugués del libro de Friedrich Müller. No ha sido posible tener acceso al original (*Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*), publicado en 1995, por el Editorial Duncker & Humblot. Aparentemente no hay traducción de este libro al castellano.

¹³⁴ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

favor de un cierto equilibrio en esta tensión, aunque reconozca la inevitabilidad de la problemática que se presenta en la relación entre facticidad y normatividad en el ámbito de la Constitución.¹³⁵ Una problemática que puede percibirse en su concepto de Poder Constituyente, al intentar huir de los extremos representados por el normativismo kelsensiano y el iusnaturalismo, sin negar al Poder Constituyente una dimensión eminentemente política asociada a su capacidad de fundamentar la validez de la Constitución: “(…) el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede. Pero, cuando se manifiesta, influye sobre él y opera dentro de él según la forma que le corresponda actuar.” El mismo autor no duda en afirmar que el “(…) concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que sólo tiene su lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática.”¹³⁶ También Canotilho niega una dimensión puramente fáctica al ejercicio del Poder Constituyente, y argumenta que su manifestación no se produce en un vacío histórico-cultural.¹³⁷

Esta introducción del concepto de Poder Constituyente en un contexto vuelto hacia la legitimación del poder político y partiendo de ciertos presupuestos condicionantes es rechazada por Alessandro Pace, para quien el Poder Constituyente no tiene la dimensión normativa que la corriente doctrinal hasta aquí expuesta quiso hacer creer. Para el jurista italiano, el Poder Constituyente tiene una dimensión puramente fáctica que no puede reducirse a

¹³⁵ “La vinculación del Derecho a datos prejurídicos, el problema del *missing link* entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible.” (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 160, 161).

¹³⁶ *Ibidem*, p. 163.

¹³⁷ Desdobra esa idea al afirmar: “A posição que aqui será assumida orienta-se em sentido diverso. Mesmo quando o poder constituinte não seja concebível, em termos realísticos, como um poder juridicamente regulado, nem por isso ele deixa de ser política e juridicamente relevante. No plano político, o modo de revelação de um poder constituinte conexas-se com o pressuposto democrático da autodeterminação e autoorganização de uma colectividade. Sob o ponto de vista jurídico, o poder constituinte convoca irrecusavelmente a ‘força bruta’ que constitui uma ordem jurídica para o terreno problemático da legitimação e legitimidade.” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 67).

una unidad inteligible para el discurso jurídico y acusa a sus defensores de confundir constitución con constitucionalismo.¹³⁸

El análisis adecuado del fenómeno constituyente pasa, en verdad por un intento de equilibrar ambos puntos de vista, a través de una síntesis dialéctica. El discurso “juridicizante” no puede abandonarse, aunque no se esté de acuerdo con él. Hay una razón obvia para no incurrir en este tropiezo. Es que la propia génesis del Poder Constituyente se produce en medio de una crisis de legitimidad del poder político, como ya señalamos en los capítulos anteriores. Esta crisis de legitimidad se dirige contra el Antiguo Régimen y en favor de una redistribución más justa del poder político, es decir, hacia la democratización del poder político hasta el punto de permitir la entrada de la burguesía en los espacios de decisión estatal. Si como afirmamos en otro momento, Estado, Constitución y soberanía son elementos cuya compenetración mutua es un presupuesto fáctico y teórico para el surgimiento del Poder Constituyente, cómo plantear entonces que éste, en cuanto hecho y categoría no deba asumir una naturaleza normativa, axiológicamente cargada y dirigida a la legitimación del poder político. Si el escenario de la génesis del Poder Constituyente es el de una gradual sumisión del poder político al Derecho hasta el punto de cuestionarse si cabe o no hablar de soberanía en el Estado Constitucional, cómo negar que el Poder Constituyente sea una categoría que traiga consigo tales valores y tal perspectiva. Si reconocemos el Poder Constituyente como un fenómeno del que deriva la Constitución, elemento exclusivamente moderno, no podemos asumirlo desnudo de cualquier valor, incondicionado hasta el punto de permitir la expresión de cualquier discurso en el texto constitucional, un fenómeno que puede volverse hacia la instauración de la tiranía y de la

¹³⁸ “Por lo demás un ‘nuevo’ orden constituye, por definición, ejercicio de poder constituyente y este, por una parte, no tiene una forma predeterminada de manifestarse —y, por tanto, bien podría manifestarse bajo el disfraz de un procedimiento de revisión formalmente respetuoso de las normas procedimentales vigentes—; por otra, carece de límites jurídicos. (...) La tesis contraria (...) presenta como ‘jurídico’ un límite (...) que es, en cambio, exclusivamente ‘político’; confunde la noción de constitución (que es descriptiva e históricamente condicionada) con el constitucionalismo (que es una filosofía política axiológicamente caracterizada), negando consecuentemente la calificación de constitución, en contra de la historia, a todas aquellas cartas constitucionales que no reconozcan ciertos principios; finalmente la criticada tesis presupone erróneamente la universal aceptación —en sede internacional— de tales valores, típicamente occidentales, lo que la experiencia histórica demuestra ser del todo insostenible.”(PACE, Alessandro. La instauración de una nueva Constitución. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N. 97, 1997, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 15, 16).

opresión. Para esto, aunque efectuemos la distinción propuesta por Pace entre Constitución y constitucionalismo, sería necesario transformar los presupuestos de éste y descaracterizar la propia función de la referida doctrina.¹³⁹

Por otro lado, también cabe no forzar el discurso en el sentido de someter el Poder Constituyente a parámetros jurídicos, recordando que, como fenómeno político, éste está sujeto a un pragmatismo refractario a cualquier normación. Esta segunda característica queda patente tanto en la propia incapacidad de reducir el Poder Constituyente a un fenómeno específico como en su insubordinación formal.

Las dimensiones jurídica y política tienen, por lo tanto, que partir de la comprensión de que el Poder Constituyente es un proceso dirigido hacia el orden constitucional, aunque la ruptura que suscite con la estructura anterior aparentemente denote el contrario. Como tal, lleva consigo una carga axiológica inevitable dirigida hacia una nueva fundación. Por otro lado, la ruptura y la reorganización constitucional se ubican efectivamente en un vacío normativo constitucional que marca el proceso constituyente y que, a pesar de que este proceso tienda a encauzarse a través de normas procedimentales, su naturaleza jurídica no puede deducirse de este contexto.¹⁴⁰ Al mismo tiempo,

¹³⁹ Afirmación de la supremacía y esclarecimiento del origen de la Constitución, es lo que señala Ignacio de Otto como funciones de la Teoría del Poder Constituyente. Destaca que“(…) con ella se deja en claro que los poderes que la Constitución regula están subordinados a ella, constituidos por ella, función ésta en la que la teoría recoge el principio de supremacía de la Constitución. En segundo lugar la teoría es una explicación acerca del origen de la Constitución misma, no acerca de su origen fáctico, sino de su fundamento, acerca del en virtud de qué de la validez de la Constitución: la Constitución es válida porque procede de quien tiene poder de darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas.” (DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional – Sistema de fuentes*. 2. ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1991, p. 53).

¹⁴⁰ En este sentido, la explicación de Burdeau al tratar de la “juridicidad de la obra del poder constituyente originario” es esclarecedora: “En efecto, la actividad del poder constituyente originario es necesariamente revolucionaria, ya que tiende a sustituir el orden político y social viejo por uno nuevo. La revolución implica creación de un orden nuevo. La validez de este orden no es un efecto del éxito del movimiento revolucionario que transformaría el hecho en Derecho —operación de la que nunca se ha ofrecido una explicación aceptable—, sino que está fundada en un cambio en la idea de Derecho dominante en el grupo. Lo mismo que en tiempos de paz todo el ordenamiento jurídico reposa sobre la idea de Derecho actualizada por el gobierno regular, el levantamiento revolucionario se apoya en una idea de Derecho que compite con la oficialmente incorporada al Estado. (...) Y este acto [derogación de la organización político-social existente y su reemplazamiento por un sistema jurídico nuevo] puede ser exteriormente brutal, puede ofrecer la apariencia de desorden, pero no dejará de fundamentarse jurídicamente, ya que se admite que el Derecho no es para una colectividad una cadena que se ha impuesto definitivamente, sino un instrumento para realizar la concepción del orden social deseable.” (BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 111). Peter Häberle, por otro lado,

conforme veremos en las etapas posteriores de este trabajo, el proceso constituyente se detiene al concluirse la hechura de la Constitución. El concepto de Böckenförde, antes señalado, no puede resultar útil en lo que respecta a este aspecto, ya que el Poder Constituyente no es una fuerza o autoridad política capaz de crear, de sostener y cancelar la Constitución en su pretensión de validez. El proceso constituyente tampoco se compara —a semejanza de lo que afirmaba Sieyès¹⁴¹— con un *continuum*, que en su permanencia, fomenta la ruptura y instauración de ordenamientos jurídicos, configura y justifica no sólo el fundamento de validez de las normas constitucionales sino el presupuesto de la diferenciación jerárquica entre éstas y las demás normas del ordenamiento. En realidad, se agota en el momento mismo del advenimiento de la Constitución. Para esclarecer esta justificación, y para introducir el tema de la clasificación del Poder Constituyente, pasaremos a analizar el binomio supremacía de la Constitución / rigidez constitucional.

basado en una perspectiva pluralista, señala la insuficiencia del abordaje jurídico del Poder Constituyente a causa de los innumerables factores que convergen en la manifestación constituyente. Su posicionamiento, sin embargo no tiende a afirmar la ilimitación del poder constituyente en razón de esta insuficiencia, sino todo lo contrario. Precisamente esta insuficiencia y la incidencia de otros factores contribuyen para entender el poder constituyente como una manifestación limitada, aunque de carácter pluralista: “Finalmente, el enfoque jurídico tradicional tampoco es suficiente en el campo del proceso constituyente, ya que aquí no hay todavía un texto positivo vigente. Solamente un enfoque más amplio y profundo, de tipo cultural, es capaz de tematizar y conceptualizar determinados movimientos, sus ‘promotores’ y actores. (...) Antes de la elaboración textual, existen ‘en la plaza’ una pluralidad de elementos diversos de construcción para la nueva Constitución. Los textos de los clásicos, los programas de partidos y asociaciones, los conocimientos de la ciencia, fragmentos de textos constitucionales antiguos, pero también los logros de algunos personajes (...) luchan sustantivamente entre sí. Las esperanzas y experiencias políticas penetran en los procesos constituyentes tanto como los elementos provenientes de Constituciones extranjeras en cuanto ejemplos del tipo del Estado constitucional. (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 138).

¹⁴¹ “Do mesmo modo que o poder constituinte nacional é, em Sieyès, inalienável, ele é também imprescritível. Ele permanece com todas as suas características originárias, mesmo depois de dotar a sociedade política de uma nova Constituição. A Nação não perde nunca o poder de estabelecer uma nova Constituição ou de reformar, com inteira liberdade, a já existente.” (D’OLIVEIRA MARTINS, A. Op. cit., 1990, p. 86)

3. Supremacía de la Constitución y rigidez constitucional

La supremacía de la Constitución y la rigidez de sus normas son, efectivamente, consecuencia directa del Poder Constituyente. Pero no solamente eso. Dialécticamente también representan una especie de refuerzo y garantía de continuidad del fenómeno constituyente, ya que su ruptura, cualquier acto que vulnere la rigidez y, por consiguiente, la supremacía constitucional, abre paso a un nuevo ejercicio del Poder Constituyente. Pero, utilizando el razonamiento de Böckenförde antes destacado, tanto una como la otra estarían dirigidas hacia un apoyo de la Constitución. Reflejan no sólo el valor simbólico sino la traducción formal del pacto constituyente.

La supremacía de la Constitución es una cualidad que expresa la posición jerárquica superior de ésta ante las demás normas del ordenamiento jurídico y ante todos los órganos del Estado. A través de su enunciado, comprendemos la Constitución no como una decisión con valor exclusivamente político en detrimento de su relevancia jurídica. Al contrario, la afirmación de su supremacía lleva consigo la afirmación implícita de su fuerza normativa, superior a la de cualquier otra ley o cualquier otro acto normativo. Esta cualidad proviene del Poder que, al romper con la estructura constitucional anterior y fundar por vez primera un ordenamiento, formaliza esta instauración a través de un documento que se impone como supremo ante las demás normas existentes o que puedan surgir en el futuro.¹⁴²

¹⁴² Cabe destacar la postura contraria de Manuel Aragón Reyes, que propone un tercer concepto entre la supremacía y la rigidez constitucional. Para este autor, hace falta diferenciar supremacía de suprallegalidad. En este sentido, afirma: “Es cierto que el término ‘supremacía’ se ha utilizado siempre como sinónimo del de ‘suprallegalidad’, pero nos parece conveniente (...) intentar diferenciarlos, atribuyéndoles significado distinto. (...) La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La suprallegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad. (...) El verdadero requisito de la suprallegalidad, el auténtico presupuesto jurídico de la misma (...) es la existencia de una fuente de producción distinta para la Constitución que para la ley ordinaria o, lo que es igual, la distinción entre poder constituyente y poder constituido (...)” (ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 99, 103).

La supremacía de la Constitución nace casi simultáneamente con el Poder Constituyente, es decir, así como éste tiene su génesis en las revoluciones de finales del siglo XVIII, la afirmación de la supremacía no tarda en aparecer, aunque los desdoblamientos de su contenido sean definitivamente marcados tanto en la tradición europea como en la americana, lo que traduce las profundas diferencias existentes tanto en una como en la otra realidad constitucional.

3.1. La supremacía de la Constitución en la tradición americana

La Constitución de los Estados Unidos, promulgada en 1787, introdujo en su artículo VI lo que puede considerarse una inequívoca cláusula de supremacía. El texto no admite dudas: "This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and the treaties made, or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, any thing in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding." Sin embargo, el alcance jurídico de esta disposición tendría que esperar algunos años hasta ser enunciado de manera categórica y definitiva. Precisamente el evento que proporcionó esta formulación tendría que surgir de una manera que estuviera fuera de toda sospecha y se llevaría a cabo prácticamente al margen del texto constitucional.¹⁴³ La primera afirmación se justifica por el hecho de que si es cierto que el enunciado de la supremacía de

¹⁴³ El insospechado advenimiento de un mecanismo sancionador de actos que vulneraran la supremacía de la Constitución, a margen del texto constitucional, revelaba una evidente laguna en el texto de la Carta Constitucional de 1787, que suscitaba la ineficacia de dicha supremacía. En este sentido, al abordar la supremacía de la Constitución de acuerdo con la tradición americana, Pedro de Vega afirma: "Porque la actuación del poder constituyente termina con la aprobación de la Constitución, la única manera imaginable de perpetuar la legitimidad democrática en el funcionamiento normal del sistema, no puede ser otra que la de transformar el principio político de soberanía popular en la fórmula jurídica de la supremacía constitucional. La soberanía política se convierte así en soberanía jurídica. (...) Ahora bien, de poco serviría la proclamación política del principio de supremacía y el reconocimiento jurídico del concepto de rigidez, sin el establecimiento de los mecanismos sancionadores adecuados capaces de impedir su transgresión. Fue éste el gran olvido de los redactores de la Constitución americana, y al que, como laguna constitucional importante, se vio obligado a dar respuesta el Tribunal Supremo el año 1803." (DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985, p. 40, 41).

la Constitución representa, de hecho, una afirmación de poder de la Suprema Corte ante los demás poderes estatales, también lo es que tal afirmación se efectúa ante una patente demostración de falta de autoridad.¹⁴⁴ Por otro lado, reforzando la idea de concentración de autoridad en manos de la Corte, no había ninguna disposición constitucional que atribuyera explícitamente al Poder Judicial un supuesto control formal o material sobre las normas infraconstitucionales.

Precedido por un contexto jurisdiccional polémico respecto a la autoridad del Poder Judicial para salvaguardar la Carta Constitucional¹⁴⁵, el contenido de la decisión redactada por John Marshall y enunciada por la Suprema Corte en 1803 representaba el fundamento más nítido de la supremacía de la

¹⁴⁴ Nos referimos a los desdoblamientos del famoso caso *Marbury vs. Madison*. Aquél, nombrado Juez de Paz por el Presidente John Adams en las últimas horas de su mandato, impetró un *writ of mandamus* contra James Madison que cumplía la orden de Thomas Jefferson, sucesor de Adams, de no enviarle la comisión por la que se formalizaba el nombramiento. El *writ* fue impetrado directamente en la Tribunal Suprema, cuya competencia originaria había sido establecida por el Art. 13 de la Ley Judicial de 1789. Entre renunciar a resguardar el claro derecho de Marbury por impotencia ante el fuerte Poder Ejecutivo, o confrontarlo arriesgándose a ver la autoridad de la Corte desmoralizada por el incumplimiento de la orden judicial, a través de una hábil maniobra, Marshall logró no reconocer el derecho de Marbury de ver consumado el nombramiento, afirmando antes la autoridad del Poder Judicial que su impotencia ante el Ejecutivo: "That Marshall was able to choose neither course was a tribute to his judicial statesmanship. He escaped from the dilemma by ruling that section 13 of the Judiciary Act was unconstitutional on the ground that, since the original jurisdiction conferred upon the Supreme Court by the Constitution was exclusive, it could not be enlarged by congressional law. Thus the Court could deny Marbury's application, not because the Executive branch was above the law (Marshall's opinion, on the contrary, contained a strong repudiation of that claim), but because the Court itself did not possess the original jurisdiction to issue the writ that Marbury requested." (SHCWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 41).

¹⁴⁵ Nos referimos aquí a los antecedentes históricos de la decisión de Marshall, entre los que podemos destacar el *Hayburn case*, ocurrido en 1792, cuando innúmeros tribunales de circuito cuestionaron la constitucionalidad del *Pension Act*. El Tribunal Supremo no llegó a decidir acerca de este caso ya que el Congreso se adelantó, revocando la norma; también relevante es el caso *Chilsholm v. Georgia*, en lo cual se destaca la capacidad de innovación constitucional por parte del Tribunal Supremo a través de la interpretación que hacía de la Constitución, despertando, en aquella época, una vigorosa oposición de varios Estados; por fin, se puede destacar el caso *Calder v. Bull*, en lo cual el Tribunal, pese a la vigorosa oposición del Juez Samuel Chase que revelaba la línea interpretativa que iba a ser seguida años más tarde por Marshall, negó tener autoridad para declarar inconstitucional una ley que afrontara la Constitución. (BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 145, 146, 147). Bernard Schwartz destaca, además, el caso *Hylton v. United States*, en lo cual se cuestionaba la validez de una ley federal de carácter tributario. El autor destaca: "More important than the Hylton holding is the fact that the case was the first in which an act of Congress was reviewed by the Supreme Court. It is true that Justice Chase stated that 'it is unnecessary, at this time, for me to determine, whether this court constitutionally possesses the power to declare an act of Congress void, on the ground of its being made contrary to, and in violation of, the constitution.' But the mere fact that the Justices considered the claim that the federal statute was 'unconstitutional and void' indicates that they believed that the Court did possess the review power. As such, Hylton was an important step on the road to *Marbury vs. Madison*." (SHCWARTZ, B. Op. cit., 1993, p. 24).

Constitución. Aunque inédito en los términos en los que surge, sin embargo, el meollo del razonamiento que se expone en ella estaba en consonancia plena con la estable tradición americana que ya había encontrado una expresión anterior a través de las páginas de *The Federalist*.¹⁴⁶

En su argumentación, tras una explicación del caso y el análisis de algunos aspectos puntuales, Marshall destaca la cuestión central que proporcionó magnitud a la decisión: “The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have long and well established, to decide it.”¹⁴⁷

En seguida, Marshall trata de ligar el Poder Constituyente y la Constitución a la idea de supremacía. Echa mano del presupuesto del fenómeno constituyente como un elemento *a priori* de su argumentación acerca de la supremacía constitucional:

“That the people have an original right to establish, for their future government, such principles, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent. This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here, or establish certain limits not to be transcended by those departments.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ “By a limited constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such for instance as that it shall pass no Bill of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing. (...) But in regard to the interfering acts of a superior and subordinate authority, of an original and derivative power, the nature and reason of the thing indicate the converse of that rule as proper to be followed. They teach us that the prior act of a superior ought to be preferred to the subsequent act of an inferior and subordinate authority; and that, accordingly, whenever a particular statute contravenes the constitution, it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter, and disregard the former.”(HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. Op. cit., 1961, p. 524, 526).

¹⁴⁷ KAUPER, Paul G. *Constitutional Law Cases and Materials*. New York: Prentice-Hall, 1954, p. 21.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 22.

Por fin, tras ese razonamiento, Marshall construye el juicio que define la supremacía constitucional:

“So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. (...) If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions.”¹⁴⁹

Cabe observar que el argumento de Marshall sigue una senda inconfundible y de notable significado lógico. En primer lugar, resalta el conflicto existente entre ambos contenidos, el de la ley y el de la Constitución. En seguida, vincula ésta al poder del pueblo de dotarse de un gobierno limitado. Este argumento, sin embargo, no resuelve la cuestión. Marshall entonces equipara la Constitución a una norma jurídica, designándola como “*Paramount Law*”, y reivindica para el Poder Judicial, la tarea de interpretarla, definir su alcance y aplicarla. Este razonamiento revela una ingeniosa manera de vaciar el argumento de que la Constitución no pasaba de ser una mera declaración de carácter político, sin valor normativo. En su decisión, Marshall explicita que no solamente la Carta Constitucional es una norma jurídica, sino que por el hecho de serlo, se vuelve susceptible de interpretación y aplicación por los tribunales. Su supremacía normativa implica la capacidad de superar otras normas con contenidos distintos.¹⁵⁰

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 22, 23.

¹⁵⁰ Rozando esta identificación, pero partiendo de ella como presupuesto para afirmar el vínculo entre Constitución y normatividad, Ignacio de Otto destaca: “El presupuesto primero de la Constitución es, por tanto, la existencia de la función legisladora en el sentido amplio de este término, como función de crear normas. Esa función normadora puede, a su vez, dividirse en varios planos subordinados entre sí, supuesto en el cual el término legislación se reserva para el que ocupa una posición superior. Establecer en tal ordenamiento una norma suprema, una Constitución, significa que esa creación normativa o legislación en el sentido amplio del término queda a su vez sujeta a normas que son el fundamento y límite de su validez. Por decirlo así, el plano de las normas, previamente diferenciado del de la aplicación y concentrado

El poder de ejercer el “*judicial review*” se afirmó pocas veces a lo largo del siglo XIX,¹⁵¹ pero se arraigó en la tradición jurídica americana reforzando la supremacía de la Constitución, amparada tanto en la cláusula de supremacía como en el contenido de la célebre decisión de Marshall.

3.2. La supremacía de la Constitución en la tradición europea

Aunque el surgimiento de las primeras constituciones haya sido un fenómeno casi simultáneo en Europa y América, debido a las revoluciones ocurridas en las colonias inglesas y en Francia, la idea de la supremacía de la Constitución siguió en tierras europeas un rumbo completamente distinto del de la joven república americana. En efecto, lo que marca la tradición europea a lo largo de todo el siglo XIX —como contrapunto al ejemplo americano— es una negación de la relevancia normativa de la Constitución. Esta negación no resulta de un rechazo al principio estabilizador y estructural proporcionado por ésta, sino de una peculiar conformación político-social.

El evento que puso las bases de esta tradición y dejó una indeleble marca en la historia política del Continente, fue la Revolución Francesa. La tumultuosa sucesión de constituciones en Francia a lo largo de la última década del siglo XVIII consolidó una relación peculiar entre los poderes estatales acentuando la primacía del Legislativo y, más que ello, caracterizó a fin de cuentas al Poder Constituyente como un fenómeno no susceptible de control en el escenario político, cuya manifestación implicaba el arbitrio de las masas, representando una seria amenaza al *status quo*, razón por la que

en órganos específicamente normadores, se escinde en dos, el de las normas que esos órganos crean (legislación) y el de las normas superiores a que han de sujetarse. (Constitución).” (DE OTTO, I. Op. cit., 1991, p.14).

¹⁵¹ En este sentido, destaca Roberto Blanco Valdés: “Si es cierto, en todo caso que (...) la historia de la conformación del modelo referido no comenzó propiamente con John Marshall y su célebre sentencia, es igualmente sostenible que, tras ésta, el modelo americano tendría que dar todavía muchos pasos hasta su definitiva consolidación. (...) El estudio de ese proceso de consolidación debe partir de la constatación de una paradoja: la de que, tras la anulación de una ley federal llevada a cabo por Marshall en 1803, habrá de pasar algo más de medio siglo hasta que la Corte Suprema de los Estados Unidos vuelva a proceder de igual manera en la *Dred Scott Decision*, dictada por el alto tribunal en 1857.” (BLANCO VALDÉS, R. Op. Cit., 1994, p. 159, 160).

debería evitarse. Además, al desplazar el Antiguo Régimen, y ascender a los espacios decisorios, la burguesía trató de ocuparlos con exclusividad, y rápidamente procuró restablecer la normalidad institucional. La ocupación de tales espacios se dio especialmente en el ámbito del Poder Legislativo. A través del monopolio de la representación política la burguesía obstruía el ingreso de otros grupos y, por tanto, de otras reivindicaciones en la esfera política, anestesiando el espacio público y engendrando un contexto de tranquilidad y equilibrio, aunque de conformación exclusivamente liberal.¹⁵²

¹⁵² Ya la Constitución francesa de 1795 imponía, en su artículo 35, como condición para ser considerado elector, que el ciudadano, además de tener 25 años cumplidos, fuese propietario de bienes definidos conforme el tamaño de la circunscripción electoral. Este cuadro puede comprenderse mejor en documentos como la “Chartre Constitutionnelle” de 4 de junio de 1814, en cuyos artículos 38, 39 y 40, tratándose de la Cámara de los Diputados de los Departamentos, se afirma: “38. Aucun député ne peut être admis dans la chambre, s’il n’est âgé de quarante ans, et s’il ne paie une contribution directe de mille francs; 39. Si néanmoins il ne se trouvais pas dans le département cinquante personnes de l’âge indiqué, payant au moins mille francs de contributions directes, leur nombre sera complète par les plus imposés au-dessous de mille francs, et ceux-ci pourront être élus concurremment avec les premiers; 40. Les électeurs qui concourent à la nomination des députés, ne peuvent avoir droit de suffrage s’ils ont moins de trente ans.” Por otro lado, respecto al derecho de sufragio pasivo, podemos verificar, en la Ley de 5 de febrero, referente a las elecciones, lo siguiente: “Tout Français jouissant des droits civils et politiques, âgé de trente ans accomplis, et payant trois cents francs de contributions directes, est appelé à concourir à l’élection des députés du département où il a son domicile politique; Art. 2. Pour former la masse des contributions nécessaires à la qualité d’électeur ou d’éligible, on comptera à chaque Français les contributions directes qu’il paye dans tout le royaume; — Au mari, celles des as femme, même non commune en biens; et au père, celles des biens de ses enfants mineurs, dont il aura la jouissance.” De manera semejante dispone la “Chartre Constitutionnelle, de 14 de agosto de 1830, que, a pesar de tener un contenido similar al de la Carta de 1814 respecto a las restricciones al sufragio activo y pasivo, establece como edad mínima para ser elegible la de 30 años y transfiere la disposición acerca del valor de la contribución para la ley ordinaria. Esta, la Ley de 19 de abril, delimita: “Art. 1. Tout Français jouissant des droits civils et politiques, âgé vingt-cinq ans accomplis et payant deux cents francs de contributions directes, est électeur, s’il remplit d’ailleurs les autres conditions fixées par la présente loi.” (BERLIA, G.; BONNARD, R.; DUGUIT, L.; MONNIER, H. *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 7. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952). Joaquín Varela ofrece una esclarecedora explicación acerca de este contexto de monopolio de la representación política: “Mientras se mantuvo en vigor la estructura constitucional liberal-burguesa no hubo razón alguna para establecer límites a la ley, porque la relación representativa estaba articulada de tal manera que aseguraba la fidelidad del legislador a los principios jurídicos básicos que las constituciones acogían como fundamento de la sociedad. La ausencia de democracia (sufragio censitario, Cámaras Altas o Senados con las mismas competencias legislativas que las Cámaras Bajas, veto absoluto de la Corona a las leyes aprobadas por ambas Cámaras del Parlamento) disminuía, si no eliminaba, el riesgo de que la ley vulnerase los fundamentos de la sociedad liberal-burguesa. A ello hay que añadir el común recelo en la Europa continental hacia los Jueces y, por tanto, hacia un hipotético control judicial de las leyes, tal como se practicaba en los Estados Unidos de América (en donde, por otra parte, la Judicial Review tuvo una función territorialmente integradora, necesaria desde los esquemas federales, ajenos a la tradición jurídica y política de la Europa de entonces).” (PACE, Alessandro; VARELA SUANZES, Joaquim. *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 106). Cabe destacar, igualmente, la posición de Gustavo Zagrebelsky que corrobora nuestra afirmación: “(...) No obstante, en general puede constatarse un movimiento unívoco de las fuerzas que animaban la legislación. Las fuerzas antagonistas, en lo esencial, aparecían neutralizadas y no encontraban expresión en la ley. El proletariado y

La historia política francesa demuestra que la instrumentalización de este contexto de debilidad normativa de la Constitución se da a través de la fuente que deriva directamente del ejercicio de la actividad legislativa: la ley, comprendida en los términos del artículo 6° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, como “expression de la volonté générale”. Esta célebre definición “rousseauiana”, a pesar de que originariamente se dirige al ejercicio de poder popular, sería el fundamento de una concentración de poderes por parte del Parlamento a lo largo del proceso revolucionario.¹⁵³

La ley no tarda mucho en afirmarse como la fuente primordial del Derecho, y simultáneamente en reservarse una clara esfera de actuación entre los poderes, según la cual el Legislativo tendría la exclusividad de su producción.¹⁵⁴ Por otro lado, el Poder Judicial, sometido a un riguroso control, llevaría a cabo su aplicación sin incidir sobre su contenido. Este contexto opone de forma evidente la experiencia americana a la europea. Mientras que en los Estados Unidos los tribunales asumieron el control de la constitucionalidad de las leyes, la desconfianza en relación con el Poder Judicial —ciertamente influenciada por la participación de la Justicia en el cuadro de privilegios fomentado durante el Antiguo Régimen, lo que justificaba, incluso, la atribución del calificativo de “toga” a una de las ramas de la nobleza francesa— mantuvo el control de la legislación alejado de las manos de los jueces.

sus movimientos políticos eran mantenidos alejados del Estado mediante la limitación del derecho de voto. (...) En este panorama, el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de la legislación.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 31, 32).

¹⁵³ En este sentido, Roberto Blanco Valdés afirma: “Dos serían, en resumen, las proposiciones conformadoras de ese nuevo concepto de la ley: en primer lugar, la afirmación de que aquélla tenía por fundamento la voluntad general y que, por tanto, no era sino la expresión de esa misma voluntad; en segundo lugar, la correlativa afirmación de que la voluntad general se expresaba por el cuerpo legislativo del Estado, en tanto que representante de la totalidad de la ciudadanía.” (BLANCO VALDÉS, R.L. Op. cit., 1994, p. 220).

¹⁵⁴ “La superioridad política del parlamento y la supremacía jurídica de la ley no fueron sino, a la postre, las dos caras de una misma moneda, el anverso y el reverso de un único principio constitucional que acabará dando lugar, primero en el Derecho público francés y luego, y durante largas décadas, en el Derecho público europeo, a toda una serie de consecuencias en el ámbito de la teoría de la Constitución, una de las cuales debe destacarse por conformarse casi como la síntesis de todas las demás: nos referimos a la negación del carácter normativo de la Constitución misma, es decir, a la fijación de su valor, en el sentido que hemos venido dándole a tal concepto a lo largo de este estudio. (...) La posición suprema de la ley, en tanto, que expresión de la voluntad general, exigía en todo caso —dada la identificación entre la misma voluntad parlamentaria— colocar constitucionalmente al cuerpo legislativo como el órgano estatal de representación de aquella voluntad.” (*Ibidem*, p 214, 222).

La ley, por tanto, ganaría el estatus de principal fuente del Derecho con carácter normativo indiscutible, por razones lógicas, puesto que, comprendida como expresión de la voluntad general, y engendrada por la actividad del Parlamento a través de la representación política, la mera voluntad de la mayoría encontraba amparo en el propio ejercicio de la actividad legislativa, siendo innecesario recurrir al pueblo en cuanto fundamento del poder político dada la recepción indirecta, sin riesgos y filtrada en última instancia de este principio.¹⁵⁵ En este sentido, Roberto Blanco Valdés, afirma: “(...) la conjunción de las afirmaciones sobre la fundamentación de la ley en la voluntad general y la expresión de esta última por el cuerpo legislativo en tanto que órgano de representación de la Nación, conduciría indefectiblemente a la afirmación de la soberanía del propio órgano representativo nacional, en una palabra, a la afirmación final de la soberanía parlamentaria.”¹⁵⁶ Al profundizar y generalizar este razonamiento, Fioravanti señalará: “(...) en la tradición política y constitucional europea el principio democrático aparecía como un principio casi por naturaleza destinado a expresarse de manera desmesurada, a legitimar poderes que difícilmente podían controlarse —como el legislativo de los representantes del pueblo soberano— a rechazar antes o después lo que en la forma constitucional era más esencial, es decir, la dimensión del límite, de la garantía, del equilibrio.”¹⁵⁷

Sin embargo, no se trata aquí de una negación absoluta de la supremacía de la Constitución. Si esta no se afirma expresamente en los

¹⁵⁵ Respecto al tema, Gustavo Zagrebelsky ofrece una magistral explicación: “En la época liberal la unidad sustancial de la Administración y de la jurisdicción constituía un problema que debía ser resuelto, y se resolvía como se acaba de decir, recurriendo al principio de legalidad. Respecto a la legislación, en cambio, no surgía un problema análogo de unidad y coherencia. Su sistematicidad podía considerarse un dato, un postulado que venía asegurado por la tendencial unidad y homogeneidad de las orientaciones de fondo de la fuerza política que se expresaba a través de la ley, sobre todo porque la evolución de los sistemas constitucionales había asegurado la hegemonía de los principios políticos y jurídicos de la burguesía liberal. La expresión jurídica de esta hegemonía era la ley, a la que, en consecuencia, se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces. Las Cartas constitucionales dualistas de la Restauración venían degradadas, por lo general mediante avatares poco claros desde el punto de vista jurídico pero bastante explícitos desde el punto de vista político-social, a ‘constituciones flexibles’, esto es, susceptibles de ser modificadas legislativamente. (...) Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo.” (ZAGREBELSKY, G. Op. cit., 1995, p. 31).

¹⁵⁶ BLANCO VALDÉS, R.L. Op. cit., 1994, p. 224.

¹⁵⁷ FIORAVANTI, M. Op. cit., 2001, p. 148.

distintos textos constitucionales europeos a lo largo del siglo XIX, tampoco se rebate. El meollo de la cuestión estaba en otra instancia. Lo que afectaba a las constituciones de este período no era la falta de la declaración de supremacía, sino la falta de inclusión de la Constitución en una esfera normativa en la que su juridicidad no se cuestionara. Al considerarse exclusivamente un instrumento de carácter político, la Constitución no podía prevalecer sobre la ley en un supuesto enfrentamiento entre ambas.¹⁵⁸ Confrontación que, en sí, era improbable dadas las distintas esferas de actuación de una y otra. Hablar de Constitución significaba tratar de un instrumento político que definía la estructura del Estado. Hablar de ley significaba tratar de un instrumento normativo que reglamentaba las relaciones sociales y cuya reivindicación generaba derechos subjetivos.

Por otro lado, el Poder Constituyente se somete a un proceso de “domesticación” que se canaliza a través de la reforma constitucional. Esta situación provoca su indistinción respecto de los Poderes Constituidos. En este contexto, lo que fué considerado otrora como un proceso de creación de la Constitución, se comprenderá ahora como su mera reforma. Este contexto posibilitará la continuidad del ordenamiento político sin temblores o graves rupturas.¹⁵⁹

Por lo tanto, la supremacía de la Constitución, en la tradición europea, no coincidirá con su equivalente en los Estados Unidos de América, tanto porque el poder constituyente del pueblo, que allí era visto como fundamento de la Constitución, era encarado con desconfianza y temor en Europa, como porque el propio poder constituyente gradualmente dejó de ser portador del

¹⁵⁸ En este sentido, destacando el principio revolucionario que generaría este contexto Roberto Blanco Valdés afirma: “El control judicial de la constitucionalidad no se prohíbe expresamente en la coyuntura histórica de la Revolución pura y simplemente porque la eventualidad de tal control no conforma un auténtico problema constitucional. La prohibición hubiera exigido el planteamiento abierto de la posibilidad de que la Constitución fuese violada por la ley.” (BLANCO VALDÉS, R. Op. cit., 1994, p. 242).

¹⁵⁹ “La imposibilidad de configurar cumplidamente la Constitución como ley suprema, será el lógico correlato de las insuficiencias, ambigüedades y contradicciones que en Europa sufre la definición del poder constituyente. (...) Tanto respecto a las Constituciones octroyées (...), como a las Constituciones pactadas (...), no admite discusión alguna que la noción de poder constituyente, como poder previo y superior a los poderes constituidos, y desde la cual se justifica y se entiende la supremacía constitucional, queda eliminada por completo. Los mismos poderes que otorgan o aprueban la Constitución son los que luego aparecen regulados por ella. En estas circunstancias, la distinción entre poder constituyente y constituido, resulta, teórica y prácticamente imposible.” (DE VEGA, Pedro. Op. cit., 1985, p. 42, 43).

principio creador de la Carta Constitucional.¹⁶⁰ Además, no se atribuyó a la Constitución, en los diferentes países europeos a lo largo del siglo XIX, un valor normativo capaz de suscitar el ejercicio de derechos subjetivos y de imponerse ante las demás normas jurídicas en el ordenamiento y en especial ante la ley que, por fuerza de la supremacía del Legislativo sobre los demás órganos estatales, prevalecía en el esquema de fuentes del Derecho.¹⁶¹

Por otro lado, mientras el constitucionalismo americano —que había reconocido el Poder Constituyente del pueblo como el fundamento inequívoco de su Constitución— experimentó una relativa estabilidad, incluso ante los graves disturbios políticos internos a lo largo del siglo XIX, el europeo, que en su búsqueda de estabilidad había renegado de tal poder, pasó por significativas turbulencias a lo largo del mismo período. Además de la cuestión urgente de la debilidad de las varias constituciones de la época, fue exactamente en Europa, entre mediados del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, donde el constitucionalismo liberal se vería forzado a una apertura tendente a recibir y asimilar las reivindicaciones sociales.¹⁶²

¹⁶⁰ Cabe observar la opinión de Pedro de Vega respecto a este contexto: “Ocioso es indicar que, cuando se considera que poder constituyente y constituido coinciden, y que el poder constituyente es creado por la Constitución, en lugar de ser la Constitución la obra del poder constituyente, la idea de supremacía deja de tener sentido. (...) La no distinción, a nivel político, entre poder constituyente y poder constituido, se traduciría, jurídicamente, en la paralela indiferenciación entre Constitución y ley ordinaria. Y, claro es, una Constitución que formalmente no se distingue de la ley ordinaria, podrá ser considerada como ley, pero lo que ciertamente no será es una Constitución.” (*Ibidem*, p. 45).

¹⁶¹ En este sentido, afirma Pedro de Vega: “(...) Sin embargo, lo que ya no puede ni debe considerarse extremado, es afirmar que la idea de supremacía tuvo en Europa una relevancia, una significación y una eficacia mucho menores de las que adquirió en Norteamérica, incluso en aquellos supuestos en que el sistema constitucional se edificó sobre el postulado político democrático de la soberanía popular, y cuando las propias Constituciones proclamaron la rigidez, estableciendo un procedimiento distinto para su reforma que el regulado para la modificación.” (*Ibid.*, p. 48).

¹⁶² Es cierto que hay un debate doctrinal respecto al momento en que se evidencian por vez primera los derechos sociales, pero está fuera de cuestión que ya entre mediados del siglo XIX y la segunda década del siglo XX los textos constitucionales empezaron una lenta asimilación de las reivindicaciones proletarias. Así que la Constitución Francesa de 1848, rompiendo la barrera liberal, en el punto VIII de su preámbulo dispone: “La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l’instruction indispensable à tous les hommes; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l’existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d’état de travailler. — En vue de l’accomplissement de tous ces devoirs, et pour la garantie de tous ces droits, l’Assemblée Nationale, fidèle aux traditions des grandes assemblées qui ont inauguré la révolution française, décrète, ainsi qu’il suit, la Constitution de la République.” Mais adiante, no seu artigo 13, decreta: “La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l’industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l’enseignement primaire gratuit, l’éducation professionnelle, l’égalité de rapports entre le patron et l’ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les

Como punto culminante de un proceso que se extiende a lo largo del siglo XX, marcado por la consolidación de los regímenes democráticos en los principales Estados europeos, la supremacía de la Constitución pasa a ocupar una posición de relevancia en el escenario político del continente, bien traducida en la fórmula de lo que ahora se denominará “Estado Constitucional”.¹⁶³ A ello contribuirá no solamente el reconocimiento expreso de esta condición en los textos constitucionales,¹⁶⁴ sino también un drástico cambio en el valor conferido a la Constitución y, por consiguiente al Poder Constituyente, conforme señalamos anteriormente. Además de estos factores, será de extrema relevancia, en este nuevo contexto, el advenimiento de un mecanismo adecuado de sanción contra su vulneración. Este mecanismo, en el

associations volontaires, et l'établissement, par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir.” La consolidación de este proceso de cooptación y positivación de estos derechos, claramente culminará con la Constitución Mexicana de 1917 y la de Weimar, en 1919, en cuyos textos se plasma un contenido inequívocamente social. En este sentido, afirma Beatriz González Moreno: “De ambas, sin embargo, debe señalarse que no establecieron mecanismos de garantía de los derechos sociales ni su exigibilidad ante los tribunales. Pero ambas también supusieron, por distintas razones, un hito en la historia del constitucionalismo social: la Constitución mexicana, porque ‘significó la primera proclamación de derechos a nivel constitucional sobre bases no liberales; ya la Constitución de Weimar porque supuso un cambio radical en el papel de la Constitución, y por ende, en la función del Estado.” (GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El Estado Social – Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002, p. 86).

¹⁶³ Acerca del contenido de esta fórmula, destaca Zagrebelsky: “La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al Derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente).” (ZAGREBELSKY, G. Op. cit., 1995, p. 34).

¹⁶⁴ Constitución de la República Italiana, de 1947: “Art. 1. Italia es una República democrática fundada en el trabajo. La Soberanía pertenece al pueblo, quien la ejerce en la forma y dentro de los límites de la Constitución”; Constitución Española de 1978: “Art. 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...) 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, (...) la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” Constitución de la República Portuguesa: “Art. 3. 1. La soberanía, una e indivisible, reside en el pueblo, que la ejerce según el modo previsto en la Constitución. 2. El Estado se subordina a la Constitución y se funda en la legalidad democrática. La validez de las leyes y de los demás actos del Estado, de las regiones autónomas y de las autoridades locales estará supeditada a su conformidad con la Constitución.” Constitución belga: “Art. 33. Todos los poderes emanan de la Nación. Son ejercidos de la manera prevista en la Constitución.” Constitución de la República Federal de Alemania: “Art. 20.2. Todo poder público emana del pueblo. Será ejercido por el pueblo a través de elecciones y referéndum y por medio de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial; 20.3. El legislativo estará sometido al orden constitucional, el ejecutivo y judicial a la ley y a la justicia.”

caso europeo, se configuró a través de la adopción de un modelo, marcado por la contribución de Hans Kelsen, asociando elementos pertenecientes al control jurisdiccional de constitucionalidad en los parámetros americanos y otros derivados de la rígida separación de poderes que marcó el constitucionalismo europeo hasta entonces.¹⁶⁵

El equilibrio suscitado a partir de este modelo se encontraría a través de la creación de un órgano que, fuera de los tres poderes, ejerciera el control de constitucionalidad de las leyes. La asimilación de este modelo por las principales culturas políticas europeas, sumada a la consagración del principio democrático en las principales culturas constitucionales occidentales, acabaron por universalizar el principio de supremacía de la Constitución, que actualmente ocupa una posición destacada como paradigma constitucional contemporáneo.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Acerca del tema, cabe destacar el razonamiento de Carlos Ollero respecto a la adopción del control de constitucionalidad en Europa: “Fue una de las consecuencias del proceso de juridicización y, al mismo tiempo, instrumento institucional de su presupuesto, la soberanía del Derecho, plasmado en el orden constitucional jurídico formal. Pero se comenzaba a hablar ya de la necesidad de revisar el sistema parlamentario, y aunque ello se hiciera inspirándose en criterios pragmáticos más que en razonamientos ideológicos, lo cierto es que políticamente la atención revisionista miraba fijamente a las Asambleas legislativas y comenzaba a considerarse la conveniencia de limitar su incompañada preeminencia político-constitucional. Uno de los medios de construir esta limitación fue el control de constitucionalidad que ofrecía una argumentación directamente inspirada en los más puros principios del régimen constitucional, del Estado de Derecho.” (OLLERO, Carlos. *El Derecho Constitucional de la postguerra*. Barcelona: Librería Bosch, 1949, p. 131). Tratando del modelo europeo de control de constitucionalidad, Louis Favoreu destaca como elementos que contribuyeron para el fracaso de la recepción del modelo americano —muy anterior— la sacralización de la ley, la incapacidad del juez ordinario para ejercer la justicia constitucional, la ausencia de unidad de jurisdicción y la insuficiente rigidez de la Constitución. Además, señala que la adopción del modelo kelsensiano, resulta de razones históricas y teóricas. En lo que concierne a las primeras, destaca: “Ante todo, las terribles lecciones de la experiencia nazi y fascista, que se hallan en la fuente misma de la creación de los Tribunales constitucionales en Alemania e Italia, y en el restablecimiento del Tribunal austriaco. La voluntad de establecer una verdadera democracia tras los períodos de dictadura, explica igualmente, (...) la creación de los Tribunales español y portugués. Y en todos estos casos, si se escoge el modelo kelsensiano en lugar del americano es porque, más allá de las controversias doctrinales de la preguerra, ya no se confía en los jueces ordinarios. Además, ya no se experimenta el temor de atentar contra la soberanía del legislador, pues éste ha fracasado en su misión; el legislador ha mostrado que podía ser opresor, suscitando con ello la necesidad de defenderse de él.” En seguida, refiriéndose a las razones teóricas, afirma: “Kelsen y Eisenmann demostraron que la institución de un Tribunal constitucional, encargado sobre todo de controlar la constitucionalidad de las leyes, era perfectamente conforme a la teoría de la separación de poderes. Y por ello mismo suprimieron los últimos obstáculos.” (FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, 18-23).

¹⁶⁶ En este sentido, afirma con propiedad Pedro de Vega: “El proceso de mundialización de las ideas democráticas en la actualidad, necesariamente tenía que verse acompañado de un similar proceso de mundialización de la Idea de supremacía constitucional. Y de igual manera que nadie, al menos a nivel propagandístico y retórico, se atreve a poner en duda que el pueblo es el único titular de la soberanía, nadie niega tampoco como postulado teórico que el

3.3. Supremacía de la Constitución y Poder Constituyente

Retomando el argumento con el que iniciamos estas consideraciones, y tras la exposición de los rasgos principales de las tradiciones histórico-jurídicas sobre el tema, queda claro que sólo es posible afirmar la supremacía de la Constitución —como condición que la sitúa jerárquicamente por encima de las demás normas que en ella encuentran fundamento de validez— en regímenes en los que se reconozca la relevancia y la fuerza impositiva y legitimadora del Poder Constituyente. Se da, entre ambos, una conexión tan estrecha que la vulneración de uno provoca la pérdida de significado del otro. No tomar en consideración su posición de supremacía o vaciar su significado implica no reconocer en el Poder Constituyente capacidad política para romper con una estructura vigente e imponer un marco normativo distinto y supremo. Esta afirmación no carece de base. Pues si en un ordenamiento dado existe una Constitución a la que resulta imposible atribuir supremacía, debemos deducir que la propia existencia de tal ordenamiento se deberá a la vigencia de otra norma que desempeñará de hecho lo que la Constitución no puede llevar a cabo. Hablar de la existencia o del ejercicio de un Poder Constituyente en un escenario donde la norma constitucional esté desprovista de supremacía es lo mismo que atribuirlo efectivamente a una entidad distinta de aquella que creó la Constitución y considerarlo presupuesto de la Constitución propiamente dicha.

Por otro lado, negar el Poder Constituyente, en cuanto principio político, debilita la noción de supremacía de la Constitución, que no tendrá más un presupuesto del que partir y del que deducirse, y elimina cualquier fundamento de la diferenciación jerárquica entre las normas de un ordenamiento dado, ya que la Constitución goza del estatus de norma suprema justamente gracias a la manifestación política que la engendró y que la mantiene. No tener en consideración o reducir la relevancia de esta manifestación quita a la supremacía su más elemental soplo de vida.

gobernante debe estar sometido a la ley. En consonancia con estos supuestos, el constitucionalismo del presente consagra por doquier el principio de supremacía constitucional.” (DE VEGA, Pedro. Op. cit., 1985, p. 49, 50).

Cabe destacar también que la supremacía es importante, mas allá de su relevancia política, por su relevancia normativa. El ejercicio del Poder Constituyente puede o no romper de forma radical con una estructura jurídico-política previa, en el sentido de que algunos elementos existentes podrán continuar existiendo. Pero incluso este supuesto implicará siempre una quiebra absoluta de la continuidad del orden jurídico anterior, por el elemental cambio del fundamento de validez de ésta.¹⁶⁷

La relación entre el Poder Constituyente y la supremacía de la Constitución implica, además, una determinada forma de exteriorización de la propia Carta Constitucional, de manera que esta supremacía se canaliza a través de la forma escrita. Dada la génesis prácticamente simultánea del Poder Constituyente y del principio de supremacía y su inserción en el contexto de la civilización moderna, en el que generalmente se exige la formalización escrita de las normas del Derecho, resulta particularmente difícil imaginar un proceso constituyente, tal y como lo comprendemos hasta el momento, que viniera a culminar en una Constitución no escrita. Esta posibilidad, que diluye la estructura del Estado en convenciones y costumbres, implicaría una neutralización del Poder Constituyente en cuanto proceso orientado hacia la instauración de una Constitución. Es el caso del sistema inglés, en el que no existe Constitución en el sentido estricto en que se entiende en la gran mayoría de los Estados contemporáneos, ni puede considerarse posible un ejercicio del Poder Constituyente mientras perdure este contexto.¹⁶⁸ Esta asociación entre

¹⁶⁷ “La Constitución se identifica por una relación y en concreto en relación con el plano que llamamos legislación, entendida ésta como la creación normativa que de modo más o menos permanente llevan a cabo determinados órganos a los que todos los demás están subordinados. Y esto quiere decir que la Constitución es el conjunto de las normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado.” (DE OTTO, I. Op. cit., 1991, p. 15)

¹⁶⁸ Al resaltar este vínculo entre la supremacía constitucional y la forma escrita, Ignacio de Otto afirma: “Ciertamente el establecimiento de una norma suprema, por encima de los órganos superiores del Estado, se hace mediante la promulgación de un texto escrito, la llamada Constitución escrita, con el nombre de Constitución o cualquier otro, pero sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. (...) Por ello es posible decir que no tienen Constitución Estados que son constitucionales en el sentido de que su estructura y funcionamiento obedecen a las exigencias del constitucionalismo como movimiento político, pero en los cuales no se utiliza la técnica concreta de establecer una norma suprema con la que quepa enjuiciar tanto la legislación como cualquier otra función del Estado. La existencia de una Constitución escrita, en un texto unitario o en varios, como ha ocurrido en ocasiones, es sin embargo una técnica prácticamente obligada para el establecimiento de una norma suprema en el ordenamiento.” (*Ibidem*, p. 15).

forma escrita y posición de supremacía proporciona la garantía de la propia integridad del texto y del contenido de la Constitución. Esta garantía gana forma a través de la rigidez constitucional.

Por último, debemos señalar que la generalización de la idea de supremacía de la Constitución lleva, por consiguiente, a la generalización del Poder Constituyente tanto en términos fácticos —como proceso que suscita la aparición de una norma capaz de fundamentar la validez de todo el ordenamiento— como en un sentido conceptual —como categoría del pensamiento jurídico-constitucional. Ninguna de las categorías de la Ciencia del Derecho Constitucional contemporáneo tiene relevancia teórica si no parte del presupuesto de la supremacía, que en cuanto tal, sólo puede deducirse de la existencia de un poder capaz de crear la norma suprema.

3.4. Rigidez constitucional

La rigidez constitucional representa, hasta cierto punto, una prolongación lógica de la idea de supremacía de la Constitución. Si ésta es una norma que se coloca jerárquicamente por encima de las demás y representa el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, sería razonable suponer la existencia de una garantía formal que posibilitara la preservación de la Constitución frente a la violación de sus preceptos, tanto material como formalmente. En el apartado anterior abordamos la cuestión del control de constitucionalidad, pero incluso este mecanismo debe parte de su razón de ser a la rigidez constitucional, pues en muchos aspectos es la propia rigidez la que propicia una traducción formal del control de la violación de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, debe quedar claro que las ideas de rigidez y de supremacía, aunque sean correlativas no son la misma cosa. La rigidez presupone la supremacía, y como veremos, hay controversias respecto a la perpetuidad de la supremacía incluso sin la delimitación textual de la rigidez constitucional.

Irónicamente el concepto de rigidez constitucional aparece en la clasificación de las constituciones, entre rígidas y flexibles, efectuada por James Bryce, un estudioso perteneciente a la tradición jurídica inglesa, donde se da una Constitución flexible. Bryce utiliza dos criterios fundamentales en su obra: en primer lugar establece dos ejemplos orientadores de las constituciones flexibles con los que trabajar: uno perteneciente a la Antigüedad, Roma, y el otro a la Modernidad, Inglaterra. Además, el autor inglés rechaza la distinción hasta entonces comúnmente establecida entre constituciones escritas y no escritas, por su evidente insuficiencia explicativa y su capacidad de conducir fácilmente a la equivocación.¹⁶⁹

A partir de estos dos principios, Bryce plantea una nueva clasificación, y argumenta que mientras ciertas constituciones expresan una asimetría formal, otras son el resultado de una producción consciente y orientada en todas las etapas de su confección. El primer tipo, que denomina constituciones de Derecho consuetudinario, sería aquél en el que estarían encuadradas las constituciones antiguas y medievales; el segundo tipo, que denomina constituciones estatutarias, sería el de las constituciones modernas. El criterio que orienta su clasificación, según él mismo afirma, es la relación entre la Constitución y la ley ordinaria o la autoridad que la proclama. Partiendo de este presupuesto, Bryce establece, a continuación, la dicotomía que pauta la clasificación: constituciones flexibles y constituciones rígidas.

Para él, la Constitución flexible es aquella que está marcada por la no diferenciación formal entre sus disposiciones y las demás leyes del ordenamiento, de forma que su modificación o vulneración se hace posible, aunque no necesariamente, a través de una disposición en contrario

¹⁶⁹ En este sentido, señala lo siguiente: “En sí misma, es una distinción torpemente expresada y que lleva hartamente a confusión, puesto que *ius non scriptum* quiere denotar costumbre; y cuando esta costumbre ha sido escriturada y protocolizada, apenas puede seguir llamándose no escrita. Esta clasificación coloca en la categoría de constituciones escritas a las consignadas expresamente en un documento o documentos solemnes; y en la categoría de no escritas, aquéllas cuyo origen no está en un acuerdo o en una estipulación formal, sino en un uso (usage) que vive en el recuerdo de los hombres. (...) La divisoria que intentan establecer entre estas dos clases de constituciones, no constituyen una línea bien definida, porque, en toda Constitución escrita debe haber y hay, como veremos en seguida, algún elemento de uso no escrito; en tanto que en las llamadas no escritas existe una fuerte tendencia a considerar las recopilaciones de costumbres o de precedentes como obligatorias.”(BRYCE, James. *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984, p. 6, 7).

establecida por parte de cualquier ley ordinaria, porque ambas están niveladas en un mismo plano jerárquico. El rasgo característico de la flexibilidad, según Bryce, es que la Constitución se articula por medio de normas escritas o consuetudinarias que establecen la estructura del Estado. Sin embargo, esta articulación está abierta a la potencial incidencia modificadora de la ley ordinaria.¹⁷⁰

A continuación, Bryce trata de exponer los fundamentos de la rigidez constitucional. Cabe percibir que el autor no duda en establecer una conexión no sólo entre rigidez y superioridad de la Constitución, sino también entre rigidez constitucional y Poder Constituyente. Su razonamiento está marcado por una lógica a toda prueba: la rigidez deriva de la condición de supremacía normativa de la Constitución, y esta supremacía normativa deriva del poder que fue capaz de establecerla como tal. El Poder Constituyente, por tanto, es el elemento primordial que, al crear la Constitución, la dota de un estatus superior a las demás normas jurídicas y poderes estatales, que se traduce formalmente en la fórmula de la rigidez constitucional.¹⁷¹

Para Bryce, la jerarquía es el elemento nuclear que distingue las leyes ordinarias respecto de la Constitución. Allí donde no esté presente se tratará de un sistema flexible, que se denomina así porque refleja la idea de elasticidad, que es una marca característica del tipo de Constitución allí vigente. La rigidez, por el contrario, se identifica con la dureza, la resistencia ofrecida por sus normas frente a cualquier modificación y virtual imposibilidad de ser modificada por una ley ordinaria. La Constitución flexible se vuelve visible, según este

¹⁷⁰ “Algunas constituciones, entre ellas todas las que pertenecen al tipo más viejo, o sea al del *Common Law*, están en el mismo nivel que las otras leyes del país, tanto si estas leyes existen sólo en forma de estatutos como si existen en la de decisiones escritas que definen y confirman una costumbre. Tales constituciones proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias y son promulgadas o abolidas según el mismo procedimiento que aquéllas. En tales casos, la palabra 'Constitución' sólo se refiere a aquellos estatutos y costumbres del país que determinan la forma y disposiciones de su sistema político.” (*Ibidem*, p. 9).

¹⁷¹ “Otras constituciones, la mayoría de ellas pertenecientes al tipo más moderno o estatutarias, están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento, o instrumentos, en que están contenidas estas constituciones no proceden de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entre en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder.” (*Ibid.*, p. 10).

autor, a partir del momento en que es posible distinguir entre normas escritas o consuetudinarias, cuya relevancia para la estructuración política esté fuera de duda, y normas de la misma naturaleza pertinentes a otros temas. Sin embargo, la aparición de una Constitución rígida presupone cierto desarrollo del sistema representativo.

Aunque no esté formalmente tan delineada como la Constitución rígida y no disponga de un mecanismo de garantía para su contenido, no se puede atribuir a la Constitución flexible el carácter de inestable. En este sentido, la propia metodología adoptada por Bryce aporta las bases de su razón. Al trabajar en su argumentación con Roma e Inglaterra, el autor tiene la idea de que los ejemplos hablan por sí solos. Frente al reproche de inestable, la Constitución flexible es elástica —pues permite cambios de las partes sin descaracterizar la totalidad—, y dispone de una porosidad que, sin duda, la expone a un cierto riesgo, pero que, al mismo tiempo, también le sirve para su preservación. El riesgo está en su exposición a un cambio fácil, pero su ventaja se muestra en los períodos de inestabilidad política o de revoluciones, en los que el texto constitucional tiene una capacidad de adaptación que enfría los ánimos y amortigua los efectos destructivos de tales períodos.¹⁷²

Las Constituciones rígidas representan otra realidad y su “(...) carácter específico consiste en que todas poseen una autoridad superior a la de las otras leyes del Estado y se modifican a través de procedimientos diferentes a aquellos por los que se dictan y revocan las demás leyes.”¹⁷³ La experiencia histórica demuestra que desde el deseo de los ciudadanos de asegurar sus derechos frente a un gobernante, hasta el deseo de dar cuerpo al proyecto que estructura la sociedad, son varios los motivos que conducen al establecimiento de constituciones rígidas. No obstante, no todas estas constituciones

¹⁷² En este sentido, afirma: “Sería, por lo tanto, un error considerar inestables las constituciones flexibles. Su marca verdadera, su mérito distintivo, es la elasticidad. Pueden extenderse o adaptarse de acuerdo con las circunstancias, sin que su estructura se rompa. (...) La razón de que su forma no haya sido fijada rígidamente hace que no se sienta un cambio temporal como un cambio serio. El sentimiento de respeto por el orden establecido no vacila. (...) Por lo tanto, podemos decir que mientras el carácter flexible de una Constitución le permite algunas veces recobrase de las sacudidas sin daño alguno, ese mismo carácter oculta a veces los efectos de una sacudida, puesto que para los ciudadanos estos efectos pueden tomar la forma de cambios de usos y cambios de opinión que no han sido expresados y que quizá no lo serían fácilmente en una forma legal definida.” (*Ibid.*, p. 31, 32).

¹⁷³ *Ibid.*, p. 64.

establecen expresamente disposiciones acerca de su modificación. En este caso, como no hay nada humano que soporte la marca de la inmortalidad, Bryce destaca que incluso aquellas constituciones que no disponen nada, están sujetas a modificaciones por parte de la autoridad que las creó. Sin embargo, la precisión es algo imprescindible para la rigidez constitucional. Si es cierto que por no ser obra de una legislación ordinaria, la Constitución está sustraída a su incidencia, no es menos verdad que “(...) debe contenerse, a ser posible, en un instrumento solemne, o por lo menos, en unos pocos solamente. Lo que ha de ser una ley fundamental limitadora del poder de los que legislan debe hacerse constar en términos específicos e inequívocos. De otra forma, no habría posibilidad de saber cuándo la infringían o la violaban.”¹⁷⁴

Esta precisión que defiende Bryce es, al mismo tiempo, la gran ventaja y la potencial desventaja de la Constitución rígida sobre la Constitución flexible. Al tiempo que ésta tiene en su elasticidad tanto una desventaja —por la pérdida de precisión y por la inseguridad en su permanencia— como una ventaja —por la posibilidad de estabilidad—, aquélla tiene en la rigidez la ventaja de la estabilidad y la desventaja de no ser fácilmente adaptable a las grandes modificaciones. Y en esta última característica hay un riesgo evidente para la Constitución rígida, cuya falta de porosidad no le permite adaptarse a las situaciones de inestabilidad o de amplios cambios sin desfigurarse y, fatalmente, romperse.

No resulta difícil darse cuenta de que el razonamiento de Bryce es tan actual en nuestros días como en la época en que fue escrito. Quizá hoy en día esta característica se acentúe ya que, tan generalizada como el principio de supremacía de la Constitución, la rigidez constitucional se encuentra consagrada en la gran mayoría de los textos constitucionales contemporáneos. Por otro lado, el momento en que vivimos es de serios cambios socio-políticos que cuestionan no pocos elementos del Derecho Constitucional, entre los que se halla, ciertamente, la rigidez constitucional.

La mayor parte de la doctrina identifica rigidez constitucional con la exigencia de un procedimiento más difícil para la modificación del texto de la

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 88.

Constitución. Este procedimiento, en los Estados contemporáneos, es suficientemente heterogéneo como para que sea inviable una sucinta exposición en este trabajo.¹⁷⁵ La homogeneidad es menos frecuente aún en el criterio a través del cual se caracteriza un texto constitucional como rígido, que en la adopción en sí mismo del mecanismo de la rigidez. La rigidez constitucional se presenta como una serie de requisitos formales, y algunas veces materiales, expresados en el propio texto constitucional y que deben ser observados a la hora de modificar el texto constitucional.

Tales requisitos son, literalmente, obstáculos para la reforma de la Constitución. Sirven tanto para dificultar la modificación del texto constitucional, diferenciándolo en este sentido, en términos formales, de la legislación ordinaria, como para articular el modo en que se pueda emprender la modificación, y se impida su atrofia y parálisis frente a una realidad social cambiante. En este sentido, la rigidez confiere a la Constitución estabilidad, sustrayendo su contenido a la incidencia de la ley ordinaria, pero al mismo tiempo posibilita su modificación, dinamizando, así, su contenido.¹⁷⁶

Otra parte de la doctrina rechaza, sin embargo, la conexión antes resaltada. Al contrario, interpone entre normas de procedimiento y rigidez constitucional una relación de prioridad lógica, considerando a ésta presupuesto de aquéllas. Esta corriente encuentra una magnífica expresión en el pensamiento de Alessandro Pace. Para este estudioso, la rigidez constitucional sería una característica natural de las constituciones escritas,

¹⁷⁵ La formalización normativa de la rigidez constitucional cambia de Estado para Estado. Mismo así, aunque la heterogeneidad dificulte una breve exposición no es imposible indicar algunos mecanismos que se utilizan para expresarla, entre los cuales se hallan el quórum cualificado para aprobación de enmiendas constitucionales, la limitación del elenco político que puede iniciar el proceso de reforma, limitaciones materiales pertinentes a ciertos temas delicados para un determinado sistema constitucional, disolución de la cámara en los sistemas parlamentares, plebiscito al final del proceso, etc. Tendremos oportunidad de volver al tema al abordar el Poder Constituyente Derivado o Constituido.

¹⁷⁶ “La rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio. La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente. Pero la rigidez reduce en mayor o menor medida esta mutabilidad a favor de la estabilidad, sustrayendo la Constitución a la libre disposición de los órganos sujetos a ella. De otro modo —con una reforma absolutamente flexible— no desaparecería la superioridad de la Constitución respecto de las restantes normas, pero el legislador tendría libre disposición acerca de su contenido y esa superioridad vería mermado su alcance práctico. A la hora de regular la reforma constitucional, por tanto, es preciso atender al doble objetivo de conciliar estabilidad y cambio.”

que podría explicitarse o no, y, si no lo hiciera, la Constitución, no vería vulnerada su resistencia a la incidencia de la ley ordinaria sobre su contenido. Por esta razón argumenta que la naturaleza de una disposición que regulase un procedimiento especial de reforma, o incluso la propia inmutabilidad de la Constitución, sería meramente declarativa. Rigidez y superioridad de la Constitución son, en palabras de Pace, dos caras de la misma moneda. Respecto a esta última, cabe destacar que el autor italiano rechaza la idea de una justificación trascendental, y por tanto reduce a la nada el papel que puede desempeñar el Poder Constituyente. Y así, niega la superioridad de la Constitución como algo resultante de la manifestación del fenómeno constituyente, cuya titularidad se debiese a una autoridad superior. Pace busca el fundamento de la superioridad no sólo en el carácter formal indispensable de la Constitución, sino también en su vigencia efectiva, cuando afirma:

“(...) el problema de la superioridad de la constitución se resuelve pura y simplemente en que, desde un punto de vista formal, ésta debe erigirse como regla, al menos, de los actos legislativos y administrativos; desde un punto de vista sustancial, en la capacidad de la constitución para insertarse en el sistema de fuentes y para conquistar y conservar una posición peculiar, gracias a los valores que presupone o que explícitamente contiene. (...) Por lo tanto, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la legitimación de la constitución —en cuanto ‘acto normativo superior’, como tal inmodificable por las leyes ordinarias (y por ello ‘rígido’)— se resuelve, de un lado, en la intrínseca juridicidad de sus contenidos; y de otro, en la vigencia efectiva del conjunto del ordenamiento jurídico del que la propia constitución forma parte.”¹⁷⁷

Pace llega a uno de los puntos neurálgicos de su pensamiento al afirmar que por haber sido desarrollada en un texto, a no ser que disponga lo contrario, la Constitución ya se configura, inevitablemente, como rígida. La rigidez sería una característica natural y presupuesta que debe ser por la simple expresión de la Constitución en forma escrita, pero que no es esencial, ya que no se excluye una disposición constitucional en sentido contrario que flexibilice su propio contenido. La forma escrita sería, por ello, fundamento de la rigidez constitucional.¹⁷⁸

¹⁷⁷ PACE, A.; VARELA SUANZES, J. Op. cit., 1995, p. 60.

No cabría, en este contexto, diferenciar superioridad de rigidez en los términos que utilizamos anteriormente, ya que, entonces, partíamos de que el concepto de Poder Constituyente era el fundamento de ambos, lo que Pace rechaza. Lo que el autor italiano pone en primer plano es la autoproclamación de la Constitución, exteriorizada en la forma escrita, como norma fundamental, asociando superioridad formal y sustancial.¹⁷⁹

Joaquín Varela, establece un notable contrapunto a esta tesis —a pesar de estar de acuerdo con la necesidad de diferenciar entre normas de procedimiento y rigidez constitucional— y acusa a Pace de mezclar la dimensión jurídica y la socio-política al utilizar, con dudoso criterio, el concepto de constitución material. Rebate el argumento que defiende la inmutabilidad de la Constitución aún en caso de ausencia de una disposición expresa sobre el procedimiento de reforma de la misma —tema defendido por Pace—, y reconoce que es procedente únicamente en el ámbito lógico-jurídico, a pesar de que una parte respetable de la doctrina lo ampare.¹⁸⁰ Al tiempo que destaca los problemas políticos de esta tesis, en el sentido de que virtualmente el texto constitucional perdería su capacidad de adaptación a la realidad social, Varela considera como problemática la atribución de rigidez de forma indistinta tanto a las constituciones que establecen un procedimiento de reforma como a las que no lo establecen; y opta, al contrario, por reservar el concepto de rigidez constitucional para el primer tipo.¹⁸¹

¹⁷⁸ “(...) el único criterio jurídico-formal alternativo a los anteriores consiste en considerar rígida, en principio, cualquier constitución, siempre que esté escrita y aunque el texto constitucional no prevea cláusulas relativas a un procedimiento especial de revisión. En otras palabras, desde el punto de vista jurídico-formal, la causa eficiente de la rigidez, en una primera aproximación, podría identificarse en la escritura.” (*Ibidem*, 1995, p. 73, 74).

¹⁷⁹ En este sentido, afirma: “(...) la causa eficiente de la rigidez constitucional radica, en efecto, en la forma escrita, porque sin la forma escrita el problema de la rigidez de normas que se afirman como superiores ni siquiera podría plantearse. Pero la forma escrita debe contener una constitución que se proclame ‘fundamental’ en relación con las leyes y, sobre todo, que se sitúe en posición de ‘superioridad’ respecto a las mismas por el mero hecho de imponerles límites formales o sustanciales.” (*Ibid.*, p. 77).

¹⁸⁰ “La posibilidad de alteración no forma parte de la esencia de la norma jurídica; sí en cambio su inmutabilidad, su validez *ad infinitum*. De acuerdo con esta manera de argumentar (...), la tesis de la natural rigidez de todas las Constituciones escritas resulta correcta, pero, en primer lugar, tan sólo desde el punto de vista lógico-jurídico, no ciertamente desde el punto de vista jurídico-positivo, y, en segundo lugar, siempre y cuando se utilice el término de rigidez como hace Pace, tanto para designar a las constituciones que establecen un procedimiento especial de reforma como a aquellas que no establecen ninguno y que son, por tanto, en términos lógico-jurídicos, inmodificables.” (*Ibid.*, p. 87, 88).

¹⁸¹ “(...) no cabe duda de que si se considera a la rigidez como una característica ‘natural’ de las Constituciones escritas, como hace Pace, es preciso distinguir entre aquellas que callan sobre la decisiva cuestión de la revisión constitucional y aquellas otras que para

Argumenta, además, que la superioridad de la constitución puede encararse tanto desde una perspectiva lógico-jurídica como desde una jurídico-positiva. La primera sería sostenible sin necesidad de una disposición expresa, pues derivaría de la reglamentación por parte de la Constitución del proceso de creación normativa. No ocurriría lo mismo respecto la segunda perspectiva, según la cual sólo se puede tratar de superioridad cuando ésta esté declarada expresamente por el ordenamiento.¹⁸² Su deducción a partir del articulado o su mera proclamación, no serían suficientes para abogar a favor de su existencia, conforme afirma Pace, pero es imprescindible que la Constitución, además de escrita, sea rígida. Varela distingue claramente entre jerarquía formal y rigidez.¹⁸³ Se opone conceptualmente a Pace al distinguir entre rigidez y superioridad jerárquica, y considera aquélla un requisito de la supremacía de la constitución que posibilita su estabilidad.

La tesis defendida por Varela es que la rigidez no resulta suficiente para considerar una Constitución como la norma suprema de un ordenamiento. Para ello es necesario que exista un mecanismo de sanción, que está representado por el control de constitucionalidad, y cuya falta en el sistema europeo del siglo XIX fue la razón por la que la Constitución se consideró norma pero no la norma suprema.

llevar ésta a cabo establecen un procedimiento distinto y normalmente más complejo que el legislativo ordinario. Desde los planteamientos de Pace, como queda dicho, las dos clases de Constituciones escritas deben clasificarse de rígidas. Pero calificar de la misma manera a dos tipos tan distintos de Constitución resulta poco satisfactorio. A este respecto entiendo más conveniente seguir reservando el concepto de rigidez, como se viene haciendo mayoritariamente, a las constituciones que establecen un procedimiento especial de reforma, para distinguirlas de las que carecen de él." (*Ibid.*, p 89).

¹⁸² "Desde este punto de vista, y con independencia de cuáles sean los criterios que utilicen para determinar esta constitución en sentido material, lógicamente superior, no cabe duda que tanto Pace como Santi Romano aciertan al hablar del Estatuto Albertino o de cualquier otra constitución similar que regule los aspectos básicos de la creación jurídica que, por cierto, vienen determinados por la forma de Estado, si se parte de la identificación entre este último y el Derecho como norma superior, como auténtica ley fundamental, con independencia de que contenga un procedimiento especial de reforma, pero tal superioridad sólo es sustentable desde un punto de vista puramente lógico-jurídico y no desde un punto de vista jurídico-positivo. Desde este segundo punto de vista, sólo es posible hablar de superioridad cuando el ordenamiento jurídico expresamente se la otorgue, con independencia de su jerarquía lógico-jurídica en el seno del ordenamiento. Para ello, la mera inclusión en un texto escrito, solemnemente redactado, fue sin duda un primer paso." (*Ibid.*, p. 94).

¹⁸³ "Esta última [jerarquía formal] consiste en la fuerza activa y pasiva que una norma tiene sobre otra, en tanto en cuanto la norma considerada superior puede derogar a la considerada inferior sin que aquélla pueda ser derogada por ésta, mientras la rigidez de una norma respecto de otra se determina en virtud de la mayor o menor dificultad para su reforma." (*Ibid.*, p. 95).

A pesar de su vigorosa argumentación y del singular dominio de la lógica, Pace no hace temblar la tesis que comparte la mayoría de la doctrina. Su rigor teórico muchas veces parece estar enteramente distanciado de la fuerza impositiva de los hechos. Uno de los puntos neurálgicos de su texto es la idea de que Constituciones inequívocamente flexibles, como las del siglo XIX, estaban dotadas de supremacía y que, por tanto, eran rígidas, incluso ante la falta de una disposición que reglamentara su proceso de reforma. Y hoy día es claramente cuestionable la afirmación de que la superioridad de la constitución pueda expresarse plenamente sin un mecanismo que imponga expresamente esta resistencia al cambio. Contra la tesis central de Pace de que es la forma escrita la que confiere la nota de superioridad y que, por consiguiente, es la que dota a la Constitución de rigidez, es útil recordar el argumento de Ignacio de Otto cuando afirma que la forma y la rigidez constitucional obedecen a objetivos distintos. La “(...) primera sirve a la identificación de las normas constitucionales y la segunda a su estabilidad, en cuanto que con ella se pretende dificultar su cambio.”¹⁸⁴

La rigidez constitucional junto a la supremacía de la Constitución son los elementos que expresan la fuerza normativa del Poder Constituyente. Al mismo tiempo que tiene su fundamento en la ruptura/ fundación de lo que establece,¹⁸⁵ refuerza su significado y su contenido al atribuir a la Constitución, una garantía de estabilidad. Pues si hay una forma por medio de la cual las decisiones que fomentaron la aparición del fenómeno constituyente sobreviven y permanecen, ésta no es otra que la supremacía del objeto en el que desemboca su manifestación, asociada a la garantía formal de que los cambios que puedan sobrevenir a este documento se efectuarán a través del filtro que establece el propio constituyente en un proceso de flagrante autolimitación.¹⁸⁶

¹⁸⁴ DE OTTO, I. Op. cit., 1991, p. 63.

¹⁸⁵ “Todavía, ao contrário do que muitas vezes se afirma, não é a existência de um processo de revisão estabelecido de exigências específicas para a modificação da Constituição que caracteriza a rigidez da Constituição. Este carácter deve procurar-se em sede do poder constituinte. As normas de revisão não são o fundamento da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte.” (GOMES CANOTILHO, J.J. Op. cit., 1997, p. 1043).

¹⁸⁶ “Hemos dicho que la configuración del poder de reforma como un poder jurídico descansa en un acto de autolimitación del poder constituyente, por el cual decide, en el ejercicio de sus omnímodas y supremas atribuciones, conferir a un órgano constituido la actuación de sus facultades y derechos soberanos. De este modo, al igual que en la Constitución se regulan y ordenan los distintos poderes del Estado, aparecerá también, establecido y regulado por ella, el poder de revisión, cuya misión no es otra que la de operar

Comprenderemos mejor este contexto en el apartado siguiente, cuando analicemos el tema de la continuidad del Poder Constituyente, antesala de su subdivisión entre originario y derivado.

4. El agotamiento como punto culminante de la manifestación constituyente

No cabe duda de que, en cuanto magnitud política, el Poder Constituyente, que “(...) no es un mecanismo de las épocas tranquilas, de las pacíficas transformaciones de los sistemas constitucionales, sino un acto revolucionario que adquiere su mayor significación en los períodos de crisis,”¹⁸⁷ no puede perpetuarse indefinidamente. Su ejercicio lleva consigo el indisociable signo de la ruptura y no puede tardar en engendrar un orden político-jurídico nuevo cuando se desencadena, so pena de hacer zozobrar la colectividad bajo sus propias fundaciones. Por tanto, puede sonar como mínimo inusitado, que se proponga la permanencia de un principio tan refractario al control y a la estabilidad, sobre todo tras la promulgación de la Constitución.

El proceso de fundación de una nueva Constitución, por muy revolucionario que sea, no se dirige hacia otro objetivo que el de la instauración de un orden político estable y perenne. La relación entre Poder Constituyente y Constitución y la duda acerca de la capacidad de aquél de no solamente de crear, sino de sostener a ésta última, no fue ignorada por aquellos que, por la primera vez, protagonizaron el ejercicio de un Poder Constituyente. En este sentido, al tratar del problema que afrontaron los protagonistas de la Revolución Americana, relativo a la necesidad de dotar de permanencia al acto fundacional representado por la Constitución de 1787, y al exponer como el uso

jurídicamente, cuando las circunstancias lo requieran, el cambio constitucional.” (DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p. 71).

¹⁸⁷ PORRAS NADALES, A. Op. cit., 1981, p. 177.

del concepto romano de autoridad solucionaría esta cuestión,¹⁸⁸ Hannah Arendt destaca:

“As far as the eighteenth century was concerned, it must have seemed to the men of the Revolution as though their chief immediate problem (...) the problem of how to make the Union ‘perpetual’, of how to bestow permanence upon a foundation, of how to obtain the sanction of legitimacy for a body politic which could not claim the sanction of antiquity (...), it must have seemed to them as though all this had found a simple and, as it were, automatic solution in ancient Rome. The very concept of Roman authority suggests that the act of foundation inevitably develops its own stability and permanence, and authority in this context is nothing more or less than a kind of necessary ‘augmentation’ by virtue of which all innovations and changes remain tied back to the foundation which, at the same time, they augment and increase. Thus, the amendments to the Constitution augment and increase the original foundations of the American republic; needless to say, the very authority of the American Constitution resides in its inherent capacity to be amended and augmented.”¹⁸⁹

Con efecto, los matices doctrinales sobre el tema son variados y dignos de nota. Carl Schmitt defiende la continuidad del Poder Constituyente, amparándose en la constatación de que la Constitución no puede obrar en contra de su sujeto ni destruir su existencia política.¹⁹⁰ Por otro lado, Pedro de Vega defiende también la idea de la permanencia del Poder Constituyente, aunque parte del presupuesto de la existencia de una Constitución material que

¹⁸⁸ “For *auctoritas*, whose etymological root is *augere*, to augment and increase, depended upon vitality of the spirit of foundation, by virtue of which it was possible to augment, to increase and enlarge, the foundations as they had been laid down by the ancestors. The uninterrupted continuity of this augmentation and its inherent authority could come about only through tradition, that is, through the handing down, through an unbroken line of successors, of the principle established in the beginning. To stay in this unbroken line of successors meant in Rome to be in authority, and to remain tied back to the beginning of the ancestors in pious remembrance and conservatioin meant to have Roman *pietas*, to be ‘religious’ or ‘bound back’ to one’s own beginnings. (...) By virtue of *auctoritas*, permanence and change were tied together, whereby, for better and worse, throughout Roman history, change could only mean increase an enlargement of the old.” (ARENDDT, H. Op. cit., 1990, p. 201).

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 202.

¹⁹⁰ “El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente. También puede existir, a base de las normas legal-constitucionales así surgidas, una disposición legal-constitucional para ‘reformas’ o ‘revisiones’ de leyes constitucionales. Pero el Poder constituyente justamente debe ser distinguido de éstas. No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución.” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001, p. 108).

se conservaría latente a lo largo de la vigencia de la Constitución formal y representa la perennidad de la esencia del conjunto decisorio manifestado en el fenómeno constituyente. Esta supuesta continuidad del Poder Constituyente debería ser leída, en verdad, como continuidad de la Constitución material, o mejor dicho, continuidad de la armonía entre ésta y la Constitución formal, que resultó del proceso de fundación.¹⁹¹ Una posición semejante es la que expresa Jorge Miranda. Ya hemos señalado anteriormente que el autor portugués llega incluso a dividir el Poder Constituyente en material y formal, y defiende la prioridad lógica e histórica de aquél. Resalta la necesidad de pautar la invocación del Poder Constituyente con criterios que respeten límites materiales bien definidos y plantea su sospecha ante las radicalizaciones arbitrarias y equivocadas del principio democrático, y afirma además que "(...) enquanto facultade essencial de auto-organização do Estado, o poder constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a todo o tempo; e, na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra."¹⁹²

Por su parte, Alessandro Pace defiende una perspectiva distinta. Para éste autor, el Poder Constituyente puede surgir en cualquier tiempo, dada su no-limitación jurídica, pero no podrá permanecer a lo largo de toda la vigencia de la Constitución sin generar una indistinción entre la capacidad fundacional y la organizativa, ésta de naturaleza jurídica y aquélla, fáctica.¹⁹³ Con efecto, tal

¹⁹¹ "Al hablar por lo tanto de la continuidad del poder constituyente, a lo que en términos prácticos se está aludiendo es a la continuidad de la Constitución material, que es el supuesto sobre el que se vertebra la permanencia histórica de cualquier colectividad humana. En términos generales, cabría sostener que el poder constituyente permanece, y la reforma, en cuanto operación jurídica, se verá legitimada siempre políticamente mientras no se produzca el divorcio y la separación radical entre la Constitución formal y la Constitución material. (DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p. 75, 76).

¹⁹² MIRANDA, J. Op. cit., 1983, p. 83.

¹⁹³ "De hecho, al menos en el contexto histórico, el poder constituyente se ha agotado definitivamente, desde el punto de vista político, habiéndose resuelto, sin rastro alguno, en la constitución formal y en los actos fundamentales del nuevo orden. Con ello no pretendo afirmar, sin embargo, que no pueda resurgir de aquí a poco tiempo, para alterar el orden tan recientemente asentado. Pero una cosa es defender que el poder constituyente (...) puede emerger continuamente con los mismos o con diversos sujetos políticos que de hecho lo ejercerán nuevamente y otra distinta equiparar poder constituyente y poder de organización, con el fin de sostener que la emanación de una constitución no consumiría el poder constituyente, así como la emanación de una ordenanza administrativa no agota el poder de organización de quien ostenta la soberanía. Una equiparación tal es totalmente impensable, justo porque, mientras el poder administrativo es un poder jurídico (y, como tal, permanente en el ámbito de un ordenamiento dado), el poder constituyente es, como se ha dicho ya varias

uso del supuesto Poder Constituyente sería contrario a lo que éste significa en esencia: un proceso dirigido hacia la instauración de un orden político-jurídico estable y permanente.

Seguramente el problema de la permanencia de la dimensión fundacional que representa la promulgación de una Constitución no ha sido exclusivo del siglo XVIII, sino que es un dilema que nos ha acompañado hasta nuestros días. Realmente representa un de los grandes temas de la Teoría de la Constitución, al que se dirige, con especial atención, la Doctrina del Poder Constituyente. Esta cuestión gana relevancia ante los peculiares efectos que la relación entre tiempo y derecho¹⁹⁴ provoca en el ámbito del Derecho constitucional —sobre todo se tenemos en cuenta que, a lo largo del constitucionalismo, se consolida una tendencia a abarcar la “totalidad del tiempo histórico”¹⁹⁵ — y se extiende a la dicotomía Poder Constituyente originario-Poder Constituyente derivado, en la medida en que ésta expresa la singular condición de la Constitución como fenómeno que pretende la

veces, un mero poder fáctico. Y con referencia a un poder fáctico no tiene sentido sostener su permanencia jurídica.” (PACE, A. Op. cit., 1997, p. 24, 25).

¹⁹⁴ Carlos de Cabo Martín expone las consecuencias de esta relación: “Se entiende que Tiempo y Derecho tienen una interrelación compleja en cuanto, junto con otros elementos, forman parte de un todo y es a partir de la manera en la que se insertan en el ‘todo’ como adquiere sentido cada una de las partes. (...) El Tiempo no aparece como continuidad sino como discontinuidad, es decir, no como presencia contemporánea, simultánea y al mismo nivel de desarrollo de los elementos del todo sino como articulación entre ellos a partir del tiempo propio de cada uno, lo que rompe con toda idea de secuencialidad en el Derecho, implícita, en distintas formas, tanto en el historicismo como en el iluminismo jurídicos. (...) En consecuencia, esa interrelación es, desde diversos puntos de vista, variable y, además, no impuesta, sino ‘manejable’, en cuanto los efectos del Tiempo en el Derecho se relativizan a la síntesis — y no separación — entre lo subjetivo y lo objetivo, vinculada a la articulación — y no separación — entre Naturaleza e Historia. Todo lo cual lleva al entendimiento del Tiempo como cambio, es decir, como Tiempo histórico en el que el Derecho se asienta también históricamente, lo que supone admitir que no todo Tiempo es significativo para el Derecho. (...) Resulta, pues, que el Derecho carece de historia pero es un producto histórico. Carece de historia en el sentido de que no tiene un proceso autónomo de desarrollo (...), pero es un producto histórico porque surge y se desarrolla sólo en tiempos determinados.” (DE CABO MARTÍN, Carlos. *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta, 2003, p. 20, 21).

¹⁹⁵ En este sentido, Carlos de Cabo Martín afirma que, cuando “(...) surge el constitucionalismo, las primeras Constituciones, debido a la peculiaridad de la clase dominante que las impone consistente en incorporar junto a sus intereses específicos los de la sociedad en su conjunto, expresan también (...) el interés general y, en este sentido, la totalidad del tiempo histórico. Asimismo con la aparición del Estado social y su penetración en la Constitución, el constitucionalismo del Estado social expresa de nuevo el tiempo histórico en su totalidad, al recoger, como contradicción resuelta en Pacto, los dos elementos básicos de la sociedad capitalista como son el Capital y el Trabajo. Quedaría, pues, únicamente la fase de consolidación del constitucionalismo liberal (...) como aquella en la que el Derecho constitucional expresaría sectorialmente el tiempo histórico y, aun en este caso, por sus caracteres de abstracción y generalidad, de manera bien distinta a las otras ramas del Derecho.” (*Ibidem*, p. 21, 22).

permanencia por medio de mecanismos formales y de su amplitud material,¹⁹⁶ pero que es, al mismo tiempo, producto de contingencias muy específicas de un determinado momento histórico.¹⁹⁷ La tensión entre la norma que, por tener una naturaleza estática, no puede más que expresar, en su contenido, una determinada realidad, pero que se pretende permanente, y el carácter dinámico de esta misma realidad que a partir de su entrada en vigor descubre las deficiencias que le son intrínsecas al ser producto de un tiempo de transición, sólo puede compatibilizarse por la apertura de la Norma Fundamental a la reforma, único medio de revertir las deformaciones provocadas por el vínculo a un contexto de inestabilidad que deja su marca mediante la imperfección técnica y de la apertura de las que padecen muchas normas constitucionales.¹⁹⁸ Si de un hipotético proceso constituyente surge una

¹⁹⁶ “Sucede así que aunque como todo Derecho surge en un determinado tiempo, a diferencia de las otras manifestaciones del mismo — que no sólo tienen una vigencia determinada sino una vocación de vigencia determinada — el Derecho constitucional tiene una vocación de vigencia indeterminada, de situarse ‘fuera del tiempo’. Esta peculiaridad se basa en esas dos características propias del Derecho constitucional cada una de las cuales contiene ya esa tendencia y que al conjugarse ambas de manera compleja la refuerzan considerablemente: una es su singularidad técnica que — dadas su supremacía y rigidez — dificulta notablemente su dinámica reproductiva y fuerza a su estabilidad; la otra es de naturaleza material, ya que el contenido fundamental de las Constituciones — fines, valores, derechos —, por su carácter de prácticamente inagotable cumplimiento, implica una vigencia continuada e, inicialmente, sin límites. La permanencia y atemporalidad son la consecuencia de ambas.” (*Ibid.*, p. 22).

¹⁹⁷ “Ocurre, además, (...) que la vinculación básica que el Derecho constitucional establece con el Tiempo añade una nueva problemática. Porque esta vinculación básica es la del momento en que surge, y el tiempo en el que surgen las Constituciones es un tiempo crítico. Los procesos y períodos constituyentes son la expresión de crisis profundas. Y ese tiempo de crisis es, en principio, el menos adecuado para que surja una Norma que precisamente por sus contenidos, trascendencia y — como se veía antes — vocación de permanencia, exigiría, unas condiciones de reflexión y objetividad bien lejos de las que se dan en la época en la que nacen; y sin embargo y contradictoriamente, ese Tiempo es el propiamente ‘constitucional’, en el sentido de que es el único en el que las Constituciones surgen como necesidad.” (*Ibid.*, p. 23).

¹⁹⁸ “De ahí que este tiempo ‘entre en las Constituciones, dejando, inevitablemente, una huella de contingencia, de manera que justamente las Constituciones que, por las características que antes se indicaban, tienen una vocación de permanencia y atemporalidad, está fuertemente marcadas por las coyuntura. Se trata de una nueva contradicción que, además de hacer más compleja la relación del Derecho constitucional con el Tiempo, no deja de añadir complicaciones. Porque buena parte de los defectos, patologías, desajustes y hasta omisiones que se contienen en las Constituciones tienen su origen en esa circunstancia, lo que termina creando en el interior de la Norma una dinámica (...) contradictoria: la de, frente a su vocación de permanencia, incluir la necesidad de una inmediata — pasada la coyuntura de la que nacen — corrección de todas esas adherencias. De ahí que pudiera formularse de manera generalizable la necesidad de una reforma ‘depurativa’ de las Constituciones cuando el tiempo constitucional recobrar su normalidad histórica. Y debe tenerse en cuenta que esta ‘necesidad’ puede sentirse no sólo respecto del contenido de las Constituciones, sino del mismo procedimiento de Reforma, obviamente también sometido a la servidumbre del tiempo que puede convertir en obsoleto o inadecuado un procedimiento previsto en función de circunstancias que cambian o se perciben de otra manera que en el ‘tiempo constituyente’ (...)” (*Ibid.*, p. 23).

Constitución portadora de una superioridad jerárquica y un mecanismo de protección de su contenido y forma, a través del que simultáneamente queda abierta a modificaciones según las exigencias que se presenten en un contexto cambiante, sin desconectarse, sin embargo, de sus fundamentos estructurales, resulta lógico comprender que el marco que se establece es el de un Poder que hace viable la perenidad de un proyecto normativo. Esta situación sólo puede conducir a una consideración de la dicotomía Poder Constituyente originario-Poder Constituyente derivado a la luz de un determinado momento histórico, libre de los condicionamientos a los que se sujetaba en etapas anteriores del constitucionalismo. Y precisamente por que se impone esta perspectiva, se debe condicionar esta polémica en torno de la intermitencia o permanencia del Poder Constituyente, a los parámetros impuestos por el perfil normativo y democrático adquirido, contemporáneamente, por la Constitución. Dirigido, como se encuentra, hacia el establecimiento de un orden estable y permanente, el Poder Constituyente encuentra en la Constitución un instrumento apto para concretarlo. No obstante, una vez ejercido, el fenómeno constituyente se agota en lo concerniente a su capacidad de, irrumpiendo en un determinado ordenamiento, provocar la escisión con la estructura vigente, e instaurar una nueva. Este rasgo que marca de forma indeleble tal fenómeno, no puede mantenerse en un contexto en el que la Constitución encabece — como norma suprema — un ordenamiento jurídico. En este sentido, encontramos un paradigmático posicionamiento en Martin Kriele.

El autor alemán aportó una idea verdaderamente influyente para la doctrina constitucional, al afirmar que en el Estado Constitucional no existe soberano. Argumenta que la incompreensión de la dialéctica provocada por la tensión entre el Poder y el Derecho en el Estado constitucional democrático es la base de su crisis de legitimidad. No pone objeciones a la caracterización de una soberanía jurídica ligada al Estado constitucional, pero argumenta que “(...) no hay dentro del Estado constitucional un soberano, es decir, no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser última ratio en casos particulares, que pueda violar y crear el Derecho. Más aún: la existencia de un soberano en este sentido, por un lado, y del Estado constitucional por el

otro, son dos situaciones opuestas, mutuamente excluyentes.”¹⁹⁹ Una vez promulgada la Carta Magna y creado un contexto en el que sólo existen competencias, para Kriele, no cabrá ningún argumento más a favor de la soberanía, puesto que ni siquiera resulta posible atribuírsela a la Constitución, ya que el poder efectivo no emana de las normas jurídicas. Además, la Constitución, por estar sujeta a la incidencia de reforma de su contenido, no puede presentarse como soberana. Condición que solamente sería posible si la Carta Magna fuese inmutable.

Kriele afirma que el pueblo es soberano al ejercer el poder constituyente, rompiendo la estructura vigente en favor de un nuevo sistema constitucional. Pero, en este caso, ya no cabe hablar de mas rupturas o cambios operados en un mismo orden jurídico.²⁰⁰ El Poder Constituyente representa pues, para Kriele, una ineludible manifestación de soberanía, pero como tal, se ubica fuera del orden constitucional vigente. Para el autor alemán al hablar de Estado constitucional se excluye la posibilidad de que exista un ente aún soberano, ya que la única actuación posible en tal contexto es la de un ejercicio de competencias. Y por tanto, el axioma de que en el Estado constitucional no existe soberano, hace inadmisibles abogar por la permanencia del Poder Constituyente en tal razonamiento.²⁰¹

El autor alemán, que levanta la bandera de la incompatibilidad entre soberanía y orden constitucional, no ataca la efectiva existencia de un

¹⁹⁹ KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 150.

²⁰⁰ “El pueblo tiene, sin embargo, también la posibilidad de derogar la constitución mediante el voto popular, eventualmente al darse en esa ocasión una nueva constitución. En tal caso, no actúa efectivamente dentro del marco de una competencia constitucional. Actúa, entonces como *pouvoir constituant* (poder constituyente), y no como *pouvoir constitué* (poder constituido). Como poder constituyente es, en efecto, soberano. Pero esto significa que en esa medida el pueblo está por encima del Estado constitucional, o visto en la perspectiva temporal, es anterior al Estado constitucional. Crea o deroga el Estado constitucional, pero, no está dentro del Estado constitucional, de modo que la tesis: en el Estado constitucional no hay soberano queda intacta.” (*Ibidem*, p. 152).

²⁰¹ “Por otra parte, el poder constituyente del pueblo es, ciertamente, de hecho, el poder indiviso, incondicionado e ilimitado, de crear y violar el Derecho. En esa medida cabe hablar de la soberanía del pueblo. Pero, este poder sólo puede realizarse en el acto único de la creación de la constitución. La soberanía del monarca absoluto, en cambio, se realiza en la actividad de gobierno y legislación permanente y detallada. El monarca absoluto tampoco está obligado a decir sí o no frente al proyecto que se le somete, sino que puede formularlo él mismo, (...) mientras que el poder constituyente del pueblo se agota, en el mejor de los casos, en dos actos: en la elección de los representantes para la convención constituyente y en la aclamación plebiscitaria del proyecto que es sometido a su consideración.” (*Ibid.*, p. 152, 153).

soberano, pero afirma que este se desprende de esta cualidad en el momento de la promulgación de la Constitución. Para Kriele, en un Estado democrático el soberano es el pueblo, pero solamente en las fases que representen interludios entre órdenes constitucionales, es decir, la “(...) soberanía del pueblo sólo aparece al comienzo o al final del Estado constitucional, cuando éste es creado y cuando es abolido.”²⁰² En este caso la manifestación de la soberanía a través del ejercicio del Poder Constituyente sería inequívoca, pero seguida de la renuncia a la condición de soberano, simultánea al agotamiento del Poder Constituyente.²⁰³

De forma similar se manifiesta el Prof. Francisco Balaguer Callejón, para quien no cabe hablar de permanencia del Poder Constituyente durante la vigencia de una Constitución normativa. La agotabilidad, como marca indeleble de aquella manifestación política, no puede conducir a un contexto distinto, que impone su extinción tras la culminación de su ejercicio con la aparición de una nueva Constitución. A partir de ahí, presidido el orden jurídico por la supremacía de la Constitución, que representa el fundamento de validez formal y material de las demás normas, no cabe la manifestación de otros poderes que no sean poderes constituidos.²⁰⁴ Por otro lado, cabe afirmar que el Poder Constituyente se caracteriza como ilimitado jurídicamente, siendo expresión de la soberanía. Así, admitir su manifestación dentro de un orden jurídico encabezado y limitado por una Constitución nos conduciría a una situación en la que la propia fuerza vinculante de esta última se perdería en el vacío, por estar sujeta siempre a los condicionamientos provocados por la posibilidad de

²⁰² KRIELE, M. Op. cit., 1980, p. 318.

²⁰³ “El soberano democrático renuncia a su soberanía al hacer uso de su poder constituyente. Ya no puede actuar en forma inmediata. Como factor político sólo existe en forma latente: entra a funcionar cuando el Estado constitucional se derrumba. Cabe decir también: la soberanía democrática descansa mientras existe el Estado constitucional.” (*Ibidem*, p. 318).

²⁰⁴ “Una segunda característica del poder constituyente es su agotamiento en el acto mismo de aprobación de la Constitución. Lo que pueda expresarse después, en una Constitución normativa, no son sino poderes constituidos, a los que la Constitución misma les otorga diversas potencialidades normativas, incluida la de la modificación del orden fundamental, la de la reforma de la Constitución. Sean cuales sean las facultades que en este último orden se otorguen a los poderes constituidos, nunca podrán alterarse jurídicamente los fundamentos mismo del sistema constitucional manteniéndose en el marco de la Constitución. A diferencia de las fuentes que se manifiestan dentro del orden constitucional, que se rigen por un principio de inagotabilidad, la Constitución es una fuente que se agota en su producción misma, pues desaparece el poder que le dio vida.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 29).

manifestación soberana de una fuerza política superior. Tal orden constitucional sería una ficción, en la medida en que perdería una característica fundamental que le caracteriza como tal que es la capacidad de limitar y condicionar la manifestación del poder político.²⁰⁵

En su construcción, el Prof. Balaguer Callejón aborda con precisión la relación dialéctica que existe entre la manifestación tradicional de la democracia y la llamada democracia constitucional, como reflejo de la relación existente entre Constitución y Poder Constituyente. En el ejercicio de éste, la democracia se concretaría conforme al modelo tradicional, que reproduce el pueblo como unidad homogénea cuya actuación social conduce a la instauración de la Constitución. Por otro lado, con la aparición de ésta el principio democrático estaría condicionado por el pluralismo, con base en lo que, se impone un equilibrio entre la prevalencia de la voluntad de la mayoría y el respeto a los intereses de la minoría. No habría negación recíproca entre ambas formas de democracia, en la medida en que, mientras la primera fomentaría la segunda, ésta representaría una mudanza cualitativa de aquélla. Este equilibrio entre una concepción tradicional de democracia y la democracia constitucional representa el fundamento de las limitaciones que durante la vigencia de una determinada Constitución se imponen al ejercicio del poder. En suma, el poder soberano que presupone una homogeneidad sociopolítica no puede manifestarse continuamente en un contexto marcado por la limitación jurídica, por el conflicto de intereses y por el pluralismo.²⁰⁶

²⁰⁵ “La soberanía es en estas Constituciones [normativas] un paso previo a la propia Constitución, en la medida en que ésta, una vez vigente, repudia cualquier poder que no se someta a sus límites. Por exigencia del principio democrático, el principio de soberanía popular se transforma en la fórmula jurídica (...) de la supremacía constitucional. Es por eso por lo que la proclamación del principio de soberanía popular en nuestra Constitución hay que entenderla desde la siguiente diferenciación: no es posible hablar (desde un planteamiento jurídico) de intervención del pueblo como soberano dentro del orden constitucional, sino tan sólo de su actuación como poder constituido. Esto es así por cuanto que en el ordenamiento constitucional no están presentes los dos términos implicados en el concepto de soberanía popular: el sujeto (el pueblo como colectivo homogéneo) y el objeto (la soberanía como poder no sometido a límites jurídicos). (...) Como se puede observar, se parte aquí de una identificación implícita entre soberanía y poder constituyente que no sólo responde a la similitud propia de las características básicas de estos dos conceptos — poder no sometido a límites jurídicos, poder referido al conjunto del pueblo como totalidad homogénea, entre otros rasgos —, sino que además se justifica por su propia trayectoria jurídica. (*Ibidem*, p. 33, 34, 35).

²⁰⁶ “El concepto tradicional de democracia que se sitúa en los orígenes del constitucionalismo está ligado a la consideración del pueblo como colectivo homogéneo agrupado en torno a una unidad de intereses. (...) Si no hay diferenciación, tampoco hay lugar posible para la determinación de reglas sobre cuya base el poder de la mayoría se limite en favor de las minorías. (...)En la democracia constitucional, las cosas se plantean de distinto

Sin embargo, siempre podrá volver a surgir un proceso imbuido del poder de ruptura. Y precisamente para evitar el recurso a este poder, la apertura que el constituyente establece para la reforma de la Constitución la configura de un modo que pretende posibilitar la neutralización de cualquier ruptura ulterior, es decir, evita que el Poder Constituyente reivindique su naturaleza revolucionaria y pueda subvertir el orden jurídico-político. En efecto, a partir del momento en que se engendra la relevante distinción entre creación y reforma de la Constitución —hacia la que converge la distinción jerárquica entre norma constitucional y norma infraconstitucional— se consolida un contexto a través del cual el Poder Constituyente desaparece con la promulgación de la Constitución, ya que ésta, que es la expresión de las decisiones que resultaron de su ejercicio, sólo expresa superioridad material y formal mientras pueda manifestar la normatividad, el garantismo y la naturaleza democrática — “(...) las tres fuentes principales de las que surge el caudal histórico del constitucionalismo (...)”²⁰⁷ — que se verían mermadas caso compartiera espacio con un Poder Constituyente permanente.²⁰⁸ En este sentido no cabe hablar de una autolimitación del Poder Constituyente, sino de su agotamiento en el momento en que da paso a un poder de naturaleza

modo; la contradicción de intereses y el pluralismo se dan por supuestos, y a partir de ahí se establecen las reglas jurídicas en virtud de las cuales el contenido de la democracia va a quedar delimitado y limitado en el necesario mantenimiento del pluralismo y el respeto a las minorías. Democracia y democracia constitucional no se oponen la una a la otra, sino que resultan ser las dos caras de la misma moneda. Ninguna de las dos tiene sentido sin la otra (...). En la diferenciación entre democracia constitucional y entre el pueblo como poder soberano (poder constituyente) y el pueblo como poder constituido se puede detectar una línea divisoria que es — o al menos pretende ser — jurídica, no fáctica. (...) Se trata de una diferenciación formal o formalizada (...). La formalización que conlleva en sí misma es la que nos permite decir que el pueblo no constituye un colectivo homogéneo dentro del orden constitucional, pues ese orden se basa en el pluralismo y en la diferenciación entre mayorías y minorías. Para lo cual es irrelevante que su intervención tenga lugar de modo directo (...) o por medio de representantes (...): en ambos casos actúa un poder constituido, un poder que se mueve dentro del marco constitucional, que define una mayoría determinada y una orientación política a seguir por el poder público.” (*Ibid.*, p. 32, 33).

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 31.

²⁰⁸ La influencia que ejerce el poder constituyente — en cuanto proceso — sobre la Constitución no debe mitigar ni mucho menos ocultar la acción recíproca que deriva de la fuerza normativa de la Constitución, influenciando incluso la propia configuración de procesos constituyentes posteriores. Peter Häberle señala esta influencia: “Tan pronto como una Constitución se hace realidad y continúa su desarrollo sobre los ‘rieles’ del tipo del Estado constitucional, no puede haber sino procesos constituyentes evolutivos, precisamente porque una teoría de la Constitución de cuño culturalista elabora, mas allá de los textos positivos, contenidos y procedimientos que abren la vía hacia una nueva Constitución ejemplar concreta. La teoría de la Constitución fracasa tan pronto como se producen revoluciones (culturales) que se apartan y se vuelven contra el Estado constitucional (bajo el signo del pensamiento del Estado totalitario, de derecha o de izquierda).” (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 132).

jurídica, sometido a límites también jurídicos. En el apartado siguiente tendremos oportunidad de analizar la dicotomía Poder Constituyente originario / derivado, tema que profundiza lo que aquí hemos expuesto.

CAPÍTULO III

LA DIVISIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ENTRE ORIGINARIO Y DERIVADO COMO EXPRESIÓN DE LA TENSIÓN ENTRE CREACIÓN Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

El fenómeno constituyente culmina con el establecimiento de una Constitución. Al consagrarla como norma suprema en el ordenamiento y garantizar su estabilidad dificultando su modificación y sustrayéndola al alcance del legislador ordinario, se establece un mecanismo para perpetuar la acción del Poder Constituyente sobre la Carta Constitucional, no a través de una ruptura sino por medio de una apertura y adaptación de ésta a los cambios sociales que pudieran sobrevenir. Sobre esta base y tomando como punto de partida esta tensión entre creación / modificación de la Constitución el Poder Constituyente se subdivide en originario y derivado.²⁰⁹

En sentido estricto, nos referimos al Poder Constituyente solamente como poder originario, es decir, aquél de cuyo ejercicio deriva la Constitución. Sin embargo, en un sentido amplio, y en términos dogmáticos, el Poder Constituyente se comprende como una gran categoría que abarca conceptualmente no sólo la creación sino la reforma de la Constitución, y consecuentemente, según se refiera a un fenómeno o al otro, recibe la denominación de originario o de derivado, respectivamente.²¹⁰ En el ámbito

²⁰⁹ La doctrina, aunque relativamente unificada respecto a la división básica entre creación y reforma de la Constitución, ni siempre se pone de acuerdo en lo que toca a la nomenclatura. Algunos autores tratan de una dicotomía “Poder Constituyente Originario”–“Poder Constituyente Derivado”, otros se refieren al “Poder Constituyente Instituido” al contrario de “derivado”. Otros, por otro lado, trabajan con la designación de “Poder Constituyente Constituido”, habiendo también, los que no utilizan la designación “Poder Constituyente” para el “Poder Derivado”, prefiriendo usar el término “Poder de Reforma”. En este trabajo, utilizaremos el término Poder Constituyente Derivado para designar la competencia reformadora que puede operar sobre el texto de la Constitución a lo largo de su vigencia.

²¹⁰ En este mismo sentido, afirma Vanossi: “Coinciden la mayoría de los autores en hablar de un poder constituyente originario y de otro derivado, asignando al primero el nombre y la condición de genuino, mientras que el último tendría la calidad de ser un poder constituyente constituido o instituido. En el primer caso, se trataría del poder constituyente que actúa en el momento de la constitución originaria, es decir, la primera vez que se da la comunidad un ordenamiento jurídico; mientras que en el segundo caso estaríamos ante el ejercicio del poder encargado de la reforma de la constitución vigente. Lo que se quiere decir con esta distinción es llamar la atención sobre una diferencia incuestionable, que nadie rechaza

doctrinal, esta división y la terminología que deriva de ella no es tan homogénea como exigiría el rigor científico. La disonancia podría parecer inicialmente una cuestión de poca relevancia teórica, un problema bizantino en el sentido más literal. Pero si consideramos la categoría como un punto de partida, tal disensión puede viabilizar lecturas completamente distintas tanto del fenómeno de creación como del de reforma de la Constitución.

Georges Burdeau, por ejemplo, no trabaja con una conexión tan estricta entre la dicotomía creación / reforma de la Constitución y el binomio Poder Constituyente Originario / Poder Constituyente Derivado o, como él prefiere denominar: “Constituido”. Considera originario a aquel poder a través del cual, al crearse la Constitución, se engendra también el Estado, con el que la manifestación constituyente rompe, de forma revolucionaria, con un orden previo. Por otro lado, el Poder Constituyente Constituido se manifestaría también en el ámbito de la creación de la Constitución, y no se limita solamente al plano de su reforma. Para el autor francés, estaríamos ante un Poder Constituyente Constituido cuando se llevan a cabo reformas en el texto constitucional o cuando la apertura hacia una nueva Constitución se efectúa en los términos de la Carta vigente, es decir, cuando la propia Constitución abre la puerta a la manifestación constituyente, de manera que el orden constitucional no sufra convulsiones político-institucionales que lo pudieran comprometer seriamente durante una transición constitucional.²¹¹

ni en la teoría ni en la práctica: es la diferente situación que existe entre la creación o recreación revolucionaria de un ordenamiento constitucional (poder constituyente originario) y su modificación sin solución de continuidad (poder constituyente derivado).” (VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional I – Poder Constituyente*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975, p. 123, 124).

²¹¹ Es en este sentido como afirma: “Dada la especial importancia que se concede a las disposiciones constitucionales, se considera que deben ser obra de un órgano que goce de una autoridad política especial: el poder constituyente. Este poder, cuya tarea es hacer la constitución del Estado, puede aparecer de dos formas: a) Su organización y su funcionamiento están previstos por la constitución anterior. Se trata entonces de un poder constituyente constituido. Interviene en virtud de la constitución en vigor, de suerte que no existe una solución de continuidad entre la vieja constitución y la que elabora el poder constituyente constituido. (...) Este término poder de revisión no implica por lo demás que la autoridad que está investida de él sea sólo competente para modificar ciertas disposiciones de la constitución en vigor. Puede también establecer una constitución enteramente nueva. (...) b) El poder constituyente interviene cuando no hay o deja de haber constitución vigente. Entonces se le califica como poder constituyente originario. Históricamente, sus manifestaciones son muy frecuentes, ya que aparecen necesariamente para dar una constitución a un nuevo Estado o para establecer las instituciones de un Estado cuya constitución ha sido revolucionariamente derrocada.” (BURDEAU, G. Op. cit., 1981, p. 108, 109).

Juan Luis Requejo Pagés radicaliza esta discordancia y propone prácticamente la disolución de la dicotomía analizada, al tiempo que niega la existencia de un Poder Constituyente Originario. Se basa en un empedernido normativismo²¹² y parte de una delimitación rigurosa de las categorías de la Teoría General del Derecho, a través de la cual propone la aplicabilidad, y no la validez, como el criterio adecuado para la ordenación de sistemas normativos concurrentes en un mismo contexto espacio-temporal.²¹³ El autor no caracteriza a la Constitución como norma que representa el fundamento de validez de otras normas, sino como norma que establece qué normas, existentes o supervenientes, “(...) administran el ejercicio de la fuerza en el ámbito territorial, temporal y personal que, atendida la eficacia contrastada de la violencia monopolizada por quien instaura una Constitución, ha asignado a cada poder constituyente el Derecho internacional, entendido como sistema de ordenación de fuerzas concurrentes.”²¹⁴ Desde estos presupuestos, afirma la irrelevancia del Poder Constituyente para el Derecho, porque aquél acoge la pretensión de ofrecer un fundamento de validez para una norma que no la necesita.²¹⁵ Por

²¹² “La tesis de la que parto, siguiendo los dictados del normativismo es, sin embargo, muy clara: si no se quiere abandonar el ámbito de lo prescriptivo y hacer del Derecho una ciencia descriptiva es necesario desistir del empeño de buscar fundamentos de validez más allá del deber ser: las normas jurídicas en particular obligan porque otras normas singulares las habilitan para ello, y éstas, por su parte, son obligatorias en tanto que dotadas de validez por una primera norma acerca de cuyo valer no puede darse científicamente más respuesta que la de que su obligatoriedad es, sin más, meramente presumida.” (REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Las normas preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 23).

²¹³ “Para la ordenada articulación de los sistemas que concurren en la administración del ejercicio de la fuerza en un mismo ámbito territorial, temporal y personal es necesario servirse de una categoría conceptual distinta, que para mí se cifra en la idea de aplicabilidad. (...) La lógica de la aplicabilidad ha de llevar a soluciones acaso en exceso heterodoxas, pues de su mano vendrá dado un concepto de Constitución que no reduce la primera de las normas a la condición de norma fundamentadora de la validez ni identifica el Ordenamiento como sinónimo de sistema normativo. En efecto, el Ordenamiento en su conjunto no será otra cosa que el precipitado resultante de la conjunción de una pluralidad de sistemas normativos reducidos a unidad en la Constitución como norma sobre la aplicación de normas.” (*Ibidem*, p. 25, 26)

²¹⁴ *Ibid.*, p. 40.

²¹⁵ Requejo Pagés sostiene que tanto en el ejercicio de un supuesto Poder Constituyente Originario como en el de un Poder Constituyente Constituido existen límites de naturaleza jurídica y que, en verdad, la diferencia fundamental entre ambos estaría en el hecho de que, respecto al segundo, su actuación se encontraría “(...) sometida a normas positivas garantizadas en su indemnidad por órganos constituidos, habilitados para el enjuiciamiento de cada singular reforma y para decretar la inconstitucionalidad de la que no se haya verificado en los términos constitucionalmente queridos.” (REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *El Poder Constituyente Constituido*. In PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998, p. 362). Asevera, por fin —de conformidad con el vaciamiento de la relevancia de la validez en favor de la aplicabilidad antes perpetrado— que el Poder Constituyente Constituido sólo se caracterizará como tal hasta el instante en que emane de él una norma

consiguiente, argumenta, el “(...)único poder constituyente al que cabe referirse en términos positivistas es el poder constituyente constituido, por ser el único que debe su condición a la Constitución misma y actúa de conformidad con procedimientos constitucionales, si bien, como es obvio, tampoco su resultado —la nueva Constitución— puede ser positivamente imputada a su voluntad; ni siquiera a la de la Constitución que lo constituye.”²¹⁶

Aceptar la dicotomía Poder Constituyente Originario / Poder Constituyente Derivado significa acatar los principios teóricos implicados en ella: la existencia de una manifestación política que origina un nuevo orden constitucional, establecido desde el principio de supremacía de la Constitución y garantizado por la rigidez de sus normas, dos elementos que filtrarán cualquier modificación de la Carta Magna y la preservarán frente a la incidencia de la legislación ordinaria, de acuerdo con lo que expusimos en el epígrafe anterior. A medida que comprendemos que el Poder Constituyente no desaparece con la instauración de la Constitución sino que, al contrario, permanece y la sustenta, y que su supremacía y la rigidez de sus normas tanto resguardan su contenido como refuerzan el significado del poder que la engendró a través de la reforma constitucional, podemos comprender que esté suficientemente justificado el uso, en parte, común de esta nomenclatura para designar tanto la creación como la reforma de la Constitución.

El Poder Constituyente Originario rompe con la estructura anterior y establece una nueva, mientras que el Poder Constituyente Derivado reforma el texto que fue fruto de la instauración constitucional. Estas reformas no son meros cambios legislativos, sino alteraciones que inciden sobre el contenido y sobre la forma establecida originariamente por el Poder Constituyente Originario y que se han llevado a cabo a través de normas que “(...) no se

constitucional, pues ésta se torna refractaria a cualquier control efectuado por los mecanismos existentes, situándonos no frente a una mera reforma constitucional sino frente al ejercicio de un Poder Constituyente Originario, situación que ya está caracterizada desde la promulgación de la Carta Magna en la falta de previsión en el texto constitucional de mecanismos de control del procedimiento de reforma. En este sentido, afirma: “En realidad, el poder constituyente constituido sólo es lo segundo mientras no entre en vigor la norma por él elaborada; a partir de ese momento es únicamente lo primero y con el mismo título que el constituyente originario. Y si cuando opera como poder constituido no hay garantías suficientes de control de la constitucionalidad de su proceder, será, *ab initio*, un verdadero poder de Constitución.” (*Ibidem*, p. 363).

²¹⁶ *Ibid.*, p. 45.

dirigen como las demás a los que genéricamente se conocen como 'poderes constituidos' sino a uno específico que precisamente ellas definen y que tiene una naturaleza bien distinta. Porque al tratarse (...) de Normas constitucionales y, por tanto, jerárquicamente superiores a los órganos que surjan a partir de ellas, en este caso, al órgano de referencia le atribuyen una competencia tal que le dota en su ejercicio de una fuerza activa capaz de imponerse a las Normas constitucionales."²¹⁷ De ahí que si afirmamos que "(...) cualquier poder de revisión, para tener título con que alcanzar normas constitucionales (establecidas en consecuencia por un poder constituyente), debería ser expresión, aún indirecta y reducida, de la misma fuente, del mismo poder, de una 'autoridad' de la misma naturaleza que la constituyente (...)",²¹⁸ no resulte inadecuado atribuirle, en parte, un término semejante, con la objeción en ella incluida, sin embargo, de que ahora el ejercicio de este supuesto poder estará sujeto a los parámetros establecidos por el Constituyente Originario, y por tanto, es un ejercicio constituido, derivado, no soberano.²¹⁹ La reforma constitucional representa el desarrollo lógico del agotamiento del Poder Constituyente en el momento de la instauración de la Constitución.

²¹⁷ DE CABO MARTÍN, Carlos. Op. cit., 2003, p. 29, 30.

²¹⁸ PALOMBELLA, G. Op. cit., 2000, p. 29, 30.

²¹⁹ Así destaca Ignacio de Otto: "La reforma de la Constitución guarda con el proceso constituyente la similitud de conducir a un acto de disposición acerca del contenido del Derecho constitucional, pero se diferencia de él en que tal proceso está sujeto a reglas constitucionales mientras que el proceso constituyente, aunque sometido a derecho, es previo a la Constitución de cuya creación se trata. Por esa similitud y esa diferencia la doctrina denomina al poder de reforma poder constituyente constituido." (DE OTTO, I. Op. cit., 1991, p. 63).

1. Poder Constituyente Originario y Derivado: aspectos conceptuales, características y manifestaciones formales

1.1 Poder Constituyente Originario

1.1.1. Concepto y momento de apareamiento

Por Poder Constituyente Originario se entiende el proceso propiamente dicho de instauración de la primera Constitución de un Estado o la escisión de un sistema constitucional previo y la creación de una nueva Constitución, es decir, la manifestación política que efectivamente rompe con el ordenamiento anterior e instituye uno nuevo.²²⁰ Como señalamos anteriormente, este fenómeno no puede identificarse con un único acto. Solamente a través de su comprensión como un proceso se logra entender su significado. Al menos dos relevantes razones —profundamente relacionadas con la función política desempeñada por el proceso constituyente— justifican este punto de vista.²²¹

²²⁰ En este sentido, destaca José Alfredo de Oliveira Baracho: “O Poder Constituinte é originário ou genuíno quando o exercício da faculdade soberana do povo de constituir-se originariamente e pela primeira vez no Estado, tem o objetivo de elaborar o ordenamento jurídico. Surge para dotar um novo Estado de Constituição ou para estabelecer as instituições que foram revolucionariamente extirpadas, não se achando o titular desse poder necessariamente investido.” (OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Teoria Geral do Poder Constituinte. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 52, Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 1981, p. 45, 46).

²²¹ La función política del Poder Constituyente determina el perfil del proceso de ruptura e instauración de un nuevo ordenamiento. En este sentido, respecto a algunos de los más relevantes procesos constituyentes contemporáneos, José J. González Encinar, Jorge Miranda, Bolívar Lamounier y Dieter Nohlen, destacan que en el contexto político-social de cada sociedad “(...) es donde se ubica lo que se puede llamar la función política del proceso constituyente. Los objetivos suelen ser varios e interrelacionados entre ellos (...). En el caso español se intenta conseguir, primero, una nueva legitimidad, lo que se hace sin romper con la legalidad del régimen anterior (...), aprovechando la legitimidad monárquica, que se integra en el nuevo régimen en forma de monarquía parlamentaria y con el consenso incluso de las principales fuerzas republicanas (...). En segundo lugar se intenta conseguir el consenso entre las distintas fuerzas políticas que permita abandonar la dialéctica ‘amigo-enemigo’, subsistente desde la guerra civil del 36-39, y transformarla en pacífica convivencia democrática. La tercera aspiración, en la medida en que la Constitución democrática es el requisito *sine qua nom para* la integración de España en la Comunidad Europea y el consiguiente desarrollo del país, intenta abrir un futuro europeísta para España (...). En el caso de Portugal se pueden distinguir dos funciones jurídico-políticas: una inmediata, la legitimación democrática de la Revolución y de las principales decisiones revolucionarias (...), y otra de largo plazo, la institucionalización de

La primera se refiere al momento del surgimiento del Poder Constituyente en cuanto fenómeno fomentador de ruptura político-jurídica, y la segunda a la forma que adquiere tal surgimiento en un determinado contexto político. Cara a ambas situaciones, la comprensión del Poder Constituyente como acto aislado se ve obstaculizada a causa de serias insuficiencias teóricas.

La primera de las razones suscitadas —pertinente al momento de la aparición concreta del Poder Constituyente Originario en un escenario político— se justifica porque no siempre su surgimiento se da —respecto a su localización en el tiempo— a través de una declaración solemne y precisa de ruptura con el orden vigente. Solamente olvidando el dinamismo de la vida política contemporánea podríamos suponer un tal contexto. Ello no quiere decir, sin embargo, que, en la eventualidad de una revolución, el surgimiento de una manifestación constituyente no sea fácilmente identificable en la medida que, inequívocamente, la ruptura entre las estructuras jurídico-políticas gane evidencia y polarice la opinión pública. Sin embargo, no son pocas las situaciones en las que la actuación del Poder Constituyente Originario es más sutil y menos refractaria a la preservación de cierta estabilidad del orden vigente.²²² A lo largo de la historia política moderna encontramos tanto

un régimen político democrático de tipo occidental con libertades políticas, pluralismo y garantías del Estado de Derecho. (...) En Brasil, la función es, básicamente, reforzar la nueva legitimidad y secundariamente reorganizar y modernizar institucionalmente el país. (...) En Chile, el proceso constitucional intenta asegurar la continuidad del régimen autoritario existente y recibir apoyo plebiscitario a través de un referéndum. (GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan; LAMOUNIER, Bolívar; MIRANDA, Jorge; NOHLEN, Dieter. El proceso constituyente. Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N. 76, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 9, 10).

²²² Atento a este aspecto de la manifestación del Poder Constituyente, Antonio Porrás Nadales llama atención para el hecho de que la reorganización política proporcionada por el fenómeno constituyente puede caracterizarse por un proceso endógeno de cambio, no siendo necesario suponer el desmantelamiento previo de la estructura de control socio-político ejercida por un determinado grupo o fuerza dominante. Partiendo de este presupuesto, y teniendo en cuenta el caso español, destaca varias posibilidades de cambio social en sistemas no democráticos, entre los cuales —a parte la inversión radical de carácter revolucionario—, incluidos en la amplia categoría de “transformación”, estarían la sustitución de un grupo dominante por otro, la ampliación de los sectores dominantes amparada por el compromiso entre aquellos que ya dominan y los sectores en ascensión, y la permanencia del mismo conjunto de fuerzas existentes que operaran una transformación en el sistema político. (PORRAS NADALES, A. Op. cit., 1981, p. 191, 193). Paolo Biscaretti di Ruffia, por otro lado, llega incluso a clasificar los procedimientos de emanación de nuevas Constituciones respecto al ordenamiento constitucional preexistente, entre jurídicos y de hecho, “(...) según que aquéllos hayan sido de algún modo predispuestos por las normas del derecho positivo vigente, o se hayan desarrollado en contraste, o fuera del mismo derecho (resultando, por esto (...), antijurídicos o, por lo menos, ajurídicos). (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. 3. ed., Madrid: Tecnos, 1987, p. 254).

ejemplos del surgimiento de manifestaciones constituyentes claramente definidos, que ocasionan la inconfundible interrupción de una estructura constitucional, que se ve sucedida por otra, como también situaciones en las que su aparición deriva de procesos ocurridos dentro del orden vigente.²²³ Por tanto, ¿Cuándo podemos decir que actúa el Poder Constituyente Originario? La respuesta a esta cuestión no puede ser exacta, pues la precisión temporal del surgimiento de una ruptura como la provocada por el Poder Constituyente Originario se sujeta al dominio de la política. La única respuesta admisible sería la siguiente: cuando surge un principio de ruptura en el ordenamiento vigente, ya sea a través de una revolución en sentido literal, es decir, como elemento que moviliza el abandono de la estructura político-jurídica vigente y canaliza el

²²³ Un ejemplo de una declaración solemne que inequívocamente exterioriza el inicio de un proceso constituyente es la Declaración de Independencia de los Trece Estados Unidos de América, en 1776, cuyo contenido dispensa explicaciones: "When in the Course of human events it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. --That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, --That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. We, therefore, the Representatives of the United States of America, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly publish and declare, That these United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States, that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved; and that as Free and Independent States, they have full Power to levy War, conclude Peace contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Things which Independent States may of right do." Hannah Arendt, al respecto de este documento, afirma: "If we were to understand the body politic of the American republic solely in terms of its two greatest documents, (...) then the Preamble to the Declaration of Independence would provide the sole source of authority from which the Constitution, not as an act of constituting government but as the law of the land, derives its own legitimacy (...)." (ARENDR, H. Op. cit., 1990, p. 193). Por otro lado, procesos más contemporáneos denotan una ruptura menos brusca y más conciliatoria como sucede en el caso español, en el que los "(...) indicios del proceso constitucional [sic] hay que situarlos en la 'Ley para la Reforma Política', presentada por el Gobierno en septiembre de 1976, aprobada por las Cortes franquistas en noviembre de 1976, sometida a referéndum en diciembre del mismo año y apoyada (...) por el 95 por 100 de los electores, participando el 77 por 100 del electorado. (...) En Brasil hubo una importante discusión sobre el carácter formal de la convocación de una Constituyente. Sin una ruptura con el orden legal, se aceptó que era el Presidente quien la convocaba, pero no había acuerdo sobre el carácter de la Asamblea Constituyente (...) Así, la convocación resultó de la aprobación por el Congreso de una enmienda constitucional propuesta por el Presidente de la República (...) confiriéndoles a los diputados y senadores, (...) este estatus de constituyentes." (GONZÁLEZ ENCINAR, J.J.; LAMOUNIER, B.; MIRANDA, J.; NOHLEN, D. Op. cit., 1992, p. 13, 15).

proceso revolucionario para el establecimiento de una nueva, ya sea a través del “suicidio” del orden político-constitucional vigente, que prevé, por medio de su propio cuerpo de normas, la actuación de un Poder Constituyente Originario.²²⁴ En el primer caso, la percepción de que se está ante una manifestación del Poder Constituyente sólo se evidencia *a posteriori*, generalmente cuando la nueva Constitución ya está en vigor, mientras en el segundo caso, la noción de que se está viviendo un fenómeno constituyente se hace notar de inmediato. La preservación o no de un marco de relativa estabilidad política, a pesar de que esté siempre afectado por la manifestación de un Poder Constituyente, en el primer caso se presenta por lo general considerablemente debilitado mientras que en el segundo queda preservado.

²²⁴ La segunda hipótesis se defiende partiendo de perspectivas sustancialmente distintas. Así es que, el Prof. Francisco Balaguer Callejón —amparado en la idea de agotamiento intermitente del Poder Constituyente en cada nueva instauración constitucional, y defendiendo no su autolimitación sino su transformación en poder de reforma— al tiempo en que afirma la existencia de un contenido ficticio en la distinción entre poder constituyente y poder de reforma, señala que solamente desde una perspectiva jurídica resulta posible afirmar la limitación jurídica de este último, pues “(...) nada impide (...), desde un planteamiento político, la alteración fundamental del orden constitucional, por las vías que se consideren convenientes, por aquellos que pueden hacerlo. Si eso ocurre, el poder constituyente habrá intervenido de nuevo, para dar lugar a una nueva Constitución.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente. In: *La democracia constitucional – Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 105, 106). Compartiendo el mismo punto de partida respecto al agotamiento temporal del Poder Constituyente, pero abogando una clara e inequívoca distinción entre éste y el poder de reforma, Alessandro Pace, al criticar la tesis de Santi Romano, pertinente a la instauración legal de un nuevo ordenamiento, destaca: “En primer lugar, hay que subrayar que el Derecho positivo relevante para la calificación del procedimiento que se ejecuta como *secundum legem* está concretado en la normativa constitucional. De modo que en el mismo momento en que se considera (...) ‘venido a menos’ el orden constitucional preexistente, ocurre lo mismo con el parámetro para juzgar la legalidad del procedimiento constituyente en curso. En segundo lugar, el íter procedimental para la instauración del nuevo orden, si se excluye la instauración violenta, se desarrolla siempre en la legalidad aparente (siquiera sea para facilitar la legitimación del nuevo). Ello, sin embargo, no consigue esconder la efectiva sustancia de la nueva situación creada, es decir, que el órgano del precedente ordenamiento que adopta las decisiones realizadas para instaurar el nuevo orden no encuentra en el ordenamiento precedente ‘la investidura de su poder, y por tanto, deja de actuar como su órgano’, sino como órgano provisional del nuevo orden, consecuentemente subordinado a las ‘futuras determinaciones del órgano constituyente.’” (PACE, A. Op. cit., 1997, p. 11, 12).

1.1.2. Manifestación formal

En cuanto al aspecto formal a través del cual se manifiesta este surgimiento podemos confirmar su relación con lo que se argumentó anteriormente. Pues así como el momento de la aparición del Poder Constituyente Originario varía según la realidad histórica que se observe, la forma como surge también se modifica de acuerdo con el contexto analizado. No cabe duda, sin embargo, de que innumerables actos político-jurídicos preceden a la formalización de la nueva Constitución. Y éste, tal vez, sea el principal motivo que conduzca a la concepción del Poder Constituyente como un proceso: el hecho de que no pueda reducirse, sin perder significado, a un único acto aislado de creación de la Constitución. Atento a esta realidad, Giuseppe Vergottini ofrece una descripción de los procedimientos constituyentes provisionales característicos de transiciones revolucionarias y transiciones sin quiebra de la estabilidad política y la preservación de la máxima continuidad posible:

“A menudo, especialmente cuando se da el paso de una forma de Estado a otra, preceden a la nueva Constitución hechos y actos encaminados a desarrollar un papel temporalmente limitado, en cuanto momentos terminales de procedimientos constituyentes con carácter provisional. Es menester distinguir, en este caso, entre la hipótesis en que un hecho revolucionario termina con el ordenamiento constitucional anterior, y aquella en la cual la subversión del viejo orden ocurre por medio de una determinación formal de un órgano de tal ordenamiento.”²²⁵

En el caso de que consideremos la primera de las situaciones señaladas por Vergottini, la de carácter revolucionario, podremos verificar que el enunciado de normas jurídicas y la creación de instituciones políticas depende totalmente del grado de reorganización social posterior a la fragmentación de la estructura previa. En este sentido, si el Poder Constituyente Originario se manifiesta a través de la ruptura con un

²²⁵ DE VERGOTTINI, G. Op. cit., 1983, p. 155.

determinado cuadro jurídico-político precedente, no se agotará hasta que la Constitución —o la norma que le sea equivalente— esté plenamente en vigor. El intervalo entre la quiebra de una estructura pretérita y la aparición de una nueva, representa un verdadero hiato constitucional que, sin embargo, no prescinde ni de la organización ni de las normas de carácter jurídico, aunque sean de naturaleza preconstitucional.²²⁶ El Poder Constituyente Originario no se reduce a la promulgación de la Constitución propiamente dicha, ya que ésta representa el acontecimiento que concluye el proceso y no el proceso en sí.

La segunda situación que trae a colación el autor italiano revela dificultades adicionales de carácter formal. En este caso, es la propia Constitución la que determina el modo a través del cual surge el Poder Constituyente Originario. En la hipótesis de que se manifieste dentro del orden constitucional vigente se impone también la idea de un proceso, ya que no podrá confundirse exclusivamente con el advenimiento de la norma que establezca su ejercicio o con la simple promulgación de la Constitución. Debe ser visto como el proceso que se inicia con la previsión normativa de su manifestación y culmina con la aparición de la nueva Carta Magna.²²⁷

²²⁶ Aunque no ignore tales fenómenos, que denomina decisiones preconstituyentes, Canotilho prefiere referirse a decisiones formales o preconstituyentes y decisiones materiales o constituyentes: “Retenha-se, portanto, esta distinção entre decisões formais (...) ou decisões pré-constituintes (...) e decisões materiais ou constituintes: as primeiras contêm a ‘vontade política’ de criar uma nova constituição e de regular o procedimento constituinte adequado a tal finalidade; as segundas transportam os momentos procedimentais — iniciativa, discussão, votação, promulgação, ratificação, publicação — conducentes à adopção de uma nova constituição. Compreende-se que nesta fase pré-constituinte se estabeleçam apenas as condições mínimas e as regras indispensáveis para a feitura de uma constituição legítima.” (GOMES CANOTILHO, J.J. Op. cit., 1997, p. 73).

²²⁷ Más una vez los casos brasileño y español pueden utilizarse para ejemplificar esta afirmación. En el primero, el Poder Constituyente Originario surge formalmente a través de la Enmienda Constitucional número 26 de 1985, a través de la que se convoca la Asamblea Nacional Constituyente que estaría compuesta por los Diputados y Senadores electos en noviembre de 1986, dotados del estatus de constituyentes. Ya en España, el Poder Constituyente Originario surge con la presentación de la Ley para la Reforma Política en septiembre de 1976, y aprobada por las Cortes en noviembre del mismo año. Acerca de este proceso en especial, Manuel Aragón Reyes ofrece un preciso y brillante análisis: “Quizá podría decirse que aunque se llamaba ‘Ley para la Reforma’ era más bien una ‘ley de reforma para la ruptura’, pero ello no sería exacto. Que fue ley de reforma y no sólo ley para la reforma es cierto (...). Pero la reforma no era el fin, sino el camino, de ahí que la ley significase, más que ley para la reforma, ley para... la Constitución (o si se quiere, para la abolición total de las Leyes Fundamentales y la elaboración de un ordenamiento fundamental nuevo). (...) No es de extrañar, en tal sentido, que cuando se acuña, a finales de 1976, el instrumento jurídico Del cambio: la ‘Ley para la Reforma Política’, esa Ley, que jurídicamente se producía como 8ª Ley Fundamental, significaría, políticamente, la destrucción inequívoca de las restantes siete Leyes Fundamentales anteriores, en cuanto que, al proclamar la soberanía del pueblo y al establecer unas Cortes elegidas por sufragio universal, daba al traste con los principios nudaes en que se basaba el régimen político precedente. (...) La consiguiente apertura, a principio de 1978, Del

Esta naturaleza refractaria a manifestarse de una forma homogénea es una de las características del Poder Constituyente Originario. Pero esto no significa que no encuentre una canalización formal de algún tipo para expresar su culminación a través de la creación de la Constitución, tema al que dedicaremos más atención más adelante. Por el momento, basta con indicar que este no condicionamiento formal se refiere, en verdad, a la imposibilidad de predecir bajo qué forma surge y se manifiesta de forma genérica y abstracta el Poder Constituyente Originario. Incluso en una situación en que la propia Constitución establezca una disposición normativa que permita una apertura a su ejercicio superveniente, éste puede manifestarse de modo totalmente ajeno al que prescribe la Carta Constitucional.²²⁸ En relación con el Poder Constituyente Originario futuro, las disposiciones constitucionales vigentes que reglamentan su incidencia se equiparan a un verdadero *wishful thinking*.²²⁹ Böckenförde considera este aspecto específico como aquél a través del cual la naturaleza de concepto límite del Derecho Constitucional, que se atribuye al Poder Constituyente del Pueblo, se manifiesta de modo más evidente.²³⁰

Es verdad que la experiencia histórica demuestra que ciertos procedimientos se desarrollaron y, en cierta forma, se generalizaron como propios de la creación de la Constitución, pero esto no significa que el Poder proceso constituyente jurídico, en sentido estricto, no vendría a ser más que la continuación (culminación) de un proceso constituyente político que ya se había puesto en marcha desde hacía dos años.” (ARAGÓN REYES, M. Op. cit., 1998, p. 30, 64.) En ambos casos, el brasileño y el español, el Poder Constituyente Originario se sometía a las formas predeterminadas, pero esta situación resulta mucho menos de la fuerza vinculante operada por parte del ordenamiento vigente que en consecuencia, — como señalamos — de su función política.

²²⁸ Acerca del tema, yendo más lejos todavía, Alessandro Pace destaca: “Bien entendido, como ya ha habido ocasión de recordar, que el poder constituyente no tiene formas predeterminadas de manifestación. De ello se deriva que aun el ejercicio de una competencia constitucionalmente prevista podría constituir ejercicio fáctico de poder constituyente cuando, en el desarrollo de aquella competencia, fuesen intencionalmente violadas las normas procedimentales o sustanciales que la regulan, con el objetivo de instaurar estable y definitivamente un nuevo orden constitucional.” (PACE, A. Op. cit., 1997, p. 22).

²²⁹ La definición de *wishful thinking* puede encontrarse en The Harper Dictionary of Modern Thought: “A type of thinking, akin to fantasy and hallucination, that is so dominated by some goal or wish that the relevant realities are ignored, contradicted, or distorted.” (BULLOCK, Alan; STALLYBRASS, Oliver (ed.) *The Harper Dictionary of Modern Thought*. New York: Harper & Row Publishers, 1977, p. 676). Nos referimos a este término no en el sentido de denotar una tentativa de moldar a realidad de los hechos conforme o contenido ideal de las normas.

²³⁰ En este sentido, afirma: “Como *pouvoir constituant* que precede a la Constitución jurídica, el poder constituyente del pueblo no puede regularse jurídicamente por la propia Constitución ni, en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello, es él mismo quien es capaz de buscar sus propias formas de manifestarse —precisamente como magnitud política—.” (BÖCKENFÖRDE, E.W. Op. cit., 2000, p. 167).

Constituyente Originario se reduzca a dichos procedimientos; significa solamente que éstos representaron en su momento histórico la forma adecuada de creación formal de la Constitución.

1.1.3. *Carácter inicial y falta de limitación*

Desde una perspectiva jurídica, otras características del Poder Constituyente Originario son la carácter fundacional y la no-limitación. Al romper con la estructura jurídica anterior e instaurar una nueva, el Poder Constituyente Originario manifiesta su capacidad de iniciar un ordenamiento jurídico. Esta característica denota la incomunicabilidad entre el nuevo orden y el anterior. Este no será superior jerárquicamente ni representará un fundamento de validez para aquél. El orden jurídico encontrará fundamento de validez en la nueva Constitución que, por otro lado, recibe la cualidad de norma suprema y está dotada de rigidez, por resultar de la manifestación del Poder Constituyente Originario.²³¹ El efecto de esta característica es que el ordenamiento jurídico pasa a representar una unidad cerrada en sí, con un inicio marcado por el advenimiento del fenómeno constituyente. Sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo con esta característica.

El carácter de inicialidad del Poder Constituyente no encuentra una posición favorable, por ejemplo, en el pensamiento de Requejo Pagés. Como ya tuvimos oportunidad de observar, este autor argumenta que la validez sólo es un criterio admisible para determinar la relación entre normas pertenecientes

²³¹ Aunque su posicionamiento se apoye en argumentos iusnaturalistas, Sánchez Agesta destaca esta inequívoca incomunicabilidad entre los dos ordenamientos de una forma bastante explicativa: “El poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior; su fundamento es de carácter trascendente al orden jurídico positivo. (...) El poder constituyente se nos presenta como una legitimidad trascendente, en contradicción con el Derecho positivo, invocando valores de justicia superiores a éste o apoyándose en necesidades históricas o en títulos de Derecho que el Derecho positivo es incapaz de solventar o realizar. (...) Este carácter radicalmente originario o por expresarlo históricamente, revolucionario, del poder constituyente, le distingue de aquellas creaciones del orden que tienen su fundamento en una norma constitucional, aunque ésta no regule sino la mera competencia de un órgano creador; como hecho revolucionario entraña una violencia jurídica.” (SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. Madrid: Editora Nacional, 1966, p. 300).

a un mismo sistema normativo, y es desplazada en favor de la aplicabilidad en el caso de sistemas normativos distintos susceptibles de poder ser aplicados en un mismo contexto espacio-temporal.²³² Ello quiere decir que una norma producida bajo la égida de una Constitución sólo puede encontrar en ésta su fundamento de validez. Otras normas, aunque vigentes, que deriven de sistemas normativos distintos, no se relacionarán con esta Constitución con este mismo criterio. De esta forma, una norma producida bajo la égida de una Constitución pretérita y, por tanto, inscrita en un sistema normativo diverso, no encontrará en la Constitución vigente su fundamento de validez.²³³ La función que desempeña ésta sería la de unificar el ordenamiento, caracterizándose así, como norma sobre aplicación de otras normas; pero no estaría dotada de capacidad para imponerse, basada en el criterio de validez, frente a las normas advenidas de un sistema constitucional anterior.²³⁴

Este razonamiento conduce a la conclusión obvia de que la inicialidad del Poder Constituyente Originario no encuentra aquí amparo. Ello porque tal característica se asienta, en su totalidad, en la prevalencia del criterio de validez para determinar la relación entre la Constitución y todas las demás normas vigentes en un determinado ordenamiento. El ejercicio del Poder Constituyente Originario comporta la sustitución del fundamento de validez, de modo que incluso las normas vigentes al tiempo de su ejercicio y lógicamente producidas de conformidad con la Constitución anterior, deberán encontrar en la nueva Carta Magna el fundamento último de su validez, bajo pena de no ser asimiladas en el nuevo ordenamiento. En el momento en que se excluye la validez como criterio para mediar la relación entre la nueva Constitución y

²³² “Si la validez permite la ordenación sistemática de normas relacionadas entre sí en términos condicionales, resulta por completo inoperante para la sistematización de normas integradas en conjuntos normativos de existencia independiente. Y la sistematización es, sin embargo, ineludible, toda vez que la coexistencia de sistemas es inevitable y no existe, al día de hoy, un sistema normativo superpuesto a los restantes en clave de validez.” (REQUEJO PAGÉS, J.L. Op. cit., 1998, p. 24).

²³³ “En relación con las normas preconstitucionales —y, en general, con todas aquéllas derivadas de sistemas normativos para cuya tutela no existen órganos jurisdiccionales propios de garantía—, no cabe, desde la Constitución, más operación que la relativa a su aplicabilidad, nunca a su vigencia, la cual —por no ser otra cosa que la extensión en el tiempo de la validez— sólo puede verse afectada desde el sistema al que debe su existencia como normas, en ningún caso por la Constitución que le confiere aplicabilidad ni, mucho menos, por el sistema propio que ésta haya podido instaurar.” (*Ibidem*, p. 41).

²³⁴ En este sentido, Requejo Pagés afirma: “En otras palabras, sólo el sistema que ha dotado de validez, de existencia, a una norma tiene poder de disposición sobre la validez misma y sobre cualesquiera de sus avatares.” (*Ibid.*, p. 29).

normas anteriores, y se la sustituye por la aplicabilidad, el Poder Constituyente Originario pierde la característica de inicialidad y su ejercicio no implicará la llegada de un nuevo ordenamiento capaz de ocasionar la incomunicabilidad con el antiguo y concretizar la supremacía de la Constitución.²³⁵

Si la característica de la inicialidad suscita debates doctrinales, la falta de limitación jurídica del Poder Constituyente Originario pone en pie de guerra a dos posiciones visceralmente antagónicas en el mundo jurídico, y saca a la luz un tema que, por sus dimensiones, sólo puede abordarse en sus rasgos más destacados a lo largo de nuestra argumentación. Con esta característica se denota que el Poder Constituyente Originario no está sujeto a ningún límite jurídico. Precisamente porque provoca la ruptura con el orden anterior, no hay ninguna norma de naturaleza jurídica que lo limite. Sin embargo, la afirmación contenida en esta característica nos obliga a hacer una reflexión. En primer lugar, sólo cabe argumentar a favor de la no-limitación, si el análisis se restringe a una dimensión eminente y exclusivamente jurídico-positiva, pero no es posible abogar por una falta de limitación total del Poder Constituyente en términos sociales, económicos, políticos o axiológicos.²³⁶ En segundo lugar, aunque nos limitemos a la dimensión jurídica, es discutible —como lo demuestra la propia historia del pensamiento constitucional— la defensa del fenómeno constituyente como una manifestación político-jurídica sin límites. Parte de la doctrina se inclina a afirmar una limitación del Poder Constituyente frente a valores profundamente arraigados en el constitucionalismo

²³⁵ No es otra la conclusión a que llega el propio Requejo Pagés: “El verdadero poder constituyente del Estado no se identifica necesariamente con el que ha dado origen a su Constitución vigente, sino que se diluye en tantos poderes como en el pasado hayan decidido la integración de sistemas a los que los sucesivos poderes de constitución no pueden ya desprover de su condición de aplicables. El Ordenamiento, en pocas palabras, es el precipitado resultante de la articulación de una pluralidad de sistemas normativos verificada por la actuación en el tiempo de distintos poderes constituyentes. Por ello, una Constitución en vigor no es, en sí misma, más que la expresión formalizada de una voluntad sólo parcialmente constituyente. La totalidad de esa voluntad se difumina en la conjunción de aquella con las formalizadas en Constituciones precedentes.” (*Ibid.*, p. 57, 58).

²³⁶ Esta es la comprensión de Canotilho: “(...) Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta ‘vontade de constituição’ pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente de sua configuração (...) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte.” (GOMES CANOTILHO, J.J. Op. cit., 1997, p. 77).

contemporáneo. Y ello quiere decir que el Poder Constituyente no podría ser una manifestación política sin impedimentos, que derivarían de derechos que trascienden de la dimensión jurídico-positiva.²³⁷ Otra corriente defiende la no-limitación jurídica del Poder Constituyente poniendo en cuestión, incluso, una supuesta universalización de los valores consagrados en Occidente.²³⁸

²³⁷ “Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é poder soberano absoluto — tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição — e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido. O poder constituinte está sujeito a limites.” (MIRANDA, Jorge. Op. cit., 1983, p. 86). “La doctrina del poder constituyente del pueblo no es más que la expresión en términos subjetivos y de poder de esa exigencia de adecuación entre la Constitución y la conciencia jurídica que, como ocurre en Inglaterra, puede perfectamente no expresarse en un proceso constituyente. (...) Esta teoría, sin embargo, expresa esas exigencias (de apertura de la Constitución a la reforma democrática) incorrectamente, porque al invocar un poder previo al derecho desconoce que el propio proceso de manifestación de una voluntad democrática sólo es posible conforme a reglas que aseguren la igualdad y libertad de los partícipes y la veracidad del resultado: no hay democracia sin Derecho. Por ello la propia gestación de la Constitución es un proceso jurídicamente reglado, no un simple hecho (...)” (DE OTTO, I. Op. cit., 1991, p. 56). Esta también es la posición, según destacamos anteriormente, de J.J. Gomes Canotilho. Digna de destaque es la afirmación de Peter Häberle: “Sólo desde la perspectiva externa y formal ‘se’ obligan ‘a sí mismos’ el constituyente o el pueblo (pluralista): en el fondo, y desde la óptica de la historia cultural, vota a favor de contenidos y procedimientos que están dados e impuestos de manera bastante más ‘objetiva’ de lo que quiere reconocer un decisionismo ahistórico. La vinculación a un determinado estadio de desarrollo cultural crea ‘realidades’ e ‘idealidades’ para las que no resulta adecuada la teoría de la mera ‘autoobligación’ subjetiva y la ‘autolimitación’ voluntarista. La ‘internalización’ intensiva de determinados valores fundamentales como los ‘derechos humanos’, la ‘paz’, etcétera, que se revela en los elementos textuales de los preámbulos como el ‘proposito’, la ‘conciencia’, ‘animados por la voluntad’, se convierte en algo objetivo, en determinantes culturales.” (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 135).

²³⁸ “Respecto a la naturaleza del poder constituyente, no admite duda alguna que se trata de un poder absoluto y total. (...) De la calificación del poder constituyente como poder soberano e ilimitado, derivarán, cuando menos, dos consecuencias importantes. En primer lugar, que mientras los poderes constituidos tienen su fundamento en la Constitución, y desde ella se explican sus posibilidades y modos de actuación, el poder constituyente se justifica por sí mismo. Su fundamentación no es jurídica sino ontológico-existencial. (...) En segundo término, hay que advertir, igualmente, que, a diferencia de los poderes constituidos que, en cuanto poderes jurídicos, tienen establecidos sus modos de actuación en la Constitución, el poder constituyente, en cuanto poder prejurídico, (...) no sólo es ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio.” (DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p. 29). “Como acción revolucionaria es un hecho histórico, no un derecho positivo. (...) En estas expresiones está claramente definido el carácter originario y extraordinario con que se produce el orden constitucional cuando tiene su fuente en una decisión creadora. (...) Está más allá de todos los poderes constituidos y más allá de todas las razones que pueden fundamentar un derecho al ejercicio de ese poder. Es simplemente un hecho histórico que acusa su presencia con su actuación y que funda sus decisiones en el impulso y la eficacia de su voluntad.” (SÁNCHEZ AGESTA, L. Op. cit., 1966, p. 299). “(...) Las revoluciones son rebeliones que han triunfado. En caso de fracasar, sus promotores habrían sido (...) ejecutados por traición, esto es, por intento de derribar el poder establecido; cosa que corrientemente se equipara a la alta traición. Y como el poder constituyente solamente puede funcionar donde no existe orden

En un momento anterior de este trabajo, expusimos las razones por las que el Poder Constituyente tiene una dimensión normativa y, por tanto, un carácter limitado. La simple observación del proceso constituyente, en una u otra de las configuraciones antes resaltadas, puede ofrecernos una comprensión acerca del tema. La sujeción del Poder Constituyente Originario a límites jurídicos se pone de manifiesto no sólo por su condición de estar orientado hacia la Constitución, sino también por la aparición de normas que regulan su surgimiento, o por la fase de formalización a través de la cual se llega a la creación propiamente dicha de la Constitución. ¿A fin de cuentas cómo abogar por la no existencia de límites jurídicos, aunque de carácter exclusivamente positivo, si en algunas situaciones la propia Constitución vigente establece las condiciones bajo las que se ejercerá el proceso constituyente ulterior? Además, ¿Cómo defender semejante tesis incluso ante el caso de una ruptura revolucionaria, si en definitiva aparecen normas previas a la promulgación de la Constitución que acaban por canalizar formalmente el ejercicio del Poder Constituyente, como son, por ejemplo, la instauración de una Asamblea Constituyente o de una Convención Constituyente?

Por otro lado —y este tema será objeto de discusión en los capítulos siguientes— la propia interrelación entre los Estados, que caracteriza a la época contemporánea en las democracias avanzadas podrá ejercer cierta limitación durante un proceso constituyente. Si con la tesis de la no-limitación jurídica del Poder Constituyente Originario se hace referencia a una dimensión fáctica propia de su forma de irrumpir, la aceptación del argumento aún es posible, pero afirmar que, a lo largo de su manifestación, el Poder Constituyente Originario no se somete a reglas de carácter jurídico significa ir establecido, el declinar y eventual derrumbarse, el mismo vendrá precedido sonoramente de los actos de traición. Todos los actos constituyentes que, en estos últimos años, han sido significantes, (...) han quedado precedidos por un período revolucionario en el que los actos de traición se hicieron, no sólo numerosos, sino motivo de honra también.” (FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno Constitucional y Democracia*. vol. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 275, 276). “No puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente. (...) La voluntad del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución, puede señalar un poder constituyente y prescribir la forma de su actividad.” (SCHMITT, C. Op. cit., 1996, p. 99, 101). “Y, en efecto, lo que está previsto y regulado en una constitución es, por definición, ejercicio de una ‘competencia’ que deberá ejercitarse en el contexto y sólo en el contexto de una constitución dada. Por otra parte, como ya he señalado, límites jurídicos y poder constituyente son conceptos antitéticos, del mismo modo en que es contradictorio entender que el poder constituyente puede autolimitarse jurídicamente.” (PACE, A. Op. cit., 1997, p. 20).

en contra de los hechos. Atento a la relevancia de este tema, Böckenförde señala la naturaleza intrínsecamente política del poder constituyente. Pero defiende al mismo tiempo la posibilidad de rescatar el poder constituyente hacia una dimensión jurídica a través de su limitación y encauzamiento²³⁹ proporcionada al menos por dos factores; el primero deriva exactamente de la creación de procedimientos regulados de exteriorización del fenómeno constituyente, a través de una preparación previa orientada a su manifestación; el segundo, a través de la creación, *a posteriori*, de mecanismos que amortigüen la ruptura, domando la naturaleza revolucionaria de este fenómeno.²⁴⁰

Históricamente el Poder Constituyente Originario no prescindió de formas concretas a través de las que poder desempeñar la tarea específica de crear la Constitución. En verdad, su génesis revolucionaria trajo consigo la necesidad urgente de adquirir una naturaleza orgánica, capaz de hacer viable algo tan delicado en términos político-sociales como la elaboración de una Constitución. Los acontecimientos revolucionarios ocurridos en América y en Francia demostraron categóricamente que el Poder Constituyente Originario estaba condenado a una formalización que concluyera la transición y consagrara el nuevo orden instaurado. Los procedimientos a través de los que el Poder Constituyente Originario adquiere una dimensión eminentemente formal constituyen, sin embargo, un tema ampliamente estudiado por la doctrina. Y en ella no se trata tanto de definir un rito de carácter general y abstracto para su exteriorización y para la culminación de la creación de la

²³⁹ “No es posible, por principio, romper la imbricación de un concepto límite y fundamental del Derecho del Estado con lo político. Lo que sí se puede lograr, y lo que representa un cometido importante del Derecho del Estado, es lo siguiente: que las acciones del poder constituyente del pueblo, que no cabe excluir nunca, puedan ser limitadas de algún modo y, mediante disposiciones adecuadas, se logre que sus manifestaciones, cuando aparecen, desemboquen en procedimientos preparados a tal efecto, que sean encauzadas a través de ellos y que, haciéndose valer a través de estos cauces, tengan también abierta de este modo la posibilidad de actualización.” (BÖCKENFÖRDE, E. W. Op. cit., 2000, p. 169).

²⁴⁰ Así, el autor alemán destaca que una de las vías para alcanzar la limitación del Poder Constituyente Originario consistiría “(...) en el desarrollo y en la práctica de aquellos procedimientos democráticos que sirven para una más precisa articulación, preparación o realización de las decisiones del titular del poder constituyente. (...) Por ello, la clave está en sacar lo antes posible estas manifestaciones de su indeterminación y en traducirlas en formulaciones determinadas y a un orden realizable. Y esto puede llevarse a cabo mediante acciones previas y preparatorias, o mediante una acción posterior, en su fase de ejecución. Pero en ambos casos hace falta el procedimiento adecuado.” (*Ibidem*, p. 170).

Constitución, como de efectuar una descripción de las formas que la experiencia histórica consagró para la manifestación de tal fenómeno.

La formalización del Poder Constituyente Originario no se limita sólo a señalar que adquiere una naturaleza orgánica capaz de llevar a cabo la difícil tarea de elaboración de la Constitución. En ese paso se expresa también el predominio de su manifestación democrática, y con ello se plantea la cuestión fundamental de buscar un equilibrio entre la necesidad de manifestar la voluntad colectiva del titular del Poder Constituyente y la necesidad de tornar factible la elaboración de la Constitución a través de la representación.

Al abordar este tema, Carl Schmitt enumeró varias formas de manifestación del Poder Constituyente con vistas a la elaboración de la Constitución, que reflejaban diversos matices sobre esta tensión entre la representatividad y la manifestación auténtica de la voluntad del pueblo. En su análisis destaca la Asamblea Nacional elegida con la finalidad específica de elaborar y aprobar la Constitución, la Convención, cuya competencia se circunscribe a la elaboración del proyecto de Constitución, y en la que la aprobación se somete a otro procedimiento confirmatorio, y finalmente la consulta popular a través del plebiscito destinado a aprobar una ordenación o la regulación surgida de una manera no especificada.²⁴¹

Biscaretti Di Ruffia incluye, en su análisis de los procedimientos de emanación de una nueva Constitución, las formas de manifestación que se distancian de la idea de representación de la voluntad popular a través de las formas de una Asamblea Constituyente o de una Convención Constituyente. Dividiendo tales procedimientos en relación al sujeto u órgano que los llevan a cabo, los caracteriza como monárquicos o populares. Entre aquellos estarían las constituciones otorgadas en las que se manifiesta la renuncia por parte del soberano de su poder absoluto o un pacto entre el monarca y el Parlamento, representante de la voluntad popular. Y entre éstos incluye tanto la elaboración de la Constitución por parte de una Asamblea que posee no solamente la capacidad de crearla, sino también la de elaborar la ley ordinaria, como la

²⁴¹ SCHMITT, C. Op. cit., 1996, p. 101 – 103.

confección de la Constitución por parte de una Asamblea, derivada de la aprobación popular por la vía del referéndum.²⁴²

Por su parte, Giuseppe Vergottini incluye entre los procedimientos de formalización del Poder Constituyente los que considera de naturaleza externa.²⁴³ En cambio, respecto a los procedimientos internos, trabaja con una perspectiva semejante a la de Biscaretti di Ruffia, y destaca los mismos procedimientos monárquicos de otorgamiento o concesión de una Constitución mediante el pacto entre el Rey y el pueblo, a los que les atribuye una relevancia fundamentalmente histórica.²⁴⁴ Y en relación con los procedimientos democráticos, destaca la Asamblea o Convención constituyente y el referéndum constituyente. El aspecto singular del análisis de Vergottini queda a cargo de la atención que dispensa a la experiencia de Estados autocráticos contemporáneos, entre los que estarían los socialistas y los autoritarios o recién independizados, lo que pone de manifiesto que no restringe el fenómeno constituyente a una dimensión puramente democrática y, por tanto, limitada.²⁴⁵

Desde una perspectiva predominantemente democrática, las exposiciones de Canotilho y Böckenförde sobre el tema convergen en la clasificación efectuada por Schmitt antes analizada. Ambos autores trabajan, por tanto, con una formalización del Poder Constituyente Originario a través de la actuación de una asamblea representativa que, formada por métodos

²⁴² BISCARETTI DI RUFFIA, P. Op. cit., 1987, p. 251 – 254.

²⁴³ Entiende estos procedimientos como los que “(...) se dan cuando un Estado ha perdido su plena soberanía tras una derrota militar y en el caso de territorios coloniales que adquirieron la independencia.” Entre tales procedimientos estarían la Constitución alemana de 1949 y la japonesa de 1947. (DE VERGOTTINI, G. Op. cit., 1983, p. 146).

²⁴⁴ “La ‘concesión’ (*octroi*); jurídicamente unilateral pero siempre políticamente consecuencia de presiones externas y de negociación, presupone la renuncia, o la limitación, por parte de un soberano absoluto de su poder, que consiente fijar en el texto constitucional garantías a favor de estratos o clases emergentes (...). El ‘pacto’ supone una negociación bilateral entre el soberano y el pueblo (a través de una asamblea, y por consiguiente, el reconocimiento también a tal sujeto de una participación en el poder constituyente, afirmando, junto al principio monárquico, la soberanía popular.” (*Ibidem*, p. 149).

²⁴⁵ El autor italiano destaca que, en este caso, la Constitución emana generalmente de la adopción unilateral — de un procedimiento “(...) que utiliza directamente el poder constituyente detentado por un sector del pueblo, que carece de legitimación popular explícita y que decide que se imponga una Constitución” — y del plebiscito constituyente que se presenta más como una adhesión que como una decisión popular: “El plebiscito constituyente es la versión autoritaria del referéndum democrático. Se diferencia de este último por el carácter meramente formal de la adhesión pedida al electorado de tal modo que produce resultados previstos de antemano. En la práctica, la adopción es sustancialmente fruto de una decisión unilateral de los auténticos detentadores del poder constituyente (...), en tanto que el voto popular tiende a ofrecer una mera ratificación (en el plano jurídico formal) y una legitimación del poder de los gobernantes (en el plano político sustancial).” (*Ibid.*, p. 152, 153, 154).

democráticos, elabora y aprueba el texto constitucional con o sin consulta a la población. Según el autor portugués, en el primer caso estaríamos tratando de una Asamblea constituyente soberana, mientras que en el segundo, de una no soberana. Ambos autores, sin embargo, convergen al destacar los métodos constituyentes directos (referéndum, plebiscito) como formas procedimentales recurrentes en la historia constitucional, pero de dudosa legalidad.²⁴⁶

1.1.4. Titularidad

Uno de los puntos neurálgicos de la Teoría del Poder Constituyente es el relacionado con la titularidad, es decir, con la definición de quién o qué órgano dispone efectivamente de la capacidad para impulsar la escisión con el ordenamiento anterior y establecer uno nuevo. La relevancia de esta cuestión deriva del hecho de que a través de ella se plantean algunas ideas que no se limitan a delimitar cuestiones internas del Poder Constituyente, sino que van más allá de su temática específica.

Por un lado, el tema de la titularidad converge con el de la naturaleza del Poder Constituyente. Esto porque, según se atribuya la titularidad de tal poder a un órgano o a otro, se refuerza la concepción de su naturaleza fáctica o normativa y, por consiguiente, de su carácter ilimitado o no. Por otro lado, a través del análisis de la titularidad se establecen los parámetros, no sólo para la definición del titular del Poder Constituyente, sino también para una mejor

²⁴⁶ “Cuarto procedimiento: Votación general del pueblo sobre un nuevo orden y una regulación de la Constitución que se plantea de modo unilateral y que, propuesta por regla general por los ocupantes del poder del Gobierno, es al menos dudosa en cuanto a su legalidad. (...) Suele plantearse especialmente en el caso de gobiernos o regímenes revolucionarios, que quieren que el pueblo legitime los hechos llevados a cabo, o incluso para los actos revolucionarios de gobiernos legales, cuando se quiere superar así la ilegalidad inicial de estos.” (BÖCKENFÖRDE, E.W. Op. cit., 2000, p. 172). “Esta última precisão — procedimiento referendário justo — serve para distinguir o referendo constituinte do chamado plebiscito constituinte. Embora a distinção entre referendo e plebiscito não seja clara e tenha havido mesmo, num período inicial, a utilização indiscriminada dos dois termos, o plebiscito passou a designar a votação popular de um projeto de constituição unilateralmente fabricado pelos titulares do poder e dirigido a alterar em termos de duvidosa legalidade a ordem constitucional vigente (plebiscitos napoleônicos).” (GOMES CANOTILHO, J.J. Op. cit., 1997, p. 76).

comprensión del ejercicio de la soberanía, ya que la necesaria relación entre Constitución y Estado encuentra en la manifestación constituyente un relevante elemento definitorio. En otras palabras, a través de la delimitación del titular del Poder Constituyente se afina una forma de comprender la soberanía que define los límites entre el orden interno y el externo.

La Teoría del Poder Constituyente indudablemente nace ligada a una concepción muy definida acerca de la titularidad de la capacidad de crear la Constitución. Como señalamos en la primera parte de este trabajo, sólo se puede hablar en Poder Constituyente a partir de 1787. Como fenómeno moderno, nace vinculado a una determinada concepción del orden político contrario a la concentración de poder propia del Antiguo Régimen.²⁴⁷ Precisamente, el poder constituyente surge como la fuerza motriz que provoca la implosión del Antiguo Régimen. Este antagonismo, aunque incontestablemente gravado en las primeras constituciones modernas, no desapareció nada más instauradas las Cartas francesa y americana. En verdad, el Antiguo Régimen resistió a lo largo de todo el siglo XIX, pero el nuevo principio político —que encontraba en el ejercicio del Poder Constituyente una traducción fenomenológica tan intensa hasta el punto de aterrar el pensamiento político-jurídico durante todo este período— ya estaba establecido, de forma que los intentos de esquivar su expresión democrática representan más la excepción que la regla. Las constituciones decimonónicas, a pesar de su relevancia histórica, seguramente no ofrecen un modelo sobre el que se pueda trazar una línea de trabajo contemporánea.²⁴⁸

²⁴⁷ Por ello afirma Böckenförde: “El concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que sólo tiene lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática.” (BÖCKENFÖRDE, E.W. Op. cit., 2000, p. 163).

²⁴⁸ La relación entre Poder Constituyente y democracia es destacada por Antonio Negri en el inicio de su amplio análisis sobre el tema. Considerando la democracia una teoría del gobierno absoluto y el constitucionalismo una teoría del gobierno limitado, Negri desarrolla, en el primer capítulo de su libro, un análisis de las principales corrientes jurídicas acerca del tema, y, aunque señalando la crisis del concepto de Poder Constituyente y la necesidad de asunción de esta condición, afirma: “Hablar del poder constituyente es hablar de democracia. En la edad moderna, ambos conceptos se han desarrollado a menudo paralelamente y han estado insertos en un proceso histórico que, según se acercaba el siglo XX, los ha superpuesto cada vez más. (...) El poder constituyente está ligado a la idea de democracia como poder absoluto. Es, por consiguiente, el del poder constituyente, como fuerza impetuosa y expansiva, un concepto ligado a la preconstitución social de la totalidad democrática.” (NEGRI, Antonio. *El Poder Constituyente*. Madrid: Libertarias / Prodhufi, 1994, p. 17, 29).

La conexión entre democracia y Poder Constituyente inevitablemente excluye la asunción de su titularidad por parte del monarca, ya que, incluso en el supuesto de Constituciones que hayan pasado a un patrón democrático a lo largo del siglo XIX, la simple mención de la capacidad monárquica para otorgarlas constituye, por sí sola, una paradoja suficientemente elocuente como para denotar la incoherencia intrínseca de la relación entre poder absoluto y el constitucionalismo. Al extender la titularidad del Poder Constituyente a un contexto absolutista, atribuyéndosela a un supuesto monarca absoluto, nos arriesgamos a quedar atrapados en una contradicción insoluble, puesto que, si la Constitución es otorgada, la autolimitación resultante, aunque es posible, nos separa de un contexto absolutista y nos transpone a un marco de transición que fue exactamente el que se vivió a lo largo de todo el siglo XIX.²⁴⁹ La naturaleza transitoria de este siglo para el constitucionalismo, se refuerza por el hecho de que tampoco la configuración democrática del Poder Constituyente estaba bien definida. Excluyendo la realidad constitucional americana, los eventos revolucionarios ocurridos en Francia dificultaron la solución de la titularidad del Poder Constituyente como algo atribuible al pueblo.

La defensa de la transición de la manifestación personal del poder hacia otra, impersonal, no representaba ciertamente una novedad en el pensamiento político europeo. Como ya mostramos, desde Vattel, pasando por Rousseau, hasta Sieyès, el desgaste ideológico de los fundamentos del Antiguo Régimen se acentuó en progresión geométrica. En la Revolución Francesa, los eventos

²⁴⁹ Cabe destacar, en este sentido, el preciso análisis de Böckenförde: “Un concepto de poder constituyente así entendido era algo incompatible con el poder que correspondía a los monarcas, ya que su posición de dominio, incluso al sostener su soberanía hacia el exterior, se movía en un nexo de fundamentación completamente distinto. No obstante, en la época que sigue a 1815, en la confrontación entre monarquía y soberanía del pueblo como dos principios políticos formales, también los monarcas pretendieron asumir el poder constituyente. Ahora bien, este hecho sólo da fe de hasta qué punto los nuevos principios de ordenación que surgieron en la Revolución francesa se habían convertido ya en algo indiscutible. La posición del monarca ya no se podía defender de forma plausible más que adoptando los conceptos y las posiciones jurídicas fundamentales desarrolladas a partir del principio de la soberanía del pueblo e intentando reclamarlas para el monarca. (...) El monarca, cuya posición descansaba sobre una instauración configurada jurídicamente, esto es, sobre una institución monárquica basada en un orden determinado de sucesión, no puede ser concebido también como el origen y la fuente, como aquello que no tiene forma y sin embargo da forma al orden jurídico y político, tal y como ocurre con la Constitución. Un poder constitutivo del monarca como este no se puede fundamentar en el marco de un orden del mundo legitimado por Dios, en el que el monarca y su familia podían aparecer como legitimados de forma sacra, es decir, como representantes o delegados de la voluntad omnipotente de Dios.” (BÖCKENFÖRDE, E. W. Op. cit., 2000, p. 164, 165).

políticos se apoyaron en el ideario firmado a lo largo del siglo XVIII. Sin embargo, el decurso de tales eventos trajo al escenario político un cuadro que provocaba perplejidad por la inestabilidad resultante y, por tanto, en el contexto contrarrevolucionario que se estableció a partir de la segunda mitad de la última década del siglo XVIII, la reacción natural fue la de reducir el Poder Constituyente a la dimensión de un fenómeno pasajero, a un breve florecimiento de un contexto que debería ser sofocado. La recuperación de las riendas del mando político de un Estado debería efectuarse a través de la atribución de la titularidad de tal poder al monarca. Y la lectura moderna de la asunción de tal capacidad se basaría en la idea de concesión o de pacto entre las fuerzas de un determinado cuadro político.²⁵⁰ Esta nueva lectura no denotaba una capacidad de inventar una nueva forma, sino un intento malogrado de sofocar el nuevo principio político surgido con los eventos revolucionarios del siglo XVIII. Pese a ello, esta novedad no tardaría en firmarse en el terreno constitucional europeo.

La observación en perspectiva de la historia constitucional nos demuestra que el otorgamiento de Constituciones, además de representar una paradoja que denota la naturaleza transitoria de un cuadro político a otro, se caracteriza como una excepción más que como una regla general. Por esto, atribuir la titularidad del Poder Constituyente a un monarca, en términos abstractos representaba una equivocación. Pero, por otro lado, la atribución de tal titularidad al pueblo tampoco resultaba una empresa fácil. Las dificultades reveladas por los acontecimientos revolucionarios franceses, sumadas a la selectiva participación política cuidadosamente estructurada a lo largo del siglo XIX, probarían que la naturaleza democrática del Poder Constituyente iba a ser una quimera durante algún tiempo, hasta que pudiese traducirse concretamente. Las primeras décadas del siglo XX serían decisivas para la conformación democrática del Poder Constituyente, a pesar de los interludios totalitarios en algunos Estados europeos. La relación entre Democracia y Constitución acabaría por arraigarse a lo largo de este siglo, confirmando que

²⁵⁰ Giuseppe de Vergottini destaca, como ejemplos de constituciones derivadas de la concesión del monarca, la Constitución francesa de 1814, la Constitución de Baviera y Baden de 1818, la Constitución española de 1834, la Constitución japonesa de 1898. Por otro lado, destaca como ejemplo de constituciones pactadas, la francesa de 1830, la sueca de 1809, la prusiana de 1850 y las españolas de 1845 e 1876. (DE VERGOTTINI, G. Op. cit., 1983, p. 149).

la limitación del poder político representada por ésta, sólo encontraría su traducción formal en la ampliación de la participación política que proporcionaba aquélla.

Actualmente, es una tendencia mayoritaria en la doctrina la atribución de la titularidad del Poder Constituyente al pueblo. Tendencia mayoritaria puesto que no todas las opiniones convergen en este posicionamiento común. Hay autores que adoptan una perspectiva distinta y afirman que el Poder Constituyente no está únicamente en manos del pueblo.²⁵¹

Alessandro Pace entiende que la función del pueblo respecto del Poder Constituyente sólo se traduce en términos de legitimación, y aunque sea a través de la elección de una Asamblea Constituyente no sería correcto afirmar que en este supuesto el pueblo está ejerciendo el Poder Constituyente. Sin embargo, el hecho es que en el contexto de los Estados contemporáneos aclarar la referencia al “pueblo” no es una tarea de las más fáciles. Y no solamente la realidad política dificulta tal tentativa, sino que la propia composición de lo que es “el pueblo” se encuentra, en los sistemas constitucionales actuales, marcada por una heterogeneidad que convierte cualquier simplificación en una falacia. No estamos aquí ya ante un cuadro semejante al de la Francia posrevolucionaria, donde realmente la voluntad del pueblo o de la nación necesitó de un recurso formal, y buscaba en la representación la alternativa a la imposible deliberación de toda la comunidad en un único espacio. Éste es un punto que debe esclarecerse, bajo el riesgo de que se cometa un error conceptual grave. Pueblo y población no significan la misma cosa. Ésta es cuantificable, aquél no. El pueblo no puede ser entendido como la totalidad de los habitantes de un determinado Estado. Por tanto, se impone la necesidad de aclarar una de las grandes cuestiones doctrinales del constitucionalismo: ¿Qué se entiende efectivamente por el pueblo?

²⁵¹ Alessandro Pace al defender este posicionamiento destaca: “Pero si no existe una forma típica de manifestación del poder constituyente, eso significa no sólo que no es apriorísticamente determinable el acto o el procedimiento con el que se expresará la decisión constituyente, sino que —utilizando a Sieyès contra Sieyès— tampoco son apriorísticamente individualizables los entes que tienen la capacidad de realizar una decisión de ese tipo. Contra extendidas opiniones, esto conduce a la consideración de que el titular del poder constituyente no es sólo el pueblo, como originariamente se proclamaba en contraposición con la tradicional soberanía de derecho divino. Titulares del poder constituyente pueden ser, en efecto, también el monarca, una facción o una élite dirigente, uno o más partidos políticos.” (PACE, A. Op. cit., 1997, p. 22, 23).

El dilema que suscita este interrogante ya fue resaltado por Carl Schmitt, para quien el pueblo, en cuanto titular del Poder Constituyente, "(...) no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para el normal y diario funcionamiento y el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura, ni nunca —tampoco en una democracia— autoridad permanente. Por otra parte, el pueblo necesita ser, en la democracia, capaz de tomar decisiones y realizar actuaciones políticas." Atento a este dilema, Peter Häberle define el pueblo como una magnitud "pluralística".²⁵² Para esta configuración converge la idéntica noción que construye Canotilho acerca de la delimitación de esta entidad. Para el constitucionalista portugués "el pueblo" no se refiere únicamente a la totalidad de la población. Al contrario, incluye entidades de la sociedad civil con una amplia participación en la formación de las ideas y una fundamental —aunque no siempre determinante— participación en los procesos decisorios.²⁵³

Para Canotilho, el pueblo debe entenderse en el sentido de pueblo político, sin reducirlo a la noción de ciudadanos políticos activos, según la comprensión liberal. Y tampoco puede entenderse como una fracción revolucionaria de la población, en el sentido marxista. Transciende a tales delimitaciones "reduccionistas", y se concibe como "(...) grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política."²⁵⁴ Daí porque enquanto, titular do poder, o povo só pode ser encontrado "(...) naquele complexo de forças políticas plurais (...) capazes de definir, propor idéias,

²⁵² "La tesis sobre el pueblo como 'sujeto único' en los procedimientos materialmente preelaborados y normativos preestructurados de su poder constituyente no es contrariada por la sustitución de la tradicional 'unidad' de la voluntad popular' por el actual pluralismo del pueblo. El derecho del pueblo, típico del Estado constitucional a ser único sujeto o 'titular' del poder constituyente, no hace incorrecta la idea de que el pueblo es una magnitud pluralista. En el Estado constitucional moderno contribuyen una diversidad de 'factores' o 'participantes' pluralistas en el consenso básico sobre el cual se 'construye', en última instancia, la Constitución. Ya sea que se hable de un pluralismo 'de los' constituyentes, de un compromiso o entendimiento de todos con todos: hoy en día 'el pueblo' se encuentra 'presente' y actúa a través de estos procesos y de estos participantes. El renacimiento de la idea de la Constitución pactada corresponde mejor al pluralismo de los contenidos y los participantes en el proceso constituyente que la ideología de la (ilimitada) voluntad 'del' constituyente, el cual 'se da' la Constitución." (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 133).

²⁵³ "(...) o povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma 'grandeza pluralística', ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes', ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes." GOMES CANOTILHO, J.J. Op. cit., 1997, p. 71.

²⁵⁴ *ibidem*, p. 71.

padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à constituição jurídico-formal.”²⁵⁵

Este sentido participativo, intrínseco al concepto de pueblo, también es captado por Friedrich Müller, para quien éste no “(...) deve funcionar como metáfora; o povo deve poder aparecer como sujeito político empírico. A concepção [poder constituinte do povo] não necessita d’o povo’ como expressão que não obriga nada e cobra tudo; (...) mas de um povo que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade (...).”²⁵⁶

Para el autor alemán la transición a un contexto constitucional, provoca necesariamente la atribución de la titularidad del Poder Constituyente al pueblo, dotándola de una configuración normativa. Es decir, la titularidad del Poder Constituyente, en el Estado Constitucional es del pueblo no por una razón fáctica pura y simplemente, sino porque debe ser del pueblo.²⁵⁷

En el mismo sentido Böckenförde, señala que no cabe considerar otro titular del Poder Constituyente sino el pueblo, entendido, a semejanza del concepto de Canotilho, en un sentido político: “(...) de la nación, esto es, de un grupo de hombres que se delimita y se reúne políticamente, que es consciente de sí mismo como magnitud política y que entra en la historia actuando como tal. Este pueblo en sentido político puede, pero no tiene que ser, al mismo tiempo un pueblo en sentido natural.”²⁵⁸

²⁵⁵ *Ibid.* p. 71.

²⁵⁶ MÜLLER, F. Op. cit., 2004, p. 60.

²⁵⁷ “Fundamenta-se um Estado Constitucional. Este se legitima — compreendido tão exigentemente como deve ser compreendido segundo a experiência histórica — pelo lema implícito: faça-se o poder-violência constitucional onde antes existiu o poder-violência sem direito! Quem, afinal de contas, se torna sujeito eficaz da constituição da Constituição? Isso sempre foi uma questão de poder: uma questão da dominação dos indivíduos mais fortes ou do armistício entre os vários grupos mais fortes. Assim não somente se procedeu sempre com referência a quem seria ‘o povo’, mas também a como se deveria ‘dar’ e ao que deveria ser posto em vigor como ‘Constituição’. Mas onde uma Constituição invoca com um ou vários dos seus textos de norma o poder constituinte do povo para legitimar-se, ela deve finalmente ser tomada ao pé da letra: procedimentos efetivamente democráticos da constituição da Constituição da Constituição + conteúdo nuclear no nível mais elevador de hierarquia de normas + exclusão de qualquer discriminação de natureza conteudística contra a população + eliminação inequívoca, e.g. de desclassificações com referência à participação juridicamente eficaz do povo constituinte.” (*Ibidem*, p. 63, 64).

²⁵⁸ BÖCKENFÖRDE, E.W. Op. cit., 2000, p. 165.

Una vez atribuida la titularidad del Poder Constituyente al pueblo, queda claro que la conformación que adquiere el ejercicio de esta magnitud será necesariamente la democrática. Sin embargo, unida a esta concepción existe otra tan importante como la del Poder Constituyente, como manifestación democrática, que es la del Poder Constituyente en cuanto expresión política nacional, en el sentido de una manifestación circunscrita a un Estado específico. En este terreno parece forzoso un retorno a Vattel, a su concepto de Estado ya expuesto en este trabajo, retorno aún más significativo por el hecho de que este autor vivió en los albores del Estado Moderno y no muchas décadas antes del primer fenómeno constituyente.

Para el filósofo suizo, el Estado soberano es una nación que se autogobierna, independientemente, por tanto, de cualquier entidad extranjera. Ahora bien, si el Estado es una Nación dotada de autogobierno y si la Nación, en palabras del mismo Vattel, es la entidad que lleva adelante la tarea de crear la Constitución, expresándose a través de ésta de la forma que le sea más conveniente, la tarea de crearla es una indiscutible prueba de soberanía, y la titularidad es el nudo gordiano de la cuestión. La creación de la Constitución —signo de autodeterminación nacional— por una entidad externa acabaría por minar de forma contundente la noción de soberanía. La titularidad del Poder Constituyente, por tanto, pertenece al pueblo o a la nación, pero esto debe comprenderse dentro de los límites de un Estado, en el sentido de que la capacidad de dotarse de Constitución corresponde a un pueblo, a un Estado, a una nación que encuentra su traducción formal a través de la estructura viabilizada por el Estado.

Los enunciados de Vattel han constituido verdaderos axiomas del constitucionalismo a lo largo de los últimos dos siglos. La elaboración de la Constitución de un Estado se considera una manifestación inequívoca de su soberanía ante la comunidad internacional. A través de ella se expresa un elemento característico del poder soberano que es su supremacía en el orden interno, al mismo tiempo en que se expresa su independencia de otros Estados. La producción de la Constitución indica la capacidad de un pueblo de erigir una estructura política y en este sentido, la titularidad del Poder Constituyente denota la condición de libertad de un grupo social, en cuanto

sujeto activo de su propio destino político, respecto a otro grupo social. La capacidad de estructurarse político-jurídicamente es el primer elemento que enuncia la autodeterminación de un pueblo, por ello la Constitución, tanto respecto a su creación como a su reforma, se mantiene fuera del alcance de entidades externas, y también por ello, las normaciones generadas en un ámbito internacional encuentran una vigorosa resistencia a su asimilación en el orden interno en un plano jerárquico que no sea el infraconstitucional.

Por tanto, en la titularidad más que en cualquier otro aspecto de la Teoría del Poder Constituyente, se expresan de forma peculiar las concepciones de Estado y Constitución. Y esta concepción no confiere a la titularidad una dimensión internacional. La Constitución tanto respecto a su creación como a su reforma, es exclusiva de colectividades circunscritas a una entidad estatal. En este rasgo reside no sólo la piedra fundamental de la Teoría del Poder Constituyente, sino posiblemente también su talón de Aquiles, ante los fenómenos políticos más relevantes de la actualidad en el ámbito internacional.

1.2. Poder Constituyente Derivado

1.2.1. Aspectos conceptuales y naturaleza

A pesar de su singularidad, el Poder Constituyente Originario no es el único fenómeno del que emanan normas constitucionales. Es cierto que de su ejercicio nace una Constitución, pero tras su promulgación y a lo largo de su vigencia el fenómeno constituyente originario no actuará salvo para llevar a cabo otra ruptura, poniendo término al orden constitucional vigente. Precisamente por esta razón, tras la instauración de la nueva Constitución, la creación de normas constitucionales queda a cargo de otro Poder Constituyente, sustancialmente distinto del originario y al que la doctrina da el

nombre de “constituido” o “derivado”.²⁵⁹ La aparición de un tal Poder Constituyente Derivado y su diferenciación del Poder Constituyente Originario, es exactamente la otra vía apta para la limitación del Poder Constituyente Originario a la que se refiere Böckenförde. Tres cosas, según el autor alemán, se alcanzan con esta distinción: el refuerzo de la validez normativa de la Constitución, el reconocimiento de la necesidad de existencia de un poder legitimador supremo y la restricción de la intervención continuada del Poder Constituyente Originario sobre la Constitución que de él deriva, ya sea a través de su manifestación como reforma o como ruptura constitucional.²⁶⁰ Por ello, el autor alemán señala que “(...) esta distinción representa una pieza clásica del trabajo jurídico conceptual sobre el Derecho del Estado democrático.”²⁶¹

Esta figura del Poder Constituyente Derivado se diferencia del originario ya en su misma naturaleza, pues en todas sus características demuestra no ser capaz de desencadenar los mismos efectos que libera el Poder Constituyente Originario.²⁶² A través del Poder Constituyente Derivado surge la competencia para revisar la Constitución. Desde un principio resulta fácil darse cuenta de una diferencia fundamental con el fenómeno constituyente originario: la existencia de la Constitución en cuanto presupuesto que le confiere significado e implica su sujeción a una norma vigente. Esta diferencia tiene una importancia especial pues, aun cuando, al tratar de los límites del Poder Constituyente Originario, ya señalamos la posibilidad de prever su ejercicio por parte de normas constitucionales supervenientes o vigentes desde la promulgación de la Constitución, desde luego ello no significaba que ésta, una vez invocado el Poder Constituyente Originario pudiese someterlo a límites jurídico-positivos respecto a su ejercicio o al contenido de sus decisiones.

²⁵⁹ De aquí en adelante utilizaremos la denominación Poder Constituyente Derivado.

²⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, E.W. Op. cit., 2000, p. 170.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 169.

²⁶² De manera semejante destaca Sánchez Agesta: “De la misma forma que la ley como expresión de la voluntad general puede ejercerse por representación, por un órgano que el pueblo instituye, también la función que establece el orden constitucional puede someterse a un procedimiento y atribuirse a un órgano constituido por el mismo orden constitucional. Así surge un poder constituyente que carece de ese carácter radical que corresponde al poder constituyente genuino. Ya no es una voluntad originaria, sino una competencia determinada por la misma Constitución y sujeta por ella en su ejercicio a procedimiento.” (SÁNCHEZ AGESTA, L. Op. cit., 1966, p. 303, 304).

Es verdad, como ya señalamos, que a lo largo de su ejercicio el fenómeno constituyente se ve sometido a normas de diverso tipo y que eventualmente puede activarse dentro de un mismo orden vigente, pero no es verdad que su desarrollo esté sujeto al orden constitucional pretérito, aunque éste continúe vigente a lo largo del proceso de instauración de una nueva Constitución. Esto revela que el Poder Constituyente Originario, aunque pueda preverse dentro de un orden constitucional dado, no se delimita por una Constitución preexistente. Su fijación a los términos que eventualmente pueda haber previsto la Carta anterior, representa sin duda, una limitación, pero se trata de una autolimitación que dependerá del grado de estabilidad política y será siempre una decisión discrecional del titular del Poder Constituyente Originario ya en ejercicio; una decisión que puede establecer otro rumbo formal o material que no esté en los cánones previamente establecidos por la Constitución vigente. Ello no quiere decir que el Poder Constituyente Originario sea totalmente ilimitado sino que hay un factor de imponderabilidad intrínseco a su manifestación.

El contexto en el que se manifiesta el Poder Constituyente Derivado es distinto. Su fundamento se halla en la propia Constitución, y, por tanto, su manifestación está arraigada en la “norma sobre la reforma” y sujeta a sus prescripciones.²⁶³ De ahí la justificación de utilizar términos diferenciados para ambas manifestaciones. Son poderes constituyentes porque de ambos emanan normas constitucionales. Sin embargo, uno de ellos engendra la Constitución, representa su presupuesto, y por tanto, se caracteriza como originario, inicial; el otro modifica la misma Constitución a través de normas de reforma, en los

²⁶³ Esta distinción es realizada por Carlos de Cabo Martín: “Por tanto, en el interior del concepto de Fuentes cabe distinguir esos dos tipos de Normas: el de las Normas sustantivas o de contenido, a través de las cuales tienen lugar las distintas manifestaciones del Derecho y las puramente formales en cuanto únicamente regulan la forma en la que esas Normas tienen que producirse, señalándose el ámbito competencial y el procedimiento al que deben ajustarse para surgir válidamente. Por consiguiente, aplicando este mínimo esquema de la Teoría general del Derecho al Orden constitucional, resulta que el estudio de la Reforma desde la perspectiva de las Fuentes implica distinguir entre las Normas sobre (producción de) la Reforma y las Normas de Reforma o Reformas concretas realizadas conforme a las anteriores. (...) Y es que, aunque como Normas sobre la producción no regulan contenidos, las Normas sobre la Reforma realizan una determinación del objeto de la Normas de Reforma, es decir, incluyen un aspecto que las configura como Regla de Competencia y no sólo de Procedimiento.” (DE CABO MARTÍN, Carlos de. Op. cit., 2003, p. 29, 30).

términos prescritos y plasmados en el texto constitucional y, por tanto, deriva de la propia Constitución.²⁶⁴

Esta diferencia esencial denota que sobre la naturaleza del Poder Constituyente Derivado no cabe duda alguna: se trata de una manifestación jurídica. Obviamente no se excluye la relevancia política de cualquier alteración efectuada en la Constitución, norma que representa el fundamento de las instituciones políticas estatales. Pero la reforma de la Constitución está fuera lógicamente del nebuloso terreno ubicado entre el Derecho y la Política en el que se manifiesta el Poder Constituyente Originario. Por ello las características del Poder Derivado son menos polémicas y están claramente definidas.

1.2.2. Limitación jurídico-positiva

El Poder Constituyente Derivado se caracteriza por su limitación jurídico-positiva. Su fundamento, como ya señalamos, está en la propia Constitución y su ejercicio presupone parámetros establecidos en el texto constitucional. Las normas procedimentales establecidas en el ejercicio del Poder Constituyente Originario representan el límite evidente al poder de reforma.²⁶⁵ Dos cuestiones

²⁶⁴ Así afirma Sánchez Agesta: "(...) A diferencia del poder constituyente genuino, el poder constituyente constituido encuentra su legitimidad en la legalidad de su función regulada por la Constitución. Su autoridad deriva de la misma Constitución que ha de reformar; de aquí su relativa ineficacia histórica, ya que su autoridad está fundada en el mismo orden que se considera inidóneo o injusto." (*Ibidem*, p. 304). Pedro de Vega converge en el mismo posicionamiento al aseverar: "Todos los intentos de organización jurídica del poder constituyente, para lo único que sirven, en el mejor de los casos, es para privar subrepticamente al pueblo de sus facultades soberanas, en favor de otras instancias u otros órganos estatales. Por idénticos motivos, ningún poder constituido puede salir de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias. Lo que significa que, tan improcedente resulta la pretensión de convertir al poder de reforma, ordenado y regulado en la Constitución, como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente. Un hecho que, como punto de partida, a la hora de fijar la naturaleza del poder de reforma, no admite discusión posible, es el de que se trata de un poder regulado y ordenado en el texto constitucional. En él se basa su competencia. Bien es verdad que la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad extraordinaria, una competencia de competencias. (...) Aunque se entienda como competencia de la competencia, el poder de revisión no por ello deja de tener su fundamento en la Constitución, a diferencia de lo que ocurre con el poder constituyente que, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento." (DE VEGA, Pedro. Op. cit., 1985, p. 235, 236).

²⁶⁵ En este sentido, Pedro de Vega destaca: "Del hecho de que el poder de reforma tenga su base en la Constitución derivan, cuando menos, estos dos corolarios importantes: 1) En primer lugar, que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el

asoman de inmediato ante esta primera característica: ¿Sería posible que el Poder Constituyente Derivado incidiera sobre sí mismo modificando las normas constitucionales que reglamentan su propio procedimiento? O bien, en el caso de que la Constitución no contuviese normas procedimentales ¿se debería suponer que el Poder Constituyente Derivado no existe en un determinado sistema constitucional?

La primera pregunta nos lleva a tratar de un tema al que la doctrina ha recurrido ampliamente. El razonamiento de Alf Ross es un punto de convergencia común entre los más variados autores que abordan esta cuestión. En su obra *Sobre el Derecho y la Justicia*, el jurista danés señala la imposibilidad de la autorreferencia. al afirmar:

“Una proposición no puede referirse a sí misma. (...) Las reglas para esto tienen que estar necesariamente en un nivel que es superior en una grada al nivel de la ley. Pero si se admite esto para la ley, hay que admitir algo análogo para la Constitución. La Constitución, tal como la ley, no puede expresar las condiciones para su propia reforma. (...) Si tales condiciones existieran, ellas estarían establecidas en un plano más alto aún. Pero de hecho no existen.”²⁶⁶

Apoyándose concretamente en el Art. V de la Constitución de los Estados Unidos de América, Ross destaca que en el caso de que una disposición del procedimiento previsto en este artículo incida sobre su propio contenido, modificándolo, ya no estaríamos ante un mero poder de reforma, pues la consecuencia de tal poder “(...) presupone la validez de la norma superior y con ello la existencia continuada de la misma, y mediante derivación no puede establecerse una nueva norma que contraría la que le sirve de

ordenamiento constitucional le confiere. (...) 2) En segundo lugar, que sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas. (...) Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. (...) Sólo cuando el poder de reforma se considera como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia.” (*Ibidem*, p. 237, 238).

²⁶⁶ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 80.

fuente.²⁶⁷ Ross destaca la inadmisibilidad de la autorreferencia, incluso en el caso de un agravamiento del procedimiento, ya que generaría una paradoja insanable. Afirma, por fin:

“(…) todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. (...) Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido sólo es posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extra-sistemático, un cambio fáctico socio-psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento.”²⁶⁸

Aunque la noción de Ross se reconoce mayoritariamente, y permite algunos matices, no hay armonía absoluta en la doctrina. Alessandro Pace, por ejemplo, a pesar de estar de acuerdo con el fundamento del que parte el autor danés, considera que la imposibilidad de la auto-referencia solo se aplica al caso de que la norma que incida sobre el procedimiento de reforma, flexibilice el procedimiento. En el supuesto de que lo agrave, el autor italiano argumenta que no hay ningún impedimento lógico.²⁶⁹

La doctrina se inclina, por tanto, hacia la negación del criterio de la autorreferencia, y justifica este rechazo desde el presupuesto de la seguridad jurídica proporcionada por el ordenamiento. En este sentido, Ignacio de Otto señala que “(…) la norma que confiere un poder de reforma no puede servir de fundamento a la norma que establece otro poder de reforma. (...) Y esto significa que la Constitución es reformable porque hay normas que lo permiten

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 80.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 81.

²⁶⁹ “En la medida en que se asuma, como yo asumo, que la rigidez —es decir, la superioridad formal— deriva en la constitución escrita de su presentarse como fundamental, y no de la previsión de un especial procedimiento de revisión (que, al contrario, la flexibiliza), resultará evidente que la reforma, siendo funcional a la garantía de la constitución rígida, no puede alterar aquel equilibrio entre la conservación del ‘viejo’ orden y la posible apertura hacia el ‘nuevo’ que la norma superior —es decir, la ‘vieja’ constitución escrita— ha pretendido individualizar y prescribir en las normas sobre la reforma. De lo que se deduce que, a menos que no se incorpore en las mismas normas sobre la reforma un eventual contralímite, una modificación constitucional de las mismas bien puede agravar ulteriormente el procedimiento especial, pero no debilitarlo.” (PACE, A. Op. cit., 1997, p. 35, 36).

y regulan esa reforma, pero estas normas no están, a su vez, sujetas a la posibilidad de reforma establecida en otras y, por consiguiente, no son reformables.”²⁷⁰ En el mismo sentido se posiciona Pedro de Vega, que aborda esta imposibilidad específica de reforma de la Constitución como un límite implícito formal a su revisión, y para quien la condición de ley suprema atribuida a la Constitución por la conciencia jurídica contemporánea nos conduce a “(...) considerar como únicamente sostenibles (...) las tesis de quienes defienden que las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional.”²⁷¹

Por otro lado, el dilema que suscita el tema de la autorreferencia puede ser claramente solucionado si nos atenemos a la solución que propone el Prof. Francisco Balaguer Callejón. Cabe señalar que no rechaza la esencia de la negación de la autorreferencia, pero, según afirma, al entenderse que la Constitución es una norma cuya fuente, el Poder Constituyente Originario, manifiesta una naturaleza eminentemente política, y por tanto no se somete a otros condicionamientos que no sean de esta naturaleza, no puede compararse a la manifestación del Poder Constituyente Derivado, sometida a límites jurídicos.²⁷² Tendríamos que suponer, de esta forma que estaríamos ante dos niveles distintos. En este caso,

“(...) la aparente paradoja se explica con una facilidad: el postulado por el que una proposición no puede referirse a sí misma, no es aplicable a la reforma de la Constitución. En efecto, la reforma no es una proposición que se refiera a sí misma porque reforma y Constitución son dos fuentes distintas, expresiones ambas de una voluntad normativa de naturaleza diferente, con desigual potencialidad jurídica y sometidas a un régimen diverso. (...) La reforma es expresión de un poder constituido (...); la Constitución es expresión de un poder constituyente. Sólo si privamos a la reforma de su naturaleza jurídica, convirtiéndola en poder constituyente, podremos decir que se trata de una fuente que, por ser entonces Constitución, no puede valer

²⁷⁰ DE OTTO, I. Op. cit., 1991, p. 66.

²⁷¹ DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p. 283.

²⁷² “Es cierto que una fuente no puede establecer límites para sí misma que condicionen la actividad del poder normativo futuro. Esa tesis es correcta, pero no lo son, sin embargo, la de que la Constitución no puede determinar su propia reforma (y, por tanto, imponer límites a la misma), ni la de que la reforma de la Constitución se sitúa en un nivel superior a la propia Constitución. Ocurre justamente lo contrario: es la reforma de la Constitución la que se sitúa en un nivel inferior a la propia Constitución y la que se somete plenamente (mientras intervenga como poder jurídico) a la propia Constitución.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 1992, p. 37, 38).

jurídicamente como límite a las modificaciones de la Constitución más que si se la considera como una fuente superior. Pero, desde la teoría del poder constituyente, la aparente contradicción que supone la previsión de procedimientos de reforma constitucional se resuelve fácilmente. En efecto, el poder constituyente se agota con la aprobación misma de la Constitución, por lo que no hay, desde el punto de vista jurídico, autolimitación alguna de un poder de naturaleza política que se extingue en el preciso instante en que el poder jurídico (la Constitución) comienza a operar. Los límites constitucionales a la reforma no son, en sentido estricto, límites al poder constituyente, sino la expresión de un poder distinto, de naturaleza jurídica (el poder de reforma), que interviene sólo dentro del marco constitucional.”²⁷³

En lo que respecta a la segunda cuestión, referente a la hipótesis de que no exista una previsión de reforma del texto constitucional porque el constituyente ha silenciado las normas procedimentales aptas para modificar la Constitución, la polémica converge inequívocamente hacia la constatación de que es forzoso comprender que ahí no se planteará la dicotomía Poder Constituyente Originario / Derivado. Parte de la doctrina afirma que, en este contexto, nada impediría el ejercicio de un nuevo Poder Constituyente Originario, pero también que ya no podríamos hablar de reforma constitucional porque no está expresamente prevista, a no ser que se flexibilizara arbitrariamente la Constitución. En efecto, esto parece suficientemente determinante para Alessandro Pace, que desde la tesis del paralelismo de las formas afirma que sólo otro ejercicio del Poder Constituyente Originario podría alterar un texto en el que no se dispusiera una norma para la reforma constitucional: “En efecto, allí donde el poder constituyente no tenga un origen monárquico, el paralelismo de las formas aunque sea científicamente criticable, constituye una alternativa políticamente realista que permite aportar modificaciones a una constitución en otro caso inmodificable.”²⁷⁴ Sin embargo, para otra facción de la doctrina, la gradual flexibilización de la Constitución es ciertamente la consecuencia de la ausencia de un procedimiento de reforma en el texto constitucional.

Para esta corriente doctrinal, es cierto que el mecanismo de la rigidez constitucional se encuentra generalizado igual que el principio de supremacía, no obstante, al trabajar con la hipótesis de que una Constitución escrita no

²⁷³ *Ibidem*, p. 38.

²⁷⁴ PACE, A; VARELA SUANZES, J. Op. cit., 1995, p. 79.

incluye en su texto un procedimiento de reforma constitucional, posiblemente se estaría ante un grave problema constitucional, pero no necesariamente ante una Constitución flexible. Si, además, en el hipotético texto fuese consagrada su supremacía, el dilema y los problemas generados por esta omisión solo se podrían resolver mediante la suposición de la continuidad del Poder Constituyente, incluso tras la instauración de la Constitución. Si no fuese así, se podría suponer que una Constitución que silenciara su propia reforma podría sufrir la incidencia de la legislación ordinaria. Ahora bien, en este supuesto se hipertrofiaría el valor de la rigidez constitucional, transformándola en el fundamento de la Constitución ya que, de su ausencia en el texto, se deduciría la pérdida de la supremacía y del vínculo normativo ejercidos por la Constitución.

Discrepando de Pace, algunos autores partidarios de esta corriente, niegan que la Constitución tenga que ser rígida simplemente porque sea escrita, sobre todo porque este autor no reconoce el papel del Poder Constituyente para llegar a esta específica condición. Por el contrario, afirman que la Constitución será rígida por ser obra de un Poder Constituyente, aunque tal rigidez, asociada a la supremacía, implique la necesidad de que para la modificación de su texto sea necesaria una manifestación de un nuevo fenómeno constituyente.²⁷⁵

El carácter instrumental de la revisión constitucional, que permite la durabilidad del contenido de la Constitución y al mismo tiempo, su apertura al dinamismo de la realidad en la que se inserta, deja sin embargo de existir en el supuesto de no haya un procedimiento de reforma. Este cuadro ya había sido señalado por Bryce.²⁷⁶ La conclusión, ante la contradicción de que una

²⁷⁵ Precisamente en este sentido se manifiesta Manuel Aragón-Reyes: “El hecho de que en una Constitución no establezca un mecanismo especial de revisión no tiene por qué significar, en principio, que tal Constitución sea flexible, esto es, que pueda ser modificada por la ley ordinaria, pues siendo la Constitución un producto del poder constituyente, el silencio sobre su reforma, o sea, el no haberse previsto en ella la existencia de un poder constituyente-constituido, no puede llevar a la conclusión, en modo alguno, de que tal facultad reside en un poder constituido (el legislativo).” (ARAGÓN REYES, M. Op. cit., 1998, p. 102).

²⁷⁶ Para el autor inglés la flexibilización del Estatuto Albertino y la exposición de la Charte Constitutionelle que debía ser derribada eran fenómenos suficientemente elocuentes para concluir: “Una Constitución situada fuera del poder de la legislatura puede o no puede ser susceptible de alteración en forma legal. Existen casos de establecimiento de una Constitución sin provisión alguna en orden a sus modificaciones y cambios; ejemplos se encuentran entre las constituciones otorgadas por los monarcas a sus súbditos; pero en casos así se puede

determinada Constitución pretenda permanecer incólume a lo largo de la eternidad y la inseguridad jurídica provocada por un ejercicio intermitente del Poder Constituyente Originario todas las veces que el texto constitucional precisase de una actualización, no es otra que la de considerar que al no existir un procedimiento de reforma se provoca la flexibilización de la Constitución.²⁷⁷

La tipología de los límites al ejercicio del Poder Constituyente Derivado admite su clasificación en al menos dos grandes grupos.²⁷⁸ El primer de ellos incluye las limitaciones de carácter formal —en cuyo análisis profundizaremos cuando nos detengamos en la siguiente característica—; el segundo, se refiere a limitaciones de carácter material. Esta última, cuando se presenta, generalmente se configura en términos absolutos y expresos en forma de cláusulas de intangibilidad. Tales disposiciones constitucionales impiden la acción del legislador ante ciertas materias cuya relevancia se haya consagrado

sostener que el otorgante se reserva la facultad de modificar su concesión. Nada importa que en el documento no se exprese ninguna obligación bilateral innecesaria.” (BRYCE, J. Op. cit., 1988, p. 76).

²⁷⁷ En este sentido, siguiendo el posicionamiento de Guizot y Thiers, Pedro de Vega señala: “A la negación de la separación entre poder constituyente y poder constituido, que se encuentran fundidos como ‘expresión de la soberanía social organizada —según la fórmula de Guizot— en los tres poderes que la Constitución reconoce’, acompañará la negación de la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria. Con lo cual, al perder la Constitución su carácter de ley suprema, deja de ser un sistema cerrado de normas, a través de las cuales se ordena efectivamente la vida del Estado, para convertirse (...) en un conjunto de principios, explotables con mayor o mejor fortuna en el campo de la retórica política, pero sin significación jurídica precisa.” (DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p. 86, 87).

²⁷⁸ Aunque no esté entre nuestros objetivos profundizar el análisis del tema de los límites a la reforma constitucional, cabe señalar que la clasificación de tales límites obedece criterios que varían ligeramente (mayoritariamente por diferencias pertinentes a la nomenclatura), de autor a autor. Así, Pedro de Vega trata de límites autónomos (impuestos por el propio ordenamiento constitucional) y heterónomos (impuestos por fuentes externas al ordenamiento constitucional), explícitos (formulados de forma expresa en el texto constitucional) e implícitos (deducidos indirectamente de los presupuestos en los cuales se asienta el sistema constitucional), absolutos (no admiten revocación) y relativos pasibles de eliminación a través de procedimientos especiales). (DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p. 240-303). Canotilho, por otro lado, divide los límites entre formales y materiales, éstos últimos subdividiéndose en superiores (no pueden ser objeto de revisión porque constituyen el meollo de la Constitución) e inferiores, expresos (previstos en el propio texto constitucional) y tácitos (límites deducidos del texto constitucional aunque no expresos), absolutos (no pueden ser superados por un poder de revisión) y relativos (condicionan pero no impiden la modificación de las normas constitucionales). Los límites formales, sin embargo, se caracterizarían respecto al titular del poder de revisión, mayorías deliberativas, conveniencia temporal, legitimidad del órgano revisor y circunstancias prohibitivas de reforma. (GOMES CANOTILHO, J.J. Op. cit, 1997, p. 990 – 1002). Vergottini, por otro lado, los divide en explícitos (indicados formalmente en el documento constitucional) e implícitos (aquellos deducidos de las instituciones que corresponden a la parte esencial de la Constitución, sustanciales (pertinentes a la intangibilidad de instituciones consideradas esenciales para la supervivencia de la Constitución) y temporales (inmodificabilidad en circunstancias particulares o relativa al hecho de no haber transcurrido un período mínimo desde la adopción de la Constitución o de la reforma precedente). (DE VERGOTTINI, G. Op. cit., 1983, p. 171 – 173).

de tal forma por el Poder Constituyente Originario hasta el punto de que queden dotadas de una súper rigidez, fuera del alcance del Poder Constituyente Derivado.²⁷⁹ Respecto a esta cuestión Pedro de Vega se manifiesta argumentando que tales disposiciones constitucionales se exponen a graves debilidades político-institucionales: “Su introducción en los textos constitucionales (aunque efectivamente pueda responder en ocasiones a contingentes, accidentales y momentáneas razones políticas) tiene como finalidad básica asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer.”²⁸⁰

El Poder Constituyente Derivado también se somete a limitaciones de carácter circunstancial destinadas a preservar la Constitución en períodos de crisis político-institucional. Dado que en tales momentos el equilibrio de los Poderes se encuentra, por regla general, alterado, y no pocas veces la propia estabilidad democrática se ve amenazada, el ejercicio del Poder Constituyente Derivado, se sujeta, en tales supuestos, a limitaciones o incluso a una virtual parálisis.²⁸¹

²⁷⁹ Varias son las constituciones que establecen cláusulas de intangibilidad. A continuación ofreceremos algunos ejemplos. Constitución de la República Federal de Alemania, Art. 79.3: “Toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Estados federados, su participación en el proceso legislativo o a los principios establecidos en los artículos 1 y 20 estará prohibida.” Constitución de la República Portuguesa, Art. 288.1: “Las leyes de revisión constitucional tienen que respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado; b) La forma republicana de gobierno; c) La separación de las Iglesias y el Estado; d) Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) Los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; (...) j) La separación y la interdependencia de los órganos de soberanía; (...) m) La independencia de los tribunales.” Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 60, § 4º, I a IV: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I- la forma federativa de Estado; II- el voto directo, secreto, universal y periódico; III- la separación de los Poderes; IV- los derechos y garantías individuales.” Constitución de la República Italiana: Art. 139: “La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional.” Constitución francesa, Art. 89: “(...) No podrá ser iniciado, ni proseguir ningún procedimiento de reforma, que atente contra la integridad del territorio. La forma republicana de Gobierno no podrá ser objeto de revisión.” Constitución de Grecia, Art. 110: “Las disposiciones de la Constitución pueden ser objeto de revisión, con la excepción de las que determinan el fundamento del régimen político como República parlamentaria, y las del apartado 1 del artículo 2, de los apartados 1, 4 y 7 del artículo 4, de los apartados 1 y 3 del artículo 5, del apartado 1 del artículo 13 y del artículo 26.”

²⁸⁰ DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p. 248.

²⁸¹ Constitución belga, Art. 196: “Ninguna revisión de la Constitución puede iniciarse ni continuarse en tiempo de guerra o cuando las Cámaras se encuentren impedidas de reunirse libremente en el territorio federal.” Constitución española, Art. 169: “No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116.” Constitución de la República Portuguesa, Art. 289: “No se podrá realizar ningún acto de revisión constitucional durante la vigencia del estado de sitio o del estado de emergencia.” Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 60, § 1º; La Constitución

1.2.3. Condicionamiento formal

Otra característica del Poder Constituyente Derivado, que presupone y exterioriza la rigidez constitucional, y que se encuentra profundamente relacionada con los límites jurídicos, es la de su condicionamiento formal. Contribuye a esta característica el hecho de que, generalmente, el procedimiento de reforma de la Constitución se halla delineado en el propio texto, de modo que el ejercicio del poder revisor se condiciona plenamente al que está previsto en las disposiciones constitucionales. Este condicionamiento, como ya señalamos más arriba, es extremadamente heterogéneo. Sin embargo, en términos generales, podemos observar una cierta estandarización a través de tres aspectos relativos, respectivamente, al poder de iniciativa, al procedimiento de tramitación de la propuesta de reforma, y al quórum necesario para su aprobación.

La titularidad del poder de iniciativa se orienta hacia la limitación de los agentes políticos capaces de desencadenar el procedimiento de reforma a través de la presentación de un proyecto destinado a ese fin. El elenco puede estar compuesto de forma bastante variada pero siempre será limitado, a fin de que no se ponga en peligro la estabilidad de la Constitución por una ampliación excesiva de aquellos que estarían capacitados para iniciar la reforma constitucional.²⁸² Por otro lado, el procedimiento que caracteriza el no podrá ser reformada a lo largo de la vigencia de la intervención federal, de estado de defensa o de estado de sitio.

²⁸² Constitución belga, Art. 195: "El Poder legislativo federal tiene el derecho de declarar que es procedente la revisión de las disposiciones constitucionales que él designe." Constitución española, Art. 166: "La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87", Art. 87, 1 y 2: "La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras; Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa." Constitución francesa, Art. 89: "La iniciativa de la revisión de la Constitución pertenece conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento." Constitución de Grecia, Art. 110.2: "La necesidad de revisar la Constitución se constata por una resolución de la Cámara de los Diputados dictada, a propuesta de al menos cincuenta diputados, y con la mayoría de tres quintos del número total de sus miembros, en dos votaciones separadas por un intervalo de la menos un mes. (...)." Constitución de la República Portuguesa, Art. 285.1: "La iniciativa de la revisión compete a los diputados." Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 60, I, II e III: "La Constitución podrá ser revisada mediante propuesta: I- de un tercio, en el mínimo, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; II- del Presidente de la

trámite de la propuesta de reforma revela elementos formales más evidentes, pues, a través de él generalmente se yerguen los obstáculos más considerables y se efectúa el rechazo de un proyecto de revisión constitucional. Aquí la heterogeneidad alcanza un grado que hace difícil rechazar un análisis general y abstracto que no considere las peculiaridades de cada sistema constitucional específico.²⁸³ Por fin, el quórum para la aprobación aparece como el punto neurálgico del condicionamiento formal, ya que singulariza cuantitativamente el consenso mínimo necesario para efectuar la alteración en el texto constitucional frente al que es necesario para llevar a cabo modificaciones en la legislación ordinaria.²⁸⁴

República; III- de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose, cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros.”

²⁸³ Reiterando esta afirmación, al clasificar la reforma constitucional en relación al procedimiento de actuación, Biscaretti di Ruffia señala: “Los procedimientos agravados seguidos por los órganos legislativos ordinarios suelen asumir formas variadísimas (también porque, a menudo, varios gravámenes se suman en un sólo tipo); pero, de todos modos, pueden diferenciarse sustancialmente por lo menos las siguientes: a) la mayoría calificada (...); b) la doble aprobación distanciada temporalmente (...), tras la celebración de nuevas elecciones (...); c) la decisión de reformar un artículo de la Constitución y la aprobación específica de tal modificación efectuadas en dos legislaturas sucesivas, de modo que las elecciones, celebradas entre éstas, asumen al respecto el significado de un referéndum entre las variadas opciones propuestas por los partidos en liza (...); d) la integración por aprobación parlamentaria con un referéndum facultativo. Sin embargo, suele hablarse en sentido estricto de procedimiento agravado sólo cuando la diversidad del procedimiento legislativo afecta a la verdadera actividad constitutiva de la norma y no ya a la actividad meramente introductoria (iniciativa, dictámenes facultativos y obligatorios, etc.).” (BISCARETTI DI RUFFIA, P. Op. cit., p. 265).

²⁸⁴ Constitución de Austria, Art. 44.1: “Las leyes constitucionales o las disposiciones constitucionales contenidas en las leyes ordinarias no podrán ser aprobadas por el Consejo Nacional más que con la mitad, al menos, de sus miembros presentes y si obtienen una mayoría de dos tercios de los votos emitidos (...)”. Constitución de la República Federal de Alemania, Art. 79.2: “Una ley de este carácter necesita la aprobación de dos tercios de los miembros del Consejo Nacional y de dos tercios de los votos del Consejo federal.” Constitución de Bélgica, Art. 195: “En este caso, las Cámaras no pueden deliberar sino están presentes dos tercios, como mínimo, de los miembros que las compongan; y no puede aprobarse ningún cambio si no obtuviera, por lo menos, dos tercios de los votos.” Constitución española, Art. 167 y 168: “Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. (...) Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.” Constitución de Francia, Art. 89: “No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma será aprobado, solamente, si obtiene una mayoría de los tres quintos de los votos emitidos.” Constitución de la República Italiana, Art. 138: “Las leyes de revisión de la Constitución y las otras leyes constitucionales son adoptadas por cada una de las Cámaras (...) y aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada una de las Cámaras en la segunda votación. (...) No ha lugar a referéndum si la ley es probada en la segunda votación por cada una de las dos Cámaras con la mayoría de los dos tercios de sus respectivos miembros.” Constitución de la República Portuguesa, Art. 286: “Las modificaciones a la Constitución son aprobadas por mayoría de dos tercios de los diputados en efectividad de funciones.” Constitución de la República Federativa de Brasil: “La propuesta será discutida y votada en cada Casa del Congreso Nacional, en dos vueltas, considerándose aprobada si obtiene, en ambos, tres quintos de los votos de los respectivos miembros.”

1.3. Mutaciones constitucionales

El Poder Constituyente Derivado es el poder, o mejor dicho, la competencia de revisar la Constitución, que permite su adaptación a los diversos cambios a los que una sociedad eventualmente se enfrenta. Como hemos expuesto, su manifestación sigue procedimientos específicos, delimitados formalmente por la fuerza política que crea la Constitución. Ahora bien, si es verdad que toda revisión implica la incidencia del cambio en la Constitución, no es igualmente cierto que todo cambio en la Constitución sobrevenga mediante su revisión formal. Aun cuando se considere que la Constitución es la norma más importante del ordenamiento y que su rigidez es una cualidad imprescindible para la estabilidad de éste, no es posible sustraerla a la, muchas veces, arrolladora dinámica político-social. Así que, en ciertas circunstancias, la Constitución es modificada por procesos que no se expresan por los cauces formales establecidos en las cláusulas constitucionales que delimitan la manifestación del poder constituyente derivado. La doctrina constitucional no se olvidó de estos fenómenos a los que, sobre todo a la luz de la contribución germánica sobre el tema, les atribuye la denominación de mutaciones de la Constitución. El análisis de su concepto, clasificación y límites constituye el cierre de esta etapa de nuestro trabajo.

La Constitución es una forma de regulación social del presente al tiempo que pretende proyectarse hacia el futuro. Como hemos visto, el mecanismo de reforma constitucional traduce esta intención intrínseca en las manifestaciones constituyentes. Ahora bien, no todos los fenómenos político-sociales se mueven en los senderos formales que delimita la Constitución. De hecho, no será por manifestarse bajo un orden constitucional que los fenómenos políticos se vuelvan más disciplinados. De modo que aunque siga vigente y efectiva una Constitución, siempre perdurará una tensión entre su función reguladora y el desafío a sus prescripciones que imponen las fuerzas políticas existentes. La mutación constitucional representa una forma aminorar esta tensión a falta del

ejercicio de la reforma constitucional. En efecto, ambos fenómenos deben analizarse, siempre que sea posible, a la vez.²⁸⁵

Jellinek lleva al extremo esta peculiar relación entre norma y realidad y su posible descompás tras haberse remitido, desde una perspectiva positivista, a la relevancia de las leyes fundamentales.²⁸⁶ Consciente de la naturaleza jurídica de la Constitución y razonando que todo el Derecho se halla sujeto al cambio, establece el concepto de mutación en contraposición al de reforma de la Constitución.²⁸⁷ Ahora bien, la idea de que solamente la inercia ante la necesidad de efectuar la reforma —concretada, según Jellinek, a través de la abrogación, alteración del texto o sustitución de las leyes constitucionales— podría despertar un contenido subyacente a la Constitución escrita no sería cierta. En cambio, Jellinek afirma que tal contenido podría perdurar al modificarse el texto de la Constitución o, incluso, al cambiarse la Constitución por completo. Atribuye esta permanencia a la existencia de un Derecho Consuetudinario que seguiría siendo eficaz aunque estuviera desprovisto del amparo de un texto constitucional.²⁸⁸

Así establecidos los conceptos y los aspectos generales de ambos fenómenos, Jellinek pasa a desarrollar una tipología de las mutaciones constitucionales. Esta tipología empieza por los actos que generan las instancias de la esfera político-institucional. En este sentido el autor destaca

²⁸⁵ Atento a esta ineludible relación entre las dos manifestaciones de cambio en la Constitución, Pedro de Vega destaca: "(...) si la adaptación de la realidad jurídico-normativa a la realidad histórica puede producirse, tanto a través de la reforma como a través de la mutación, es claro que mutación y reforma tienen que aparecer como términos en cierta manera complementarios y excluyentes. En la medida en que un ordenamiento se vea sometido a reformas continuas, la mutación dejará de tener sentido. Y a la inversa, en la medida en que la reforma se contemple con recelo y no se recurra a ella, proliferarán ineluctablemente como sustitutivos las mutaciones constitucionales." (DE VEGA, P. Op. Cit., 1985, p. 180, 181).

²⁸⁶ "El legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle. Tales poderes no se arredran de ninguna manera ante leyes más elevadas y profundas." (JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 6).

²⁸⁷ "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionales. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación." (*Ibidem*, p. 7).

²⁸⁸ "De tales hechos inferimos que la abolición de las leyes no implica necesariamente y como consecuencia, la de los preceptos que contienen. Pueden mantenerse en adelante como Derecho consuetudinario lo cual es prueba de que tenían ya, antes de la abolición de la ley, el doble carácter de Derecho escrito y consuetudinario, de ello, sin duda, no se tenía conciencia mientras la ley estaba vigente." (*Ibid.*, p. 10).

como fuentes de mutaciones de la Constitución la práctica parlamentaria, la administrativa y la jurisdiccional²⁸⁹. En los dos primeros supuestos se pueden generar contextos en los que la aprobación de una norma contraria a la Constitución sea un hecho posible y contra el que no quepa ninguna alternativa²⁹⁰. Por otro lado, para ilustrar el fenómeno de mutaciones de la Constitución en el ámbito jurisdiccional, Jellinek analiza el ejemplo americano en el que una Constitución con pocos preceptos logró un mayor alcance a través el contenido que le confirió la interpretación del Tribunal Supremo al ejercitar la jurisdicción constitucional. Esta incidencia sobre el contenido material de la Constitución, a pesar de no ser absoluta al matizarla el equilibrio de los poderes, impulsaría a los tribunales a trascender el ámbito propiamente jurisdiccional y al juez a asumir la posición de legislador constitucional, mediante una actuación con fuerte contenido político.²⁹¹ Otro ejemplo de mutación constitucional sería la derivada de la necesidad política. Cambios en la Constitución, sin implicar su modificación formal, que provocarían conductas contrarias a ésta. Dichas conductas estarían justificadas por la urgencia de circunstancias no previstas en el momento del fenómeno constituyente pero que se habrían generado a lo largo de la vigencia de la Norma Fundamental.²⁹²

²⁸⁹ “No obstante, los límites de la Constitución, como los de la ley, son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no lo querían o, por lo menos, no lo pretendían explícitamente. (...) Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administración o gubernamental y la de los tribunales.” (*Ibid.*, p. 15, 16).

²⁹⁰ “En lo que atañe a los Parlamentos en principio tienen que decidir, ante todo, sobre la constitucionalidad de sus resoluciones. Si la resolución del Parlamento depende de un acto del Gobierno para alcanzar su validez, entonces cabe la posibilidad de evitar una desviación de la Constitución. Sin embargo, cuando la decisión gubernamental coincide con la parlamentaria, entonces no hay ningún medio para evitar tal desviación. Ahora bien, si una Cámara aprueba de manera definitiva una resolución que contraviene a la Constitución, entonces no hay posibilidad alguna de que tengan validez las prescripciones constitucionales. Si se da de forma constante una actuación inconstitucional de este tipo, puede surgir una mutación de la Constitución.” (*Ibid.*, p. 16).

²⁹¹ “(...) Por lo tanto, en América, el juez ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No sin razón se califica a los tribunales, en América, como tercera cámara legislativa. El juez se encuentra al decidir sobre la constitucionalidad de las leyes bajo la presión enorme de la opinión pública, a menudo escindida en partidos, porque en la democracia se incide con fuerza irresistible sobre todo el que actúa en la vida pública. Por lo tanto, la opinión del juez sobre la ley en cuestión está, por mucho que se piense objetivamente, teñida políticamente en muchos casos.” (*Ibid.*, p. 25, 26).

²⁹² “No sólo en los momentos cruciales de la historia de los Estados, también durante el curso de la vida normal de los mismos, esa necesidad puede surgir de manera sorprendentes y transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución. (...) Muy a menudo la institución planeada sufrirá, en semejantes casos, sin cambio alguno de los textos legales afectados una transmutación posiblemente muy profunda, a causa de circunstancias previstas

Caracterizándolas como una experiencia constitucional más cercana a la realidad inglesa que a la continental, Jellinek considera las convenciones una tercera modalidad de mutación constitucional. Estas convenciones serían la consecuencia de conductas nacidas en el ámbito de la regulación de los órganos supremos del Estado, como expansiones prácticas de carácter discrecional que se generan en el desarrollo de competencias atribuidas constitucionalmente sin la debida previsión formal y que, según Jellinek, manifiestan naturaleza jurídica aunque flexible.²⁹³ Destaca, también, la mutación derivada del desuso de facultades previstas constitucionalmente; y concentra su atención en los ejemplos concretos del derecho de sanción y veto y en la responsabilidad ministerial, al señalar: “De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible”²⁹⁴. Su tipología concluye indicando las lagunas constitucionales como fuentes de mutaciones constitucionales y sugiriendo la subversión del sistema constitucional y la subsiguiente reconstrucción completa del Estado a causa del advenimiento de tales fenómenos, sin que ello suponga su total destrucción²⁹⁵.

o imprevistas, y talvez en seguida o al poco tiempo.” (*Ibid.*, p. 29)

²⁹³ “Esas reglas convencionales conforman, en su conjunto, una ética política, cuyos mandatos son y tienen que ser rigurosamente seguidos. Pero esta ética se extiende, en Inglaterra, mucho más allá del campo jurídico. Pocos pueblos, como éste, han configurado toda su realidad social conforme a un firme entramado de reglas convencionales que llega a todas partes y si es posible quiere introducirse en resto del mundo. De mismo modo ha conformado en el ámbito político reglas estrictas para el individuo y los partidos, que orientan la vida pública entera siguiendo firmes derroteros. Aquí nos interesan sólo aquellas reglas que se refieren al ejercicio del poder por los órganos supremos del Estado. Así veremos cómo se atribuyen a sus competencias políticas un contenido determinado, sea amplio o limitado, sin que éstas mismas sean violadas de algún modo en su estado formal.” (*Ibid.*, p. 38).

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 51.

²⁹⁵ “Es cierto que este descubrimiento, imprevisto, de la existencia de lagunas constitucionales puede producir una mutación de la Constitución si la situación fáctica induce a un reconocimiento del Derecho consuetudinario y se le atribuye un significado normal. Pero, por regla general, la comprobación de lagunas Constitucionales corresponde al legislador, porque la reforma de la Constitución es el camino más seguro para colmar completamente tales lagunas. (...) Ahora bien, voy a arriesgarme a escalar un punto de vista más alto y a emprender la tarea audaz de señalar el problema más elevado y profundo de la mutación constitucional. (...) Son incomparablemente más instructivas que todas las mutaciones constitucionales, en debate, relativas a este o aquel texto de la Constitución, aquéllas que sin una repentina conmoción del Estado, sin plena destrucción del orden estatal vigente, muestran ¡como resultado final! La completa reconstrucción del mismo. Para que esto se produzca se necesita mucho tiempo y la actuación de poderosas fuerzas históricas.” (*Ibid.*, p. 56, 57).

Otra aportación para la clasificación de las mutaciones de la Constitución, desarrollada bajo la vigencia de la Constitución de Weimar y desde un concepto de Constitución en sentido material, la hizo Hsü Dau-Lin al dedicar atención al tema. Atento a los pasos dados por Laband y Jellinek en planteamientos anteriores, define la mutación sucintamente como “(...) la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro.”²⁹⁶ A partir del concepto de Constitución que desarrolla Smend,²⁹⁷ Dau-Lin intenta ubicar la teorización en torno al fenómeno de la mutación constitucional en un ámbito más estable que aquél en el que lo hicieron sus antecesores. En suma, intenta delimitar este fenómeno como problema constitucional. A lo largo de su argumentación demuestra tener en cuenta las limitaciones intrínsecas a la Constitución escrita, apartándose de la idea de una regulación completa y minuciosa de la dimensión jurídica estatal atribuible a ésta.²⁹⁸

A partir de la atribución de una doble naturaleza a la Constitución en cuanto conjunto de normas positivas y “(...) modo de existencia del Estado, como un sistema significativo, omnicomprensivo, determinador que se mantiene idealmente solo mediante proposiciones indicadoras esquemáticas”²⁹⁹, Dau-Lin, lógicamente, atribuye una doble naturaleza al concepto de mutación constitucional, refiriéndose a la mutación formal y material. Aquélla ocurriría “(...) cuando las normas positivas de una Constitución escrita ya no guardan congruencia con la situación constitucional

²⁹⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29.

²⁹⁷ “La Constitución es el orden jurídico del Estado, más exactamente de la vida en la cual el Estado tiene su realidad vital’ (SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, pág. 76). Esto es válido en igual medida para todo Estado y para su Constitución. Pues que con independencia de la concepción teórica de la Constitución como una normación del proceso estatal de integración, o de la identificación dogmática entre Constitución, ordenamiento jurídico y Estado existe, efectivamente, para cada Estado en su Constitución escrita, un sistema ideal de sentido, en el cual se estatuye normativamente su existencia legítima de cuyo tenor se configura realmente su existencia actual.” (*Ibid.*, p. 157)

²⁹⁸ “Si el sentido de la Constitución abarca al Estado como totalidad, entonces hay que negar de tres maneras la idea de una regulación completa de las relaciones jurídicas existentes y posibles en el Estado mediante su Constitución: no es misión propia de la Constitución, técnicamente no es posible, la Constitución no lo pretende (...), más bien las Constituciones pueden 'abarcar su objetivo solamente de manera esquemática y sólo en puntos concretos (...)'. Si las normas constitucionales esquemáticas resultan insuficientes, en la realidad jurídica estatal, para superar y dominar jurídicamente de manera exhaustiva y óptima los mil fenómenos vitales de la realidad estatal intermitente, esto es una necesidad natural y de ningún modo deficiencia o 'Aporias'.” (*Ibid.*, p. 158).

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 169.

real, cuando surge una diferencia entre el derecho constitucional escrito y el efectivamente válido”³⁰⁰. Por otro lado, estaríamos ante una mutación material “(...) cuando en la realidad de la vista estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema —no importa si son determinadas por normas o solamente están en ellas implicadas significativamente— incorporadas a la Constitución. Puede ser un instituto jurídico que no corresponde enteramente al sistema indicado en la Constitución, pueden ser circunstancias reales que impiden la realización de una intención declarada en las normas constitucionales”.³⁰¹ Conforme argumenta, los planteamientos anteriores no destacaron esta distinción, a la que confiere notable relevancia, ni siquiera el de Jellinek, que siempre privilegia la mutación en sentido formal. Sin embargo, según razona, la noción de mutación material no solamente se hallaba allí implícita, sino que cobraba más relevancia a medida en que la doctrina constitucional abandonaba la perspectiva formalista. Para Dau-Lin las dos modalidades de mutaciones no tienen porque venir juntas, siendo posible la manifestación de una mutación de carácter formal desvinculada de la material.³⁰² Ahora bien, pueden surgir situaciones en las que ambas coincidan o en las que solamente se manifieste la mutación en sentido material y, entonces, surgen los problemas. Ello porque mientras la mutación únicamente formal no significaría más que ampliaciones permitidas por la Constitución, aunque contrarias formalmente a su texto, la mutación en sentido material podría traer a colación una contraposición al sistema.

Ante este contexto, Hsü Dau-Lin señala que una de las consecuencias de la diferenciación entre mutaciones constitucionales en sentido formal y en sentido material —en la que culmina su razonamiento—, es la comprensión de que las mutaciones surgen como parte del universo político en el que se insiere el Estado. Los dos polos que podrían conferir un fundamento explicativo a su

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 169.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 169.

³⁰² “Si la esencia de la Constitución no se agota en sus artículos individuales, si los artículos escritos son más bien sólo ‘indicaciones y limitaciones’ del sistema indicado por el sentido de la Constitución, entonces una mutación constitucional, en sentido formal, no significa, necesariamente, a la vez, también una mutación constitucional en sentido material. (...) En cambio, una mutación constitucional en sentido material no es, necesariamente a la vez, una mutación en sentido formal. Esto ya lo hemos señalado en los casos de mutación constitucional mediante una práctica constitucional que formalmente no infringe la Constitución.” (*Ibid.*, p. 171).

indiscriminada incidencia serían, por un lado, la naturaleza no resignada de este universo político que tensa al máximo la regulación constitucional que sobre él incide; y, por otro el otro, la naturaleza abierta, ambigua, axiológicamente cargada y, en todos casos, insuficiente de esta regulación. De modo que la incidencia de las mutaciones constitucionales tendría no solamente un carácter complementario y ampliador del sistema constitucional, sino que operaría un cambio de rumbo cuando sobreviniera en sentido contrario a la Constitución y de forma inexorable, impasible de ser suprimida o impedida.³⁰³

La tipología propuesta por Dau-Lin incluye cuatro clases de mutación constitucional. La primera de ellas supondría una práctica estatal que no violaría formalmente la Constitución. Según Dau-Lin, en “(...) tal caso se ignora un artículo concreto de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional. La tensión que puede observarse aquí se da entre la situación real y la situación legal diseñada por la Constitución, no entre lo existente y lo prescrito.”³⁰⁴ Enseguida, corrigiendo a Jellinek al afirmar que lo que modifica a la Constitución es la imposibilidad de cumplirla, al envés del desuso de competencias en ella previstas, Dau-Lin se refiere a la mutación resultante de la imposibilidad del ejercicio de derechos estatuidos constitucionalmente, señalando que el “(...) derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos se pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a la realidad jurídica.”³⁰⁵ La siguiente modalidad de mutación constitucional

³⁰³ “Más bien habría que decir, después de lo anterior que hay mutaciones constitucionales permitidas y exigidas por la Constitución. Son, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por ella de manera ideal, y hay mutaciones constitucionales, que por cierto no son intencionadas o deseadas por la Constitución, pero que no pueden impedirse ni suprimirse: son mutaciones del sistema de sentido propuesto por ella o de algunas instituciones normativizadas de intenciones manifestadas en el sistema. Sin embargo, todas estas mutaciones siguen sus propios caminos, son constelaciones de la política práctica y de la vida real del Estado. En concreto no dependen de si las normas, o institutos jurídicos, que experimentan la mutación, se conciben como rígidas o elásticas, es decir como opuestas o propensas a las mutaciones. La explicación de las dos clases de mutación constitucional es idéntica: se apoyan en la peculiaridad axiológica del derecho constitucional, en la insuficiencia de las normas constitucionales frente a las necesidades vitales del Estado, en su normativización elástica, en la naturaleza teleológica del Estado, en la autogarantía de la Constitución y en la imposibilidad de fiscalizar los órganos supremos del Estado.” (*Ibid.*, p. 176).

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 32.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 36.

supondría la contraposición directa entre hecho y norma, y se daría “(...) mediante una práctica constitucional que contradice, claramente, la preceptiva de la Constitución, sea por la llamada reforma material de la Constitución, sea por la legislación ordinaria, sea por los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva.”³⁰⁶ Finalmente, coincidiendo con Jellinek, Dau-Lin señala a la interpretación como fuente de mutación constitucional.³⁰⁷

La última contribución que ofrece el trabajo de Hsü Dau-Lin lo distingue del planteamiento que desarrolla Jellinek por el planteamiento, explícito, del tema de los límites de las mutaciones constitucionales, aunque esto no supuso que llegara a distintas conclusiones respecto a las que implícitamente surgieron del pensamiento del autor alemán.³⁰⁸ Dau-Lin se acerca al tema de los límites de este fenómeno como consecuencia de la diferenciación que emprende entre mutación en sentido formal y en sentido material, y, lógicamente, al partir de un concepto de Constitución en sentido material, la ilimitada plenitud de la mutación en sentido material no representa, para él, un problema. Por ello, según razona, no habría un límite al carácter dinámico y elástico de la mutación constitucional, aunque incidiera sobre contextos políticos como la forma de Estado, o derivada de situaciones límites como la revolución.³⁰⁹ En este sentido, afirma:

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 39.

³⁰⁷ “(...) particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. La norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretende seguirlas, es distinta. Lo que se infiere de la Constitución un día como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas.” (*Ibid.*, p. 45).

³⁰⁸ Atento a esta situación, y respecto a las teorías tradicionales, Hesse señala: “Ninguna desarrolla parámetros precisos y demostrables, que excluyan la tentación de ‘puentear’ la Constitución invocando la presencia de una mutación constitucional. (...) De ahí que, no sin razón, se encuentre precisamente la teoría de la mutación constitucional expuesta al reproche de que debilita, tanto en conjunto como puntualmente, el sentido normativo de la Constitución. Esa delimitación se reconduce en último término al hecho de que el ‘problema nuclear de la Teoría de la Constitución, el ‘problema fundamental de toda sociología del Derecho y del Estado’, concretamente la determinación de la relación entre ‘realidad’ y ‘norma’, entre ‘normalidad’ y ‘normatividad’ en el Derecho constitucional no se halla resuelto por entero. La estricta separación entre ambas en las teorías de Laband y G. Jellinek lleva paradójicamente, no a un reforzamiento de lo normativo sino a una capitulación ante la fuerza de los hechos. Allí donde, como en el intento de solución de Hsü Dau Lin, la realidad política se convierte en parte integrante de la Constitución bajo la forma de las ‘necesidades vitales del Estado’ a través del ‘sentido’ de la Constitución y en base a una simplificadora interconexión, una comprensión tan genérica e indiferenciada no llega a ningún otro resultado.” (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 105, 106).

“La idea más próxima a esta cuestión apunta al mismo sistema señalado por la Constitución. Ahora bien, el concepto de la mutación constitucional en sentido material, plantea, necesariamente a la vez, una negación de los límites de la mutación constitucional en el sistema constitucional. Puede ser correcto que en los Estados Unidos la práctica estatal incongruente plenamente con la Constitución, a pesar de todo sus ‘principios generales’ se mantuvieron sin cambio, por ejemplo, ‘el gobierno limitado, los poderes delegados, la supremacía del derecho federal, la protección de los derechos privados, etc.’ (...), pero nuestro análisis anterior muestra que el problema de la mutación constitucional basa su significado, precisamente, en el hecho que el sistema constitucional no puede desaconsejar una mutación material.”³¹⁰

El contrapunto a la ausencia de límites proviene de la contribución de Hesse al tema. Su planteamiento no oculta la perplejidad con la que señala la escasa atención que le ha dedicado la doctrina, sobre todo, al subrayar que la mutación y la reforma constitucional —a la que sí se ha dispensado la debida atención— representan dos caras de la misma moneda, es decir, que ante los dos fenómenos, resulte imprescindible la constatación de que “(...) la garantía de la Constitución exige el control y, en su caso, el bloqueo de diversas vías de irrupción, quedando incompleta cuando alguna de ellas queda desatendida”.³¹¹ En su búsqueda por un concepto operativo de mutación constitucional Hesse parte de lo que considera una opinión generalizada en el ámbito doctrinal y amparada por el Tribunal Constitucional Federal, de que la mutación

³⁰⁹ “Así, pues, la cuestión, si la mutación constitucional encuentra su límite en la forma de Estado, no puede contestarse de manera inequívoca porque no es seguro saber qué debe entenderse por forma de Estado. Si la importancia estriba, sobre todo, en la forma real de gobierno (...), entonces no hay probablemente, frontera o límite para las mutaciones de la Constitución. (...) Si bien las revoluciones políticas significan en general conmociones totales del orden estatal existente, en la mayoría de los casos, sin embargo, no abrogan nunca el orden jurídico por completo. Raras veces destruyen el sistema jurídico entero del Estado, solamente rompen la continuidad jurídica en puntos concretos; en los casos más frecuentes se trata sólo de una licitación, o suspensión temporal, de partes y componentes particulares de las relaciones del poder estatal. Por otra parte, cabe pensar y ha ocurrido en una revolución más o menos violenta que afecta a partes esenciales del sistema jurídico y cultural existente, a menudo sin considerarse como ‘revolución’. La abolición de la servidumbre, la garantía de la total libertad religiosa, la abolición de la propiedad y del matrimonio son mucho más importantes para la continuidad de un sistema jurídico y cultural, que el cambio de un presidente vitalicio por un emperador, o de un rey por otro. No obstante, tal como lo hemos visto hasta ahora, las mutaciones constitucionales raras veces alcanzan envergadura tan sobresaliente; versan, escasas veces, sobre los elementos fundamentales del sistema jurídico y cultural, y también son poco frecuentes respecto a la forma de Estado y de Gobierno.” (DAULIN, H. Op. cit., 1998, p. 179, 180).

³¹⁰ *Ibid.*, p. 177.

³¹¹ HESSE, K. Op. cit., 1983, p. 89.

constitucional “(...) modifica, de la manera que sea el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”.³¹² Hesse llega a un concepto de mutación constitucional, no sin antes haber rechazado algunos aspectos tan característicos de estos abordajes precedentes, al afirmar que este fenómeno no se halla sometido a un intervalo definatorio que pueda caracterizarlo como tal y que la polémica en torno a la consciencia o no del proceso de cambio que conduce a una mutación constitucional no tiene más relevancia por lo improbable que es la inadvertencia ante su manifestación.³¹³ Hesse afirma que en lo que respecta a la mutación constitucional “(...) lo que cambia no es el contenido de la norma constitucional, en cuya determinación colabora su texto, sino otra cosa. Por tanto, el concepto debiera quedar limitado a modificaciones constitucionales que no ven modificado su texto”.³¹⁴

Sin la fijación de los límites precisos de tal fenómeno, según Hesse, habría que dar razón a las invectivas que señalan la debilitación de la Constitución que suscita la mutación constitucional, puesto que ninguna de las perspectivas desde las cuales se analizó la mutación constitucional logró mitigar la sensación de que lo que se ocultaba bajo su manifestación era la intención esquivar los efectos de la Constitución.³¹⁵ Por lo tanto, cabría comprender este fenómeno desde un punto de vista en el que se halle sometido a la fuerza normativa de la Constitución. Así, Hesse entiende que la “(...) mutación constitucional y sus límites sólo se alcanza a entender con

³¹² *Ibidem*, p. 91.

³¹³ “Aunque ello haya sido sostenido ocasionalmente, hay que rechazar el que una mutación constitucional exija un cierto período de tiempo más o menos largo; en todo caso, no puede tratarse de un elemento definatorio: los procesos que dan lugar a una mutación constitucional no tienen relación alguna con el carácter más o menos remoto de la entrada en vigor de la Constitución; puede producirse al cabo de muchos años, pero también al caso de poco tiempo. (...) Tampoco cabe hacer depender la mutación constitucional de que ésta se produzca de forma patente o de forma ‘implícita’ o ‘tácita’ (sutil), o incluso de que tenga que producirse de esta última manera. En tanto con ello quiera decirse que la mutación constitucional es algo ‘imperceptible’, se trataría de algo irrelevante porque difícilmente cabe hablar de una mudanza constitucional que nadie advierta.” (*Ibid.*, p. 92, 93).

³¹⁴ *Ibid.*, p. 94.

³¹⁵ “El estado de la cuestión (...) proporciona una serie de importantes aclaraciones. Al mismo tiempo, pone de manifiesto los peligros de las teorías tradicionales. Ninguna desarrolla parámetros precisos y demostrables, que excluyan la tentación de ‘puentear’ la Constitución invocando la presencia de una mutación constitucional. (...) De allí que, no sin razón, se encuentre precisamente la teoría de la mutación constitucional expuesta al reproche de que debilita, tanto en conjunto como puntualmente, el sentido normativo de la Constitución.” (*Ibid.*, p. 105, 106).

claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio 'en el interior' de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución, y cuya 'mutación' en normatividad estatal tampoco se puede explicar satisfactoriamente cuando se parte de una relación de coordinación correlativa entre normalidad y normatividad".³¹⁶ La prescripción que contiene una norma y la realidad por ella afectada, el programa normativo y el ámbito normativo en los términos que sugiere F. Müller, constituyen la norma en cuanto totalidad "(...) complementándose indeclinablemente el uno al otro y fundamentándose mutuamente en la praxis de la realización del Derecho".³¹⁷ El estrato de la realidad social afectado por la prescripción que expresa el texto de una norma constitucional y la prescripción misma se funden dialécticamente, en un mismo elemento: la norma constitucional. Sin embargo, una eventual modificación en la realidad no supone el cambio en la norma en cuanto totalidad. En este caso la relación dialéctica se hace valer. Un cambio fáctico solamente provocará el cambio en la norma como un todo en el caso de que se incluya en el ámbito de autorización abarcado por la prescripción que expresa el texto de la norma constitucional. Es decir, solamente se caracteriza como realidad normativizada constitucionalmente aquello que, en virtud de lo que delimita esta prescripción, queda reconocido como tal. Queda clara, por tanto, la máxima relevancia que cobra el texto constitucional en esta relación y, por consiguiente, en la caracterización de la mutación constitucional.³¹⁸ En efecto, éste es el límite que Hesse considera absoluto en su análisis, amparándose, de paso, en el artículo. 79.1, 1.º de la Ley Fundamental.³¹⁹

³¹⁶ *Ibid.*, p. 106, 107.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 108.

³¹⁸ "Desde el punto de vista de esta 'realización' del Derecho constitucional, (...) la 'norma' no puede ser aislada de la 'realidad'; por el contrario, la 'realidad' en sus respectivas circunstancias (el 'ámbito normativo'), afectadas por el mandato de la norma (el 'programa normativo'), es parte integrante y constitutiva de la norma misma. (...) Pero si la norma abarca los datos de la realidad afectada por el 'programa normativo' como parte material integrante de la misma, el 'ámbito normativo', las modificaciones de este último deben llevar a una modificación del contenido de la norma. No todo hecho nuevo perteneciente al sector de la realidad regulado por la norma, el ámbito objetivo, es capaz de provocar tal modificación. La instancia que decide si el cambio fáctico puede ser relevante para la norma, es decir, si el hecho modificado pertenece al ámbito normativo es el programa normativo que se contiene sustancialmente en el texto de la norma constitucional (y que debe ser interpretado con los instrumentos tradicionales). Sólo en tanto este hecho nuevo o modificado resulte perteneciente al ámbito normativo puede aceptarse también un cambio de la norma." (*Ibid.*, p. 107, 108).

³¹⁹ "Si las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el 'programa normativo' resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el

Las alternativas que aporta Hesse son terminativas y exclusivas. Fuera de ellas nada más quedaría a no ser la quiebra y anulación de la Constitución. En esta sentido, aunque la indicación del texto constitucional como límite a la incidencia de mutaciones constitucionales pueda parecer una solución simplista al problema, con ello aún se garantiza mejor la fuerza normativa de la Constitución que admitiendo la irrupción, sin más, de los hechos. Para Hesse, en el momento en que la mutación constitucional, así caracterizada y limitada, no logre poner la Norma Fundamental al día con la realidad histórica habrá llegado la hora de que la reforma constitucional asuma dicha tarea. En todo caso, según señala Hesse, a este límite cabría añadir lo que denomina el equilibrio de máximo respeto en situaciones en las que el planteamiento sugerido no logre eliminar la dificultad de adaptación de la Constitución y estabilizar el conflicto entre sus varias funciones.³²⁰

La tipología de las mutaciones de la Constitución debe matizarse dado que la forma como una Constitución se relaciona con la realidad depende no

texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. La fijación de este marco es una cuestión de interpretación, valiendo también para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional. Al mismo tiempo es ésta la única solución que permite el mantenimiento de funciones esenciales de la Constitución, concretamente las de estabilización, racionalización y limitación del poder que (...) exigen por principio, en un sistema de constitución escrita, la estricta vinculación al texto de la Constitución. Por tanto, el texto de la Constitución se erige en límite absoluto de una mutación constitucional no sólo desde el punto de vista de la relación entre 'Derecho' y 'realidad constitucional', la cual encuentra expresión en la estructura de la norma constitucional, sino también desde este punto de vista de las funciones de la Constitución." (*Ibid.*, p. 109, 110).

³²⁰ "Si, como ocurría en la vieja doctrina, el hecho consumado se considera determinante, se estará renunciando innecesariamente a los límites de la mutación constitucional y, con ello, a una garantía de la Constitución en la que la Ley Fundamental se halla esencialmente interesada, como lo prueba el art. 79. En vez lo cual, consciente o inconscientemente, se legitima el *fait accompli*, y no sólo, por cierto, por haber dado lugar a un hecho consumado. Si, por el contrario, se considera al texto como límite de la mutación constitucional, se habrá conseguido una garantía, aunque no sea ésta, claro es, absoluta. Esta no limita la capacidad de adaptación de la Constitución hasta tal punto que le impide responder al cambio histórico y preservar, así, su continuidad. Las dificultades derivadas del sometimiento a estos límites pueden obligar a la reforma constitucional, contribuyendo así a una solución que sirva a la claridad de la Constitución y refuerce su fuerza normativa. En casos muy determinados puede que esta solución no sea viable. Pero tampoco entonces cabrá simplemente considerar determinante el hecho consumado. Cuando en casos de este tipo haya que salvar varias funciones de la Constitución que han entrado en conflicto, se tratará de hallar el 'equilibrio de máximo respeto', promoviendo aquella solución que respete ambas funciones, dentro de lo que ello sea materialmente posible. Todo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución." (*Ibid.*, p. 111).

solamente de la realidad de la que estamos hablando, sino también del contexto constitucional que tenemos. Esta cautela se recomienda con especial énfasis en el caso de las dos tipologías aquí analizadas con carácter ejemplificador. Ello por que en estos dos casos tenemos realidades completamente diferentes de la actual y dos modelos de Constitución que se han perdido en el pasado. Lo que se comprendía como mutación en un momento determinado quizá hoy no pueda entenderse como algo más que una inconstitucionalidad pura y simple. Baste con decir que, en ambos casos, el sistema constitucional del que partía tanto Jellinek como Dau-Lin carecía de una jurisdicción constitucional. Por tanto, aunque las clasificaciones sean válidas, hoy día no puede defenderse su aplicación sin más a los modelos constitucionales actuales. Es verdad que la mutación constitucional es un auténtico tipo ideal para el Derecho Constitucional, pues, a pesar de las circunstancias históricas demasiado específicas, expresa una situación que todo y cualquier sistema constitucional ha vivido. Prueba de ello es que a pesar de haber adoptado puntos de partida distintos y metodologías diametralmente opuestas, Jellinek y Dau-Lin han coincidido en algunos de los tipos de mutación constitucional.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que algunas modalidades quizá ya no se acomoden al sistema constitucional hoy en día universalizado en el que surge como paradigma el Estado constitucional. Además, cabe matizar, que las perspectivas de las que partieron el uno y el otro no encuentran cabida en nuestra época, ya que no se puede sacrificar la fuerza normativa de la Constitución frente a la irrupción de los hechos. La complementación lógica de una tipología de las mutaciones constituciones parece ser, como hemos podido verificar, la negación de sumisión de lo normativo a lo fáctico. Ello significa estar de acuerdo con Hesse en el sentido de que tenemos que entender las mutaciones desde un punto de vista en el que la limitación de su incidencia es un presupuesto. Lo que no impide considerar que, aún cuando se refuerce las garantías de la Constitución, los hechos de los más diversos matices no se desarrollen e incidan sobre las normas constitucionales. El contenido que el constituyente quiere proyectar hacia el futuro debe dotarse de flexibilidad, que se alcanza no sólo a partir del reconocimiento del carácter dinámico de la

realidad y de la necesidad de la Constitución de ponerse al día con ella, sin recurrir a las vicisitudes políticas que supone su cambio por los cauces formales, sino también el reconocimiento de que la resistencia en adoptarlos cuando la realidad se vuelve particularmente incompatible con el contenido de la Norma Fundamental la expone al riesgo de ver mermada la supremacía que de ella emana. Es un difícil equilibrio al que muchas veces se quiere resumir el Derecho Constitucional considerado como un todo.

En la siguiente parte de este trabajo tendremos oportunidad de verificar cómo un hecho de variados matices como es el proceso de integración europea se caracteriza como desafío práctico y teórico a la Constitución; y en qué medida el la articulación del Poder Constituyente Derivado puede ayudar a mitigar las tensiones derivadas de la relación entre el Derecho Comunitario y la Constitución nacional.

CAPÍTULO IV

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LA CRISIS DE LOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES

1. Consideraciones iniciales

En los capítulos precedentes hemos tenido la oportunidad de someter a crítica el Poder Constituyente en cuanto categoría de la dogmática constitucional. Para ello, hemos efectuado un análisis histórico-conceptual que nos permitió, posteriormente, una profundización teórica en sus aspectos más esenciales. En la segunda parte expusimos el carácter polémico de la conceptualización del Poder Constituyente, la dialéctica resultante de la construcción de una idea de supremacía y rigidez de la Constitución, al partir de esta manifestación político-jurídica como presupuesto, y al mismo tiempo, reforzando su significado. De la misma forma, pudimos analizar como el advenimiento de la idea de supremacía de la Constitución, asociada a la rigidez de sus normas, acababa por engendrar una apertura a través de la cual la naturaleza revolucionaria del Poder Constituyente resultaba canalizada a favor de una reforma que, al tiempo que preparaba la Constitución para eventuales modificaciones de contenido, aseguraba la permanencia del proyecto fundacional por implicar una sumisión del cambio constitucional a los designios establecidos por el constituyente originario. Finalmente, pudimos observar la expresión de la tensión entre reforma y creación de la Constitución a través del análisis de la dicotomía Poder Constituyente Originario / Derivado desde sus aspectos conceptuales y sus características, hasta llegar a la línea divisoria representada por el tema de la titularidad del Poder Constituyente.

No es una novedad doctrinal —en realidad está más cerca del lugar común— afirmar que éste, así como otros paradigmas de la dogmática

constitucional se encuentran, hoy en día, en un estado de crisis porque han revelado serias dificultades para ofrecer una lectura adecuada de los singulares fenómenos políticos contemporáneos. Precisamente en lo que concierne al Poder Constituyente, esta condición resulta perceptible en innumerables aspectos, algunos de los cuales han sido analizados en las páginas precedentes. Con esta afirmación queremos poner de relieve que esta categoría, tan esencial para el Derecho Constitucional, prácticamente se ve cercada, por todos los flancos, por desafíos conceptuales y fácticos. Desde la perspectiva actual es posible cuestionar la validez conceptual del Poder Constituyente en cuanto categoría. Al mismo tiempo, paradójicamente, tanto en lo que respecta al aspecto conceptual, como en lo que toca a la dimensión fáctica, a pesar de su erosión, todavía no es posible prescindir de su capacidad explicativa. El tema de la crisis del Poder Constituyente se abre, por tanto, en una diversidad de direcciones. No obstante, nuestra preocupación en este trabajo queda circunscrita a una dimensión específica y no menos importante de esta crisis, que se manifiesta a través del advenimiento de la supraestatalidad,³²¹ y a cómo este fenómeno afecta al Poder Constituyente en cuanto hecho y categoría del Derecho Constitucional.

Para la doctrina el avance contemporáneo de las relaciones internacionales ha sido motivo de perplejidad. Es verdad que, así como la tríada Estado – Soberanía – Constitución genera el contexto en el que surge el Poder Constituyente, la relación entre Estados es también un fenómeno moderno por excelencia. A medida que se forman las primeras unidades estatales aparece simultáneamente el imperativo de establecer relaciones internacionales. En este sentido, no cabe duda de que como elemento de la

³²¹ Un concepto que recoge con precisión las dimensiones y las consecuencias de ese fenómeno es el del Estado Constitucional Cooperativo, desarrollado por el Prof. Peter Häberle: “El Estado constitucional cooperativo es aquel Estado que de forma ‘activa’ se ocupa de los demás Estados, se ocupa también de las demás instituciones nacionales y supranacionales, así como igualmente de los ciudadanos de sus respectivos países, ciudadanos que ya no le son en modo alguno ‘extraños’ del mismo modo en que su apertura a todo lo relativo al medio ambiente se convierte en una apertura al mundo. En este contexto es oportuno recordar que la cooperación de que hablamos se efectúa, no lo olvidemos, no sólo a nivel político, sino sobre todo jurídico, por tratarse de un momento especialmente configurador, puesto que el modelo de ‘Estado constitucional cooperativo’ equivale a un tipo de Derecho internacional cooperativo respecto de los modelos de desarrollo.” (HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 259)

dimensión institucional de la modernidad, el Estado-nación se consolida en un marco de expansión de su influencia y de la relación con otros Estados.³²²

La imprescindible existencia de unidades políticas equivalentes —y de la relación entre éstas— para que la soberanía apareciera como cualidad del poder político del Estado, ya había sido apuntada, como señalamos, por el pensamiento de Vattel. En este sentido, resulta sintomático que el filósofo suizo llegase prácticamente al mismo delineamiento conceptual al que llegará Sieyès años después, partiendo de una perspectiva internacionalista. El papel pionero de Vattel para el Derecho Constitucional, no de sus propios postulados — ya que éstos ni siquiera estaban formados ni consolidados—, sino de aquéllos que venían del Derecho Internacional sirven como una patente indicación de que las relaciones internacionales y el advenimiento de la soberanía, entendida como cualidad del Estado-nación, constituyen elementos simultáneos. Con razón, percibía Vattel que la soberanía se hace notar por medio de inúmeros signos entre los cuales está la capacidad de estructurar políticamente la sociedad.³²³

La estructuración de una sociedad compleja, efectuada a través de la elaboración de una Constitución ha representado, desde entonces, la capacidad de la comunidad, delimitada por las fronteras estatales, de disponer su propio poder político independientemente de la aquiescencia de otra entidad en el mismo territorio. Al mismo tiempo, implica una acción que también prescinde de la autorización de otros Estados que, igualmente soberanos, también hacen uso discrecional de la capacidad de autoestructurarse.³²⁴ Puesto

³²² Esta es la posición de Giddens al afirmar: “The sovereign power of modern states was not formed prior to their involvement in the nation-state system, even in the European state system, but developed in conjunction with it. Indeed, the sovereignty of the modern state was from the first dependent upon the relations between states, in terms of which each state (...) recognized the autonomy of others, within their own borders.” (GIDDENS, A. Op. cit., 1990, p. 67).

³²³ En este sentido, el filósofo suizo no duda en afirmar: “Para que la muchedumbre que forma la nación pueda obrar de concierto es necesario el establecimiento de una autoridad pública que ordene y dirija las obligaciones de cada uno hacia la asociación. Dicha autoridad se llama soberanía, ya quien la ejerce, soberano.” (VATTEL, E. Op. cit., 1834, p. 18).

³²⁴ Acerca de este carácter bidimensional de la soberanía, Neil MacCormick, al analizar los principales desafíos de la supraestatalidad, destaca que la idea de soberanía, que es opuesta a la fragmentaria organización política medieval se caracterizaba como una doctrina de unidad de los Estados, naturalmente refractaria a la idea de limitación que se concretizará con el advenimiento del Estado constitucional. En lo que respecta a la relación entre el carácter interno y el externo de la soberanía, por tanto, reflexiona: “Nevertheless, before dismissing sovereignty out of hand, we need to reflect on a further distinction, that between internal and

que la formación de los Estados nacionales y la relación entre éstos son eventos históricos simultáneos, el desarrollo del concierto internacional a través de la coordinación de los distintos Estados entre sí, generando una comunidad presidida por el Derecho internacional, debería ser un contexto esperado y no representar un incómodo desafío teórico. Sin embargo, hoy en día lo que ocasiona la inseguridad doctrinal, no es el hecho del necesario acercamiento entre Estados en sí, puesto que éste es tan antiguo como el propio Estado. Los problemas teóricos que arrojan las relaciones internacionales, son consecuencia del grado de institucionalización alcanzado en la actualidad y de una gradual subversión de las categorías del Derecho Constitucional por parte de fenómenos que trascienden los límites territoriales del Estado.³²⁵

La segunda mitad del siglo XX representó una etapa de hipertrofia político-institucional en el ámbito de las relaciones internacionales. Como reacción necesaria e inaplazable al caos generado por dos guerras mundiales, la aparición de valores y principios comunes, el imperativo de la reducción de las fricciones entre los Estados y la creación de estructuras institucionales orientadas hacia la aproximación basada en estas premisas, acabaron por

external sovereignty. As was stated above, sovereignty is power not subject to limitation by higher or coordinate power, held independently over some territory. It is clear that this could apply in two different ways. If we look at a state in terms of its internal ordering, we may ask whether there is any person who enjoys power without higher power internally to the state. Either in the political or in the legal sense, we may discover that all power holders are subject to some legal or some political checks or controls. In that case, there is no single sovereign internal to the state, neither in a legal nor a political sovereign. (...) In a legal sense, external sovereignty is the authority granted by international law to each state to exercise legal control over its own territory without deference to any claim of legal superiority made by another state or organization. This is coupled with the right under international law to be free from the exercise of military power or political interference by other states. External sovereignty is thus distinct conceptually from internal sovereignty, and may be present even when in the strict sense internal sovereignty is absent." (MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 129).

³²⁵ La naturaleza dialéctica de esta situación la expone el Prof. Peter Häberle, al relativizar la soberanía del Estado y proponer la búsqueda por otros paradigmas mientras en su análisis de la triada de ámbitos republicanos: "Del mismo modo, debemos desprendernos del antiguo concepto de la 'soberanía estatal': por el lado externo, al reconocer el 'condicionamiento supraestatal del Estado' (...), aunque también existe un condicionamiento estatal de lo supraestatal, ya que solamente los Estados constitucionales 'sostienen' a la comunidad de las naciones (...). Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también sus equivalentes regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos, constituyen un elemento de tal apertura del Estado constitucional hacia el exterior. Hoy se anuncia una 'comunidad universal de los Estados constitucionales'; pensamos que desde un punto de vista 'cosmopolita', en el sentido de I. Kant, a pesar de todos los retrocesos y las recaídas en la era nacional. El 'condicionamiento supraestatal del Estado' (...), pero también el condicionamiento estatal de lo supraestatal, se vuelve tangible, tanto en lo próximo como en lo lejano." (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 20, 30).

imponerse como forma de evitar la repetición de conflictos tan graves. A lo largo de la II Guerra Mundial, los desarrollos políticos generaron un contexto del que surgieron las condiciones para la creación de una estructura financiera internacional y de un órgano político que reuniera bajo una misma estructura, si no a todos, a la mayoría de los Estados en el escenario político internacional. Así, de las reuniones de *Bretton Woods*, surgieron instituciones como el Fondo Monetario Internacional³²⁶ y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, hoy en día denominado Banco Mundial.³²⁷ Por otro lado, en la esfera política, la Organización de las Naciones Unidas³²⁸ representó el esfuerzo por construir un cuadro de relaciones internacionales que hiciera viable un foro de solución de conflictos y de implementación de políticas destinadas a evitar la incursión de los Estados en una nueva y decisivamente catastrófica aventura bélica.³²⁹ La gradual aproximación entre los Estados, que

³²⁶ Según The Oxford Companion to Politics of the World, el Fondo Monetario Internacional se define de la siguiente forma: "A central pillar of the postwar economic order established at the Bretton Woods Conference of 1944, the International Monetary Fund (IMF) was designed to oversee the global rules governing money in general and adherence to orderly currency relations among the industrial countries in particular. It also was intended to be a lender of last resort for rich and poor countries alike. (...) The creation of the IMF reflected a reaction against the beggar-thy-neighbor practices such as currency restrictions and competitive devaluations that hobbled the world economy in the interwar period." (BABA, Don. International Monetary Fund. In: KRIEGER, Joel (ed.). *The Oxford Companion to Politics of the World*. Oxford University Press, New York, 1993, p. 446, 447).

³²⁷ Así define esta institución The Oxford Companion to Politics of the World: "The World Bank, an enduring legacy of the postwar global economic order, is the foremost international development institution. As the largest single source of lending for development, it is a principal intermediary between the advanced industrial countries and the less-developed countries. (...) Formally the International Bank for reconstruction and Development, the World Bank was a product of the Bretton Woods conference of 1944. However, since the dominant concern of the architects of Bretton Woods was the postwar global monetary regime and the role of the International Monetary Fund (IMF) in that regime, the bank was a sideshow in the epic negotiations at that conference." (*Ibidem*, p. 981).

³²⁸ "The United Nations (UN) born on 24 October 1945, has been the most important international organization of the period since World War II, and the center of a wide-ranging network of international bodies. The UN emerged from the anti-axis coalition of World War II. On January 1942 in the Washington Declaration twenty-six Allied countries, which came to be called the 'United Nations', had pledged to employ their full resources against Germany, Italy, and Japan. Thus World War II not only showed the need for an effective international organization to replace the unsuccessful League of Nations (1919-1946) but also highlighted the possibilities of international cooperation as a basis for resisting threats to the peace. In its early years, the new body was often known as the United Nations Organization (UNO), in order to distinguish it from the wartime alliance out of which it had grown." (ROTHSTEIN, Robert. United Nations. In: KRIEGER, Joel (ed.). *The Oxford Companion to Politics of the World*. Oxford University Press, New York, 1993, p. 932).

³²⁹ Según el Prof. Peter Häberle el factor ideal-moral constituye una de las causas de la evolución hacia el Estado Constitucional Cooperativo. Esta nueva etapa se vio concretamente impulsada, en sus orígenes, por la necesidad de acercamiento entre los Estados tras la Segunda Guerra Mundial: "El trasfondo ideal-moral de la evolución hacia el Estado constitucional cooperativo solamente puede ser esbozado: es, por un lado, resultado del estar constituido a través de los derechos fundamentales y humanos. La 'sociedad abierta' merece tal calificativo solamente si es una sociedad abierta hacia lo internacional. Los derechos

ganaba entonces dimensiones superlativas, también tuvo su lugar en los Estados de Europa Occidental, apenas seis años después del final de la II Guerra Mundial, a través del surgimiento de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, creada por la fuerza del Tratado de París.

La Guerra Fría acentuó sobremanera los procesos que hacían de la aproximación internacional una necesidad inaplazable, en la medida en que los Estados, aunque por fines militares, se aglutinaron en verdaderos bloques, cuyos intereses sólo podrían defenderse de forma eficaz a través de la superación de la dimensión estatal. El Pacto de Varsovia y la Organización del Tratado del Atlántico Norte³³⁰ representaron avances en este sentido. En otra dirección, una mayor coordinación comercial generó un medio favorable tanto para la formación de bloques económicos como Mercosur y NAFTA³³¹ como para las innumerables rondas de negociaciones que llevaron a la Organización

fundamentales y humanos remiten al Estado y a 'sus' ciudadanos también hacia lo 'otro', lo 'extraño', es decir, a otros Estados con sus sociedades y a los ciudadanos extranjeros. El Estado constitucional cooperativo vive de necesidades de cooperación económica, social y humanitaria, así como, en lo antropológico, de la conciencia de la cooperación (...). La creación de las Naciones Unidas (1945), al igual que la de la Sociedad de Naciones fue una reacción a los sacudimientos y sufrimientos de la guerra anterior. A diferencia de los Estatutos de la Sociedad de Naciones, se señala en la Carta de las Naciones Unidas que la colaboración entre las naciones no es un objetivo sino un medio 'en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión' (...). (*Ibidem*, p. 68, 70, 71).

³³⁰ The Oxford Companion to Politics of the World define ambas organizaciones de la siguiente forma: "Founded in 1949, the North Atlantic Treaty Organization (NATO) has played a collective defense role for its member, allied states. The geographic scope of NATO was specified in Article 6 of the North Atlantic Treaty as including 'the territory of any of the Parties in Europe or North America' as well as any islands under the jurisdiction of any of the Parties in the North Atlantic area north of the Tropic of Cancer." (VIOTTI, Paul R. North Atlantic Treaty Organization." In: KRIEGER, Joel (ed.). *The Oxford Companion to Politics of the World*. Oxford University Press, New York, 1993, p. 650). "The Warsaw Treaty Organization (WTO), also often referred to as the Warsaw Pact, was created pursuant to a treaty signed on 14 May 1955 by the Soviet union, Albania, Bulgaria, Hungary, the German Democratic Republic (GDR), Poland, Romania, and Czechoslovakia. The treaty followed by only nine days the accession of the Federal Republic of Germany (FRG) to the North Atlantic Treaty Organization. The treaty established an organization comprising a joint command of the armed forces of the member states and a political consultative committee; other military and political bodies were added later." (GARTHOFF, Raymond L. Warsaw Treaty Organization. In: KRIEGER, Joel (ed.). *The Oxford Companion to Politics of the World*. Oxford University Press, New York, 1993, p. 969).

³³¹ Mercosur (Mercado Común del Sur) y NAFTA (North American Free Trade Agreement) son organizaciones internacionales americanas de ámbito regional. Éste fue creado a través del Tratado firmado en diciembre de 1992, entre México, Estados Unidos y Canadá, entró en vigor en enero de 1994, aquél resultó del Tratado de Asunción, firmado por Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay en marzo de 1991, y entró en vigor en diciembre del mismo año. Acerca del tema, vide DIEZ VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*. 13. ed., Madrid: Tecnos, 2003, p. 720 – 736).

Mundial del Comercio,³³² una de las entidades internacionales de mayor relevancia, fundada en los últimos tiempos.

Las tres últimas décadas del siglo XX, sin embargo, fueron determinantes para producir el cuadro de perplejidad que vivimos hoy. Y ello porque precisamente en este período las deficiencias del Estado en cuanto unidad política apta para concretizar anhelos sociales sumadas al cuadro de fluidez del capital y al avance vertiginoso en los transportes y en las telecomunicaciones acabaron por generar un contexto que pone en jaque sólidas estructuras en el ámbito de la convivencia humana en el Occidente.³³³ Lo que se denomina hoy globalización, representa una etapa de alta complejidad social que trasciende las fronteras del Estado-nación.³³⁴

Es cierto que, a pesar de la innegable existencia de potencias mundiales en el escenario internacional, en nuestros días ningún Estado puede verse

³³² “Established in 1995, the WTO was created by the Uruguay Round negotiations (1986-94) to succeed the General Agreement on Tariffs and Trade, and is located in Geneva, Switzerland. The main objective of the international organization, which has more than 130 member countries who between them account for more than 90 per cent of world trade, is ‘to help trade flow smoothly, freely, fairly and predictably.’ (SNOWDON, Brian; VANE, Howard R. (ed.). *An Encyclopedia of Macroeconomics*. Northampton: Edward Elgar, 2002, p. 720).

³³³ Este contexto lleva a Pedro de Vega a afirmar de forma contundente: “En los umbrales del tercer milenio estamos asistiendo al doble y contradictorio fenómeno del ensanchamiento de los espacios económicos y sociales en los que hasta ahora los hombres desarrollaban su existencia, al tiempo que se produce la más escandalosa reducción de sus ámbitos políticos. Apoyados en los logros de la revolución tecnológica y cibernética, los trashumantes flujos monetarios del capitalismo financiero recorren los centros bursátiles de todo el planeta, consagrando lo que se ha dado en llamar la mundialización de la economía. (...) Si en su Proyecto de paz Perpetua, Kant rechazó, (...) la posibilidad de forjar un Estado Mundial, (...) bien podemos sostener ahora que, a pesar del acelerado proceso de creación de Organizaciones e Instituciones internacionales, no se vislumbra en el horizonte ninguna realidad estatal cosmopolita que en el orden político se corresponda con esas otras realidades más efectivas de la globalización social y económica. De suerte continúa siendo el Estado el punto de referencia y el marco obligado donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y se expresan democráticamente los principios valorativos ordenadores de la convivencia (...). Pero se trata de un Estado que sometido a presiones y embates de notable envergadura, ve por doquier disminuidos sus ámbitos de actuación y comprometidas las propias razones de su existencia.” (DE VEGA, Pedro. *Mundialización y Derecho Constitucional*. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N. 100, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 13, 14).

³³⁴ Atento a esta realidad, Canotilho afirma: “A globalização das comunicações e informações e a ‘expansão mundial’ de unidades organizativas internacionais (organizações não governamentais), privadas ou públicas (mas não estatais), deslocam o papel obsidiante do ‘actor estatal’, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e económica cada vez mais estruturante. A isto acresce que os fins do estado não são imutáveis. Se ontem a ‘conquista territorial’, a ‘colonização’, e o ‘espaço vital’, o ‘interesse nacional’, a ‘razão de estado’ surgiam sempre como categorias quase ontológicas, hoje os fins dos estados podem e devem ser o da construção de ‘Estados de direito democráticos, sociais e ambientais’, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente ‘amigos’ e ‘cooperantes’ no plano externo.” (CANOTILHO, J.J.G. Op. cit., 1997, p. 1351).

como hegemónico en ningún sentido. Pero, paradójicamente, el Estado sigue representando una institución que, aunque posiblemente erosionada, no puede ser ignorada, razón por la que el Prof. Peter Häberle llama la atención para el condicionamiento estatal de lo supraestatal. Y por ello, inevitablemente, el proceso de interpenetración internacional asociado a la necesidad de unión para vencer las vicisitudes político-económicas va a plantear incómodos interrogantes en el escenario político internacional.

Una de estas cuestiones se refiere decisivamente al papel que desempeña la Constitución en el Estado. Si comprendemos ésta, como siempre ha sido, a la luz del Estado-nación, ¿es posible afirmar que va a perdurar su relevancia ante tan profundas manifestaciones político-institucionales? Si, según afirma el Prof. Peter Häberle — en este caso refiriéndose al tipo específico de Estado —, el “(...) Estado constitucional se encuentra en una fase en la que depende del Derecho internacional o, si que [sic] quiere, en la que el Derecho internacional se halla necesariamente implicado en él, ya que de hecho ha tejido una trama tan complejo de relaciones internacionales que todo ello da pie más que suficiente a pensar que así sea”,³³⁵ y “(...) cuya identidad incluso a nivel internacional se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad (...)”,³³⁶ no suena absurdo cuestionar la relevancia de la Constitución en tal situación de vaciamiento de la exclusividad del Estado, como ente político dotado de capacidad para tomar sus propias decisiones políticas. Si pasamos a un cuadro en el que cualquier centro de decisiones políticas trasciende de forma eficaz la figura del Estado, y dada la necesaria relación existente entre éste y la Constitución, veremos que todo este contexto tiene que afectar de forma contundente al Poder Constituyente.³³⁷

³³⁵ HÄBERLE, P. Op. cit., 2002, p. 256.

³³⁶ *Ibidem*, p. 257, 258.

³³⁷ Consciente de esta situación, el Prof. Peter Häberle, al destacar las diferentes perspectivas bajo las que se desarrolla su análisis en el ámbito del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional, señala: “En la medida en que, desde la perspectiva internacional, la cooperación entre los Estados ocupe el lugar de mera coordinación y del simple ordenamiento de la coexistencia pacífica (es decir, de la delimitación de los ámbitos de la soberanía nacional), en el campo del derecho constitucional nacional pueden advertirse tendencias que apuntan hacia un debilitamiento de la distinción estricta entre lo interno y lo externo a favor de

Esto se justifica porque en cuanto categoría que proporciona criterios para la delimitación del carácter constitucional o infraconstitucional de las normas en el marco de las fuentes del Derecho, en un plano interno, y porque pautado en la capacidad del Estado de estructurarse con independencia de potencias extranjeras, el Poder Constituyente representa un principio imprescindible para la formalización de la soberanía. Sostener su relevancia sólo es coherente en la medida que el objeto que deriva de su ejercicio, esto es, la Constitución, esté dotada de supremacía en el orden interno en tanto resulta de la voluntad del pueblo, y está vinculada políticamente al Estado en cuanto que éste es el ente político que estructura. Esta condición se expresa formalmente a través de una mayor complejidad para modificar la Constitución, a partir de la definición de la titularidad de la iniciativa de reforma que no se concibe hoy en día, como atribuida a una entidad internacional.

En lo que respecta a este contexto de crisis, ningún fenómeno ha desempeñado un papel tan revolucionario, incisivo y con consecuencias tan comprometedoras para las sólidas categorías del Derecho Constitucional como la formación de la Unión Europea.³³⁸ Con casi cincuenta años de existencia y una compleja estructura institucional, a partir de mediados de la década de los ochenta, el proceso de integración europeo adquirió un protagonismo internacional, revelándose tan imprescindible como problemático para los

una apertura hacia el exterior. (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 73).

³³⁸ En este sentido, la afirmación del Prof. Peter Häberle pone de relieve la importancia del proceso de integración para el constitucionalismo contemporáneo: “La constitucionalización de la comunidad jurídica de las naciones ha avanzado más en el plano regional que en el universal. Además de las organizaciones y sistemas regionales de seguridad colectiva (...), esto resulta especialmente cierto de la Comunidad Europea, cuya ‘Constitución’ son los tratados de París y de Roma. Una renuncia parcial a la soberanía en favor del ‘poder comunitario’ de la CE en relación con el deber fundamental de solidaridad de los Estados miembros establecido en el artículo 5º del Tratado de la CE, ha sido y es el presupuesto para la realización de los objetivos del mismo, en particular de la integración económica, de la política regional y social a través de órganos independientes de creación y aplicación del derecho. La legitimación inmediata de los órganos comunitarios a través de un Parlamento Europeo de elección directa podría hacer retroceder, paulatinamente, el dogma de la soberanía nacional en favor de una distribución de funciones, justificada materialmente, entre el Estado y la organización supranacional.” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2001, p. 71). Por otro lado, la precisa formulación del jurista germánico señala los desafíos que este proceso desvela: “¿Qué sentido tienen conceptos como los de nación o patria como tales en la llamada ‘Europa de los ciudadanos’, o en la de las regiones? (...) Ante todo consideramos que el Estado-Nación o Estado Nacional ya no le sirve como referente de orientación necesario al Estado constitucional, puesto que dentro del nivel de desarrollo alcanzado hoy en día en el seno del Estado constitucional, es decir, implicando todas sus múltiples variantes reales — léase, desde la unicultural hasta la multicultural — siempre deberá tenerse en cuenta todas ellas ‘desde una perspectiva abiertamente plural’, en todos los sentidos del término.” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2002, p. 121).

Estados miembros. La raíz de las fisuras teóricas en las categorías del Derecho Constitucional y especialmente en las del Poder Constituyente y de la reforma constitucional, deriva de los planteamientos que anteceden en algunas décadas al vertiginoso desarrollo de la Unión Europea a partir del Tratado de Maastricht en 1992. Este proceso suscitará cambios de una magnitud bien reflejada en la afirmación de Häberle según la cual, “(...) hay que tener en cuenta que, si se llega a alcanzar la total europeización del hasta hoy reputado Derecho Constitucional nacional clásico podrían derrumbarse también totalmente gran número de construcciones teóricas de la Dogmática tradicional por el mero hecho de tan sólo dejar de considerar recíprocamente como extranjeros a los Estados Europeos entre si.”³³⁹

Aunque nuestro trabajo no tenga como propuesta central un estudio profundo de las instituciones supranacionales europeas, sería absurdo ignorar que los desafíos a que nos enfrentamos hoy en día en el ámbito del Derecho Constitucional han sido impuestos de una forma determinante por los aspectos más palpitantes, que tienen su escenario en la Unión Europea. Resulta inevitable centrar nuestra atención sobre algunos aspectos del constitucionalismo europeo, en función de los cuales se apuntan los principales problemas en relación al Poder Constituyente y a la reforma constitucional en cuanto categorías. Dedicaremos, por tanto, la próxima parte del trabajo a un análisis panorámico de los principales desarrollos histórico-normativos europeos.

³³⁹ *Ibidem*, p. 129.

2. El proceso de integración europeo como contexto de crisis

2.1. Etapas del proceso de integración³⁴⁰

La integración europea puede definirse como un largo proceso de aglutinación internacional que comienza, en términos formales, precisamente con el Tratado de París de 1951. Con este instrumento se constituía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, integrada por Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania, Italia y Francia, dotada de personalidad jurídica y de una amplia capacidad jurídica (TCECA Art. 6), ya que se basaba en un mercado, objetivos e instituciones comunes (Art. 1°). Según el artículo 2° de dicho tratado, la Comunidad tendría "(...) por misión contribuir, en armonía con la economía general de los Estados miembros y mediante el establecimiento de un mercado común en las condiciones fijadas en el artículo 4, a la expansión económica, al desarrollo del empleo y a la elevación del nivel de vida en los Estados miembros."

Se dió otro paso en marzo de 1957, con la creación de la Comunidad Económica Europea, en cuyo Tratado constitutivo quedaba establecida la previsión de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (TCEE, Art. 9°- 11, 48 – 73), y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, que tenía como misión contribuir a la creación y al crecimiento rápido de industrias nucleares, a la elevación del nivel de vida en los Estados miembros y al desarrollo de intercambios con los demás países (TCEEA, Art. 1°).

Establecidas las tres Comunidades Europeas, el desarrollo del proceso de integración europeo se extendería a lo largo de las tres décadas siguientes, caracterizándose por avances y retrocesos, ganando nuevos miembros, y

³⁴⁰ El análisis desarrollado en este apartado tiene fines meramente descriptivos y introductorios. Razón por la cual no tratamos de profundizar aquí el tema de la integración europea o de proponer un planteamiento original respecto a su historia y su dimensión institucional.

experimentaría un impulso definitivo con el Acta Única Europea, en 1986, a través de la profundización de la integración económica y de cambios que afectaron al Parlamento europeo y insertaron el Consejo europeo en el escenario institucional. El paso siguiente y trascendente para la integración, que le confirió un carácter innegablemente político, fue establecido por el Tratado de Maastricht, en 1992, a través del cual se creó la Unión Europea, basada en las Comunidades Europeas existentes hasta entonces y completada por las políticas y las formas de cooperación que se establecían en el Tratado de Unión Europea. Entre los objetivos de esta entidad, dando continuidad a los puntos esenciales del Acta Única Europea, destacan el establecimiento de una unión económica y monetaria, la unidad en el ámbito internacional a través de la realización de una política exterior y de seguridad común, que incluye la definición de una política de defensa común, la creación de una ciudadanía de la Unión y la cooperación en el ámbito de la justicia y asuntos de interior. El Tratado constitutivo de la Unión Europea prevé igualmente el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros y el respeto tanto a los derechos fundamentales derivados del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como de aquellos que resulten de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

Las etapas siguientes serían, en primer lugar, el Tratado de Ámsterdam, que representó una profundización en el marco establecido por el Tratado de Maastricht, y que ancla “(...) la EU en los principios democráticos del Estado de Derecho, previéndose un sistema de sanciones para el Estado miembro que violase de forma grave y persistente los derechos humanos. Se reconoce expresamente la competencia del TJCE en materia de violación de derechos fundamentales.”³⁴¹ Además, en esta etapa quedó consagrado normativamente aquello que se convino en denominar flexibilidad, es decir, la apertura a ritmos distintos de integración, viabilizando la posibilidad de que ciertos Estados avancen en tal proceso en conformidad con sus propias condiciones.³⁴² A

³⁴¹ LIÑAN NOGUERAS, Diego J.; MANGAS MARTIN, Araceli. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 5. ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 33, p. 53.

³⁴² Marlene Wind destaca que la flexibilidad, reconocida en un plano normativo, fue una peculiaridad que gradualmente ganó espacio en la etapa que inicia con el Tratado de Maastricht, pasando por el Tratado de Ámsterdam —que le confirió reconocimiento normativo definitivo— hasta el Tratado de Niza: “‘Flexibility’ as an instrument of integration was first formally bluestamped with the adoption of the Amsterdam Treaty in 1997. For the first time in the history of the European Community, the flexibility mechanism was written into the general

través del Tratado de Niza, se abrió una etapa de reflexión sobre el proceso de integración, que culminó con la adopción de la propuesta de una Constitución europea. Entre las consecuencias de dicho Tratado está la adopción de una Carta de Derechos Fundamentales que, aunque elaborada por una Convención que inauguraba un nuevo método de negociación,³⁴³ no se incorporó al texto ratificado, careciendo por tanto, de valor normativo.³⁴⁴ Por otro lado, quedó convocada, a través de una Declaración aneja al Tratado, una Conferencia Intergubernamental para 2004, que abordaría el futuro de la Unión.

En una etapa más reciente, el Consejo Europeo de Laeken, en 2001, convocó una Convención que debía analizar los principales desafíos que se presentaban para el proceso de integración. Los trabajos de esta Convención fueron concluidos con la presentación al Consejo Europeo, en la Conferencia Intergubernamental de junio de 2003, de un Proyecto de Tratado a través del cual se establece una Constitución Europea. De este texto inicial, resultó el Tratado Constitucional, aprobado en octubre de 2004. La etapa en curso a partir de 2004 fué la de la ratificación, en cada un de los veinticinco Estados miembros de la Unión, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, conocido como Constitución Europea, cuyo objetivo era el de sistematizar y sintetizar el ordenamiento jurídico de la Unión que, como ya vimos, se encuentra esparcido por innúmeros documentos legales, entre los cuales, los que aquí se han citado, representan una fracción que, aunque

principles of a treaty document. (...) While flexibility as a temporary mechanism has always been part of the Community toolbox when it has come to helping new, less advanced member States to adapt to the Community acquis, it was never the intention that members should be granted permanent exceptions to the common rules and principles. (...) With the Maastricht, Amsterdam and, in particular, the Nice Treaty, flexibility is no longer 'just' an instrument at hand to solve practical problems in connection with enlargement of the Union. Flexibility has — by being written into the general provisions of the treaty — been accepted as a mechanism of a more enduring nature that may turn out in the long run to create a Union that looks very different from the one we know today." (WIND, Marlene. *The European Union as a Polycentric Polity: returning to a neo-medieval Europe?* In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene (ed.) *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 105, 106, 108).

³⁴³ Según Diego Liñan Noguerras y Araceli Mangas Martín, este nuevo método consiste "(...) en una asamblea compuesta por una importante presencia de las dos legitimidades que conforman la EU, la democrática y la intergubernamental, en sus dimensiones europea y nacional." (LIÑAN NOGUERAS, D.J.; MANGAS MARTÍN, A. Op. cit., 2005, p. 54).

³⁴⁴ "Y aunque ese texto, ya examinado en la Cumbre de Biarritz de noviembre de 2000, la aprobación definitiva se hizo en Niza en un acto solemne al comienzo de la propia Cumbre del 15 de diciembre, lo cierto es que no se le ha otorgado ninguna vinculación jurídica, por la clara oposición de ciertos Estados miembros a asumir obligaciones preconstituyentes." (LÓPEZ, Mónica; TAMAMES, Ramón. *La Unión Europea*. 5. ed., Madrid: Alianza, 2002, p. 197).

significativa cualitativamente, no traduce, en términos cuantitativos el conjunto documental que estructura el proceso de integración.

El proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se sometería, entonces, a los criterios establecidos por cada Estado miembro, en los términos del artículo IV-447.1, lo que daría paso a su entrada en vigor el día 1 de noviembre de 2006, o en el supuesto de que aún se mantuviera después de esta fecha, en el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación por parte del último Estado que cumpliera esta formalidad, según lo dispuesto en el artículo IV-447.2. En la mayoría de estos Estados, la ratificación se efectuaría por medio de autorización parlamentaria, sin previa consulta popular. En otros, no obstante, ante la relevancia política intrínseca del Tratado para el proyecto europeo o por razones constitucionales, se previeron referendos consultivos, como fue el caso de Irlanda, España, Holanda y Francia.³⁴⁵ Precisamente en estos dos últimos países surgieron dos obstáculos difíciles de superar, motivados por una serie de factores, entre los que se hallan la elevada complejidad del Tratado —así como del proyecto europeo considerado como un todo— para el ciudadano de a pie, la situación social y económica y la imbricación entre el proceso de ratificación del Tratado y la política interna.³⁴⁶

³⁴⁵ En lo que concierne a la forma de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Jean-Claude Piris señala: “De los 25 gobiernos signatarios del Tratado Constitucional, 15 solicitaron autorización a su Parlamento nacional para ratificarlo. En septiembre de 2006, 14 de ellos la habían obtenido. (...) Otros nueve gobiernos decidieron, por motivos constitucionales (Dinamarca e Irlanda) o políticos, organizar un referéndum nacional para que sus ciudadanos pudieran pronunciarse directamente sobre la ratificación del Tratado. Se trataba de Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Francia, los Países Bajos, España, Polonia, Portugal y el Reino Unido.” (PIRIS, Jean-Claude. *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 39).

³⁴⁶ Jean-Claude Piris efectúa un cuidadoso análisis de los factores que motivaron el “no” francés y holandés al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Tras exponer un listado de factores relativos tanto a la realidad francesa como a la holandesa, destaca con precisión: “Si nos atenemos a lo anterior, podríamos deducir que, dado que tanto franceses como neerlandeses deseaban fundamentalmente que su país continuase participando en la integración europea, se habría producido un resultado distinto de haberse dado uno o varios de los factores siguientes: - Una situación económica y social mejor. - Una mayor popularidad del Gobierno del momento. - Una mejor información del electorado sobre los factores económicos y sociales, las normas que rigen el mercado interior, las ventajas y costes reales de la Unión Europea y el contenido exacto del Tratado Constitucional, en particular en los terrenos económico y social, así como sobre la forma futura del proyecto europeo (Estado federal o no) y sobre sus fronteras geográficas definitivas (con o sin Turquía). (...) Podríamos añadir que otro posible factor explicativo del resultado de los dos referendos sería la convicción de que una victoria del 'no' no acarrearía ninguna consecuencia negativa para los dos países interesados. en efecto, los países que han rechazado el Tratado siguen siendo miembros de pleno derecho de la Unión Europea, su situación no se ve afectada de forma palpable. El electorado es consciente de esto y, en consecuencia, ha de escoger entre el status quo, es

En primer lugar, el sonoro “no” que los ciudadanos franceses emitieron en el referendo realizado el 29 de mayo de 2005, con un índice de participación del 69,3%, hirió de muerte al Tratado Constitucional. Dos días después, se escuchó la misma reacción procedente, esta vez, del referendo holandés sobre este tema, en el que hubo un índice de participación del 62,8%. A esta altura, una significativa mayoría de los ciudadanos de dos Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea, junto con alarmantes señales procedentes del Reino Unido —un Estado tradicionalmente euroescéptico—, manifestaba una taxativa reticencia a la etapa de integración que representaba el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. A partir de ahí, el proceso de ratificación en los distintos Estados miembros siguió tan solo formalmente, ya que había quedado claro que, de hecho, se había entrado en un grave estancamiento y que debía encontrarse otra solución al problema derivado de las negativas francesa y holandesa.

Esta peligrosa inercia supuestamente se superó con el Tratado de Lisboa, cuya sustancia se delineó en las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas del 21 y 22 de junio de 2007, que acordaron por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Lisboa, los días 18 y 19 de octubre de 2007, y firmaron el 13 de diciembre del mismo año, cuya ratificación se prevé para 2009, con lo que el presente estado de la integración europea queda así definido. No se produce un radical y sustancial alejamiento de lo previsto en el Tratado Constitucional, aunque se realizaron varios cambios superficiales de cierta magnitud con el fin de mitigar, al menos a primera vista, los elementos que pudieran reforzar la idea de un avanzado constitucionalismo común europeo. Por esta razón el Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma que el “(...) Proyecto de Tratado Constitucional ya incorporaba múltiples cautelas con relación a la ampliación de la base constitucional de la Unión Europea. No obstante, el Proyecto de Tratado de Reforma superó todas las expectativas de los llamados 'euroescépticos' en lo que se refiere a la eliminación de cualquier elemento simbólico que pudiera invocar la imagen de un 'Estado' o 'superestado'

decir, una situación que ya conoce, y la adopción de un texto que, por su longitud y complejidad, contiene aquí y allá, por necesidad, algunos elementos que no le gustan o que pueden parecerle entrañar consecuencias desconocidas.” (*Ibidem*, p. 55, 56).

europeo.”³⁴⁷ En este sentido, la propia nomenclatura adoptada para identificar este instrumento normativo fundacional acaba denunciando esta intención. Se elimina el término “Constitución” del horizonte comunitario, junto con cualquier referencia a los elementos simbólicos más llamativos, tales como el himno y la bandera. La Unión Europea que, sobre esta base normativa renovada, substituye a la Comunidad Europea, ve reafirmada su personalidad jurídica aunque complementada y delimitada por una Declaración anexa,³⁴⁸ cuyo fundamento se basa en dos instrumentos normativos: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión, como pasa a denominarse el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. El principio de primacía, sobre el que trataremos con más atención en las etapas subsiguientes de este trabajo, se desplaza del texto principal del Tratado al de una Declaración específica. El conjunto de fuentes comunitarias también sufre una modificación con relación a lo prescrito por el Tratado que establece una Constitución para Europa. Así, se preserva la diferencia entre actos legislativos y no legislativos, se elimina la denominación “ley” y “ley marco” y se restaura la de “reglamento”, “directiva” y “decisión”.³⁴⁹ Por otro lado, aunque no se incluya en el texto de los tratados, se garantiza la naturaleza vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales mediante una Declaración anexa, cuyo valor jurídico se equipara al de aquéllos, en los términos del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.³⁵⁰

³⁴⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Possibilidades e limites da reforma constitucional na Espanha no contexto do Estado autonômico integrado na União Européia*. En prensa, Brasil, 2007.

³⁴⁸ Tratado de la Unión Europea, Art. 47: “La Unión tiene personalidad jurídica.” Declaración relativa a la personalidad jurídica de la Unión Europea: “La Conferencia confirma que el hecho de que la Unión Europea tenga personalidad jurídica no autorizará en modo alguno a la Unión a legislar o actuar más allá de las competencias que los Estados miembros le confieren en los Tratados.”

³⁴⁹ Tratado sobre el funcionamiento de la Unión, Art. 288: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.”

³⁵⁰ Tratado de la Unión Europea, Art. 6.1: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Cabe señalar que la carta fue aprobada por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007 y firmada el 12 de diciembre por los Presidentes del Parlamento, la Comisión y el Consejo. Declaración nº 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva

La constatación de que el proceso de integración europeo desembocó en una etapa con un flagrante perfil constitucional, no obstante, parece estar por encima de la inequívoca intención, presente en el Tratado de Reforma, de distanciarse del universo simbólico acogido en el Tratado y por él fomentado, en el que se establece una Constitución para Europa. Gestada y desarrollada en un momento histórico en el que las relaciones internacionales se intensificaban y el proceso de democratización de los Estados europeos se consolidaba, la integración europea avanzó en relación dialéctica a ambos fenómenos.³⁵¹ Al aglutinar en una misma dimensión político-económica distintos Estados democráticos de derecho parecía inevitable que el proceso de integración se viera inmerso en un diálogo normativo intenso con la dimensión constitucional de éstos.

Este diálogo, sin embargo, no estuvo, ni está, exento de serias tensiones, cuya manifestación intermitente, conforme veremos en las etapas siguientes de este trabajo, viene implicando, en las últimas tres décadas, la imperatividad del desarrollo de mecanismos jurídicos de limitación de la incidencia del ordenamiento comunitario sobre el Derecho interno de los Estados miembros y de control del poder político en el ámbito supraestatal. Esta reivindicación procede, dado que, sin estos límites y controles, el proceso de integración supondría, en verdad, un contrapunto a las premisas de la globalización, que generaría un contexto en el que, mediante la utilización de su poder exterior, los Estados miembros llevaran a cabo, libres de un control democrático eficaz y de exigencia de responsabilidad política adecuada, el ejercicio de competencias constitucionales transferidas a una entidad controlada, a fin de cuentas, casi exclusivamente, por sus respectivos poderes ejecutivos. Esto significaría, paradójicamente, la hipertrofia del Estado por la

competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados”.

³⁵¹ En este sentido, afirma el Prof. Francisco Balaguer Callejón: “El proceso de integración europea va unido históricamente a otros dos procesos que se desarrollan también a partir de los años cincuenta del pasado siglo en Europa. Por un lado, el proceso de globalización que si bien había comenzado a desplegarse a finales del siglo XIX y comienzos del XX, hasta quedar interrumpido con el comienzo de la Primera Guerra Mundial, retomará su impulso a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, llegando a adquirir el ritmo acelerado en los dos últimos decenios que ya conocemos. Por otro lado, el proceso de democratización de los Estados europeos, con la conformación de un nuevo concepto de democracia constitucional, entendida no sólo desde la perspectiva de la preferencia obligada a las mayorías sino también desde el respeto de los derechos de las minorías.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. I, 2. Ed., Madrid: Tecnos, 2007, p. 193, 194).

actuación de una entidad supraestatal y, por tanto, el fortalecimiento, al envés de la relativización, de la soberanía. Un fenómeno ya plenamente visible en el ámbito europeo.³⁵²

La insistencia doctrinal en ignorar la dimensión constitucional adquirida por el proceso de integración, al que, por el contrario, atribuyen un carácter exclusivamente internacionalista, a su vez, refuerza y da respaldo teórico a esta tendencia.³⁵³ Por otro lado, la urgencia en hacer avanzar la integración

³⁵² Atento a este contexto, el Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma: “El gran éxito que ha tenido hasta ahora el proceso de integración europea se explica, entre otros motivos, por haber resultado una fórmula muy afortunada para que los Estados europeos puedan hacer frente al proceso de globalización haciendo compatibles las decisiones internas necesarias para afrontar las transformaciones económicas con el mantenimiento de estructuras democráticas muy avanzadas. La técnica que se ha seguido es muy simple: desplazar al ámbito europeo esas decisiones evitando y orillando el debate democrático interno. La consecuencia inevitable es una pérdida de la calidad democrática a favor de la eficacia en la actuación reguladora de los Estados en el plano económico. (...) Si esto es así y desarrollando esta idea en relación con la Unión Europea, bien podríamos decir que en el ámbito europeo la limitación supranacional de la soberanía externa del Estado ha servido, paradójicamente, para invertir esa relación, de tal manera que la (más aparente que real, hasta ahora) limitación de soberanía en el ámbito de la Unión Europea no ha contribuido a incrementar la calidad democrática interna de los Estados miembros sino, por el contrario, a devaluar esa calidad democrática. Esto es así porque los Estados miembros han conseguido, gracias al proceso de integración y mediante la transferencia de competencias a una organización supranacional, ejercer en el ámbito interno la soberanía que no podían ejercer anteriormente por su necesario sometimiento a las condiciones del Estado democrático de Derecho. El proceso de integración ha favorecido que los gobernantes europeos puedan realizar, siquiera parcialmente, el sueño de muchos políticos: ejercer poder sin responsabilidad.” (*Ibidem*, p. 194, 195).

³⁵³ En este sentido cabe destacar la prisa con la que el editorial de la edición de *European Law Review*, de Agosto de 2007 anuncia la muerte del constitucionalismo europeo y el simultáneo renacimiento de la democracia liberal europea, ante el advenimiento del Tratado de Reforma: “Dead is the disingenuous language of European constitutionalism that apes national state constitutionalism but dare not speak its name. This is the sophistry that claims the point of the Union is never to stablish a federation or super-state, but still claims for the Union all the constitutional trappings of a state — a federal parliament as the central legislative pivot, an autonomous self-enforcing bill of rights, a constitutional court, and a European demos or political community. It is not simply the instructions from the European Council to the IGC to strip the treaty of its constitutional adornments — the word, the anthem and the song — that kill this line of reasoning. There are the substantive changes too. The provisions on the primacy of Union law and the European Union Charter of Fundamental Rights are not to be in the central treaty, but have been relegated to the role of addenda. This is vital, as it indicates these are not to be constitutive filaments of Union legal identity, but rather second-order considerations that go to the interpretation and development of the central provisions.” (ARNULL, Anthony; DAMIAN, Chalmers. *The death of European constitutionalism and the renaissance of European liberal democracy*. In: *European Law Review*, vol. 32, N.º 4, August 2007, p. 441). Por otro lado, mismo antes de que fracasara el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, algunas voces ya se apuraban en vaciar su contenido constitucional: “El Tratado constitucional se parece a una constitución, pero no es una verdadera constitución, sino un tratado internacional constitutivo de una avanzada y atípica organización internacional. Como he dicho hace tiempo, las normas de ingreso y retirada de la UE, la previsión de sanciones, las ratificaciones parlamentarias para la revisión general y las adaptaciones constitucionales, o para la ley electoral europea o la Decisión sobre los recursos propios o el paso a una defensa común, así como la regulación de la sucesión de la ‘antigua’ Unión de las Comunidades Europeas por la ‘renovada’ Unión Europea, delatan que estamos ante una estructura organizativa propia del Derecho Internacional y no del Derecho Constitucional. Aunque es una

européa acentuó, sobre todo después del Tratado de Maastricht, la necesidad de asumir este carácter constitucional y dio relevancia a la necesidad de adoptar mecanismos de control en la dimensión político-normativa comunitaria. Afortunadamente, éste es el dilema al que se ha enfrentado cualquier intento de expandir el poder y la soberanía del Estado mediante la profundización en la integración: el avance de este proceso acaba inevitablemente revertiéndose a favor de la consolidación de su dimensión constitucional.³⁵⁴ Prueba de ello es que, a partir de Maastricht, los argumentos en pro de la naturaleza puramente internacional de este proceso vienen revelando una creciente carencia explicativa ante fenómenos que, por otro lado, sólo se justifican por medio de un análisis que privilegie el aspecto constitucional de la integración europea.

Esta ambivalencia analítica, a su vez, se refleja, en el ámbito del proceso decisorio europeo, en la dicotomía Estados miembros / ciudadanos europeos. Prueba de ello, es que la necesidad de democratizar este proceso y de asumir la dimensión constitucional de la integración se hizo especialmente visible cuando fracasó el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuando la manifestación democrática en Francia y en Holanda puso en jaque mate la ratificación llevada a cabo en 18 de los 27 Estados que formaban la Unión. Por otro lado, en la medida en que avanza el proceso de integración, surgen problemas constitucionales urgentes que no podrán enfrentarse si se parte de la atribución de una naturaleza exclusivamente internacionalista al proceso de integración.³⁵⁵ Por ello, aunque represente una duda con relación a

estructura internacional atípica y singular.” (MANGAS MARTÍN, Araceli. *La Constitución Europea*. Madrid: Lustel, 2005, p. 20, 21).

³⁵⁴ “Conforme avanza el proceso de integración y se produce la ampliación progresiva de la Unión Europea resulta claramente insuficiente el método de adopción de decisiones diseñado para una estructura supranacional mucho más reducida. El control por los Estados del proceso va siendo cada vez menor y la necesidad de construir un espacio constitucional de decisión basado en una comunidad política articulada en torno a la ciudadanía europea se revela cada vez más urgente. La aparente contradicción entre constitucionalismo y europeísmo (entendido en clave estatal y, por tanto, no como auténtico europeísmo) debe disolverse progresivamente para dar paso a la idea de que la integración europea sólo puede ser una integración de naturaleza constitucional. Una integración en la que la ciudadanía europea sea el agente principal.” (BALAGUER CALLEJÓN, F.(Coord.). *Op. Cit.*, 2007, p. 195, 196).

³⁵⁵ “Si algo ha puesto de relieve el referéndum en Francia y en Holanda, es que en una Europa de 27 miembros no es posible seguir pensando en avances constitucionales significativos sobre la base de la ratificación de Tratados por los Estados miembros. A pesar de que la Constitución ha sido ratificada por una mayoría cualificada de los Estados (18 sobre 27) que representan a una mayoría cualificada de la ciudadanía europea, el golpe ‘democrático’ que ha supuesto la negativa de dos Estados fundadores mediante el voto contrario en referéndum ha impedido la culminación del proceso de ratificación. El choque de legitimidades entre los Estados y los ciudadanos resulta inevitable cuando los procesos de ratificación

aspectos que singularizaban el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en el proceso de integración, la llegada del Tratado de Reforma no supuso la supresión de su dimensión constitucional, pues no podría hacerlo sin que supusiera un grave e irremediable retroceso. Sin embargo, tampoco contribuyó a sanar las inquietudes y las contradicciones que surgían frente a esta reticencia de asumir, definitivamente, el carácter constitucional del proceso de integración. En la etapa siguiente de este trabajo analizaremos la construcción de la dimensión normativa europea basada en la tensión existente entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y la de algunos de los principales tribunales constitucionales europeos, que se compone de la elaboración de los aspectos normativos más fundamentales del ordenamiento comunitario y de su contrapeso grabado en la doctrina de los “contralímites”, que profundiza en el análisis aquí relacionado al apuntar algunos dos dilemas constitucionales más relevantes a los que se enfrenta el proceso de integración europeo.

2.2. La forja del fundamento normativo de la integración europea: la tríada efecto directo, supremacía y salvaguardia de derechos fundamentales.

A pesar de la relevancia de los Tratados constitutivos, y en particular del Tratado por el que se establece una Constitución europea, al que dedicaremos más atención más adelante, el factor más intenso del proceso de integración europeo, sobre todo para los cánones del Derecho Constitucional, deriva menos de los artículos de tales documentos que de la continuada jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. En este sentido, la célebre evaluación del proceso por Stein, y a pesar de su equilibrada dosis de ironía, pone de manifiesto tal protagonismo: “Tucked away in the fairyland Duchy of combinan (como ha sido el caso) consultas populares con votaciones parlamentarias. Mientras que en otros muchos aspectos es aceptable el equilibrio constitucional entre ciudadanía y Estados (siempre que ese equilibrio se vaya ajustando de manera dinámica hacia la ciudadanía y hacia la construcción de una comunidad constitucional europea), en materia de ratificación la fragilidad de ese equilibrio ha quedado en evidencia. En este ámbito bien se podrá decir: o los ciudadanos o los Estados, lo que en otros términos equivale a : o la Constitución o el Tratado. Y la respuesta de futuro sólo puede ser una si se quiere ser coherente con la estructura constitucional y democrática de Europa: la Constitución, la ciudadanía.”(*Ibidem*, p. 212).

Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe.”³⁵⁶ La ponderación de Neil MacCormick, comparando la actividad jurisdiccional de la Corte europea con la del Tribunal Supremo americano en los inicios del siglo XIX, corrobora la posición de Stein:

“In the context of American federalism, it is remarkable how long it took for the Supreme Court to become a really significant organ of the Union. From the very beginning the President’s office was a working reality, and Congress also assumed effective legislative powers. (...) But the decisive interventions of the Court in policing the constitution against encroachments either by states or by federal government were not part of the original making of the American union. It has been otherwise with the forging of union (now ‘Union’) in Europe. (...) Yet it is true that the Court’s role was a decisive one. For it took key decisions on the judicial character of the European Economic Community (...) at a time at which there was severe tension among member states between ‘supranational’ and ‘intergovernmental’ approaches. (...) In applying legal theory (...) to understanding the ‘new legal order’ that exists in Europe, the decisions on the juridical character of Community and Union have particular importance, though always regard also to the political character of the whole, and the significance of institutions other than the Court.”³⁵⁷

La decisiva actuación del Tribunal de Justicia revela peculiaridades institucionales que no se pueden ignorar. Estas peculiaridades llaman la atención porque nuestra comprensión sobre el alcance de la actuación de un órgano jurisdiccional está condicionada por el contexto político estatal en el que estos órganos actúan. En consecuencia, aun cuando nos referimos a un órgano singular como un Tribunal Constitucional, dotado de una amplia y decisiva capacidad de incidencia sobre el ordenamiento jurídico, no traspasamos el umbral de la tradicional separación de poderes existentes en el contexto del Estado constitucional, con base en la cual se atribuyen funciones bien definidas a los distintos órganos político-institucionales.³⁵⁸

³⁵⁶ STEIN, Eric. *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*. In: *American Journal of International Law*, Vol. 75, Washington D.C.: The American Society of International Law, 1981, p. 1.

³⁵⁷ MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 97.

³⁵⁸ En este sentido, Francisco Balaguer Callejón destaca con propiedad: “En todo caso, pese a la mayor o menor extensión cuantitativa de la jurisprudencia como fuente del Derecho y específicamente de la jurisprudencia constitucional, este rasgo de su carácter complementario

Ya con relación al Tribunal de Justicia Europeo tenemos un cuadro sustancialmente distinto. En primer lugar, porque el elemento de estatalidad desaparece. En este supuesto, tratamos de un órgano jurisdiccional que no tiene al Estado como presupuesto de su actuación normativa, sino como su destinatario. Por otro lado, el contexto institucional en el ámbito comunitario no reproduce plenamente la división e interpenetración de los poderes que prevé una Constitución formal y que, por tanto, se verifica en el ámbito estatal.³⁵⁹ Por estas razones, la más alta instancia jurisdiccional comunitaria tiene características que la diferencian, sustancialmente, de sus congéneres estatales; y acaba ejerciendo una función cuyo alcance no se traduce totalmente mediante la fuente jurisprudencial. Por el contrario, en el ejercicio de su función, el Tribunal de Justicia acaba entrando en el ámbito legislativo e, incluso, llega a adquirir, en incontables situaciones, un perfil constituyente, sobre todo, en lo que concierne a la protección de derechos fundamentales.³⁶⁰

En un paradigmático ensayo, en el que analiza la larga trayectoria de la integración europea, Joseph Weiler defiende una división de tal proceso en tres fases bastante distintas. La primera de estas etapas, denominada por este autor fundacional —y la que nos interesa en el ámbito de este trabajo—

no puede considerarse irrelevante. Tiene una gran incidencia tanto en lo que se refiere a la modulación de la propia actividad jurisprudencial. Respecto de esto último, el carácter complementario de la jurisprudencia obliga a la jurisdicción constitucional a tener siempre presente que la función jurisdiccional nunca puede pretender sustituir al legislador. La jurisprudencia constitucional tiene una función correctora o reparadora, nunca conformadora de la legalidad, en el plano de plenitud en que esa función conformadora le corresponde al legislador. (...) La producción normativa del TC se produce en sede de control y esta limitación nunca puede ser olvidada. Al legislador le corresponde producir las normas, al TC controlar esas normas. La producción normativa del TC sólo puede ser la que venga obligada por esa función de control. El TC no es un órgano de creación de Derecho, sino un órgano de control que crea Derecho como consecuencia de esa actividad de control.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Granada, Enero-Junio de 2004, p. 30).

³⁵⁹ En este sentido, Francisco Balaguer Callejón se refiere a déficits de la jurisdicción europea respecto de las jurisdicciones nacionales, afirmando: “No existe (...), un contexto normativo definido por medio de una auténtica proclamación constitucional de derechos que se impongan sobre todos los poderes públicos incluso cuando falta el desarrollo legislativo. No existe, por tanto, una determinación previa de disposiciones sobre las cuales la jurisdicción constitucional pueda precisar los posibles sentidos normativos. No existe una interacción posible con el legislador democrático que desarrolle y configure los derechos a partir del marco constitucional.” (*Ibidem*, p. 35)

³⁶⁰ A este respecto, Francisco Balaguer Callejón afirma que el Tribunal de Justicia, “(...) ante la ausencia de contexto constitucional y de desarrollo legislativo tiene que realizar una función constituyente propia para incorporar derechos al ordenamiento, esencialmente mediante el recurso a elementos externos al propio ordenamiento comunitarios (tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros o CEDH).” (*Ibid.*, p. 35)

abarcaría el período entre 1958 y mediados de la década de 70. Trabaja con los términos “salida” (*exit*) y “voz” (*voice*), que se corresponden, respectivamente, con la minimización del desarrollo de un Estado miembro en el proceso de integración —que puede ser total o selectiva³⁶¹— y con la reivindicación de una intensificación de protagonismo de tales Estados miembros en la definición de los rumbos de la Unión. El autor argumenta que la prohibición de la “salida” provoca una intensificación de la “voz”,³⁶² es decir, en la medida en que se produce la entrada de un Estado miembro en el proceso de integración, hasta el punto de no poder desprenderse de las obligaciones comunitarias, se produce el proceso de intensificación de su reivindicación por protagonismo en el proceso de la toma de decisiones.³⁶³

La acción revolucionaria por parte del Tribunal de Justicia Europeo, a la que nos referíamos, se da exactamente a lo largo de este proceso de prohibición de la “salida”, puesto que éste deriva exactamente de la jurisprudencia de tal órgano jurisdiccional. Y como la prohibición de la “salida” es una forma de limitación del poder discrecional del Estado miembro de desligarse parcial o totalmente de sus obligaciones comunitarias, tal proceso revela la tensión que deriva del ejercicio jurisdiccional del Tribunal de Justicia Europeo, y que hasta hoy, con la gradual “politización” del proceso de integración, proporciona un rico debate en las filas de los constitucionalistas. Esta tensión se manifiesta en la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno, una tensión que gana una relevancia especial, sobre todo para la categoría del Poder Constituyente, cuando la pensamos en los términos

³⁶¹ “Formal (or total) Exit is of course an easy notion, signifying the withdrawal of a Member State from the European Community. (...) It takes no particular insight to suggest that should a Member State consider withdrawing from the Community, the legal argument will not be the critical or determining consideration. If Total Exit is foreclosed, it is because of the high enmeshment of the Member States and the potential, real or perceived, for political and economic losses to the withdrawing state. Whereas the notion of Total Exit is thus not particularly helpful, or at least it does not profit from legal analysis, I would introduce a different notion, that of Selective Exit: the practice of the member States of retaining membership but seeking to avoid their obligation under the Treaty, be it by omission or commission.” (WEILER, J.H.H. *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 18).

³⁶² “Increased Voice is thus a code for a phenomenon of the Member States jointly and severally taking control of decision-making, leading to the process by which the original institutional structures foreseen in the Treaties broke down. (*Ibidem*, p. 31).

³⁶³ Exactamente en este sentido argumenta Weiler: “What we called (...) the closure of Selective Exit was just that: the process by which Community norms and policy hardenes into biding law with effective legal remedies. The increase in Voice was the ‘natural reaction’ to this process. The Member States realized the critical importance of taking control of a decision-making process, the outcome of which they would have to live and abide by.” (*Ibid.*, p. 35).

de una fricción entre el Derecho Comunitario y la Constitución. Y la razón de esta tensión deriva del contenido de las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo que delinearon el perfil del período fundacional, prohibiendo la “salida” y estableciendo las bases más sólidas del proceso de integración.

La tríada que posibilita la forja del fundamento normativo del proceso de integración está compuesta por un conjunto de decisiones tomadas por el Tribunal de Justicia Europeo, que abarcan tres temas correlacionados: el efecto directo de las normas de Derecho Comunitario, la supremacía del Derecho Comunitario respecto al Derecho interno de los Estados miembros y la protección de los derechos fundamentales. La competencia al emitir las, se basaba en el Art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.³⁶⁴ Aunque el fundamento del poder del Tribunal de Justicia para pautar la relación entre el Derecho Comunitario y los ordenamientos internos, en conformidad con los principios generados por su actividad jurisdiccional, estaba garantizado en el artículo 164 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, actual artículo 9F.1 del Tratado de la Unión Europea. En esta disposición se llevaba a cabo una nítida distinción entre Derecho y Tratado, hasta el punto de que el término “Derecho” ni siquiera va acompañado del término “comunitario”. Por su contenido se concebía una trascendental atribución —preservada y respetada gracias a la posición que la Corte Comunitaria ocupaba, que inspira la sensación de imparcialidad ante el proceso político y proporciona la racionalización del poder— al Tribunal de Justicia de dar, mediante su actividad jurisdiccional, sistematicidad al ordenamiento comunitario, menos coherente en torno de una única fuente que el ordenamiento interno de los Estados miembros, razón por la que, Miguel Azpitarte Sánchez denuncia la inevitable alteración del modelo constitucional moderno.³⁶⁵

³⁶⁴ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Art. 177: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.”

³⁶⁵ “El derecho comunitario, en cuanto ordenamiento, pretende la coherencia (mediante el establecimiento de mecanismos dispuestos a salvar las antinomias) y la plenitud o compleción (la instauración de instrumentos que llenen las deficiencias de las normas). Ahora bien, esa coherencia y plenitud, la unidad del ordenamiento, no viene satisfecha por el Tratado. Conscientes de las limitaciones de la fuente suprema del ordenamiento de la Unión, se llama al TJ a cumplir la función de dotar de unidad al ordenamiento. El TJ se ha de encargar de

El contenido de las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo constituye efectivamente la base de la seria crisis de paradigmas que hoy se vive en el ámbito del Derecho Constitucional ante la madurez del proceso de integración. Pero el vigoroso carácter normativo resulta no solamente de su contenido, sino también de la forma como se engendró la aplicación del Derecho Comunitario en los Estados miembros y que se mantiene en la actualidad. Esta se basa en una esencial colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, pues las cuestiones que en el ámbito estatal implican al Derecho Comunitario dependen facultativamente —en el caso de órganos jurisdiccionales cuyas decisiones sean susceptibles de recurso— u obligatoriamente —en el caso de órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso— de un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión.³⁶⁶

En 1963, al pronunciar la sentencia del caso *Van Gend en Loos (NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen – Caso 26/62)*, el Tribunal de Justicia Europeo asumió una posición de vanguardia que representaría un salto cualitativo para el proceso de integración. La cuestión que se discutía implicaba un conflicto de intereses entre una empresa holandesa y la Administración de Impuestos holandesa, en virtud de un supuesto aumento de tarifa aduanera de un producto químico producido en Alemania Occidental, resultante de su reclasificación en Holanda. Ante tal situación, y con base en el Art. 12 del

formular los principios a partir de los cuales se construye la unidad del ordenamiento. Así las cosas, el TJ desempeña la función jurisdiccional como cualquier otro órgano jurisdiccional, pero en ella introduce la responsabilidad de 'garantizar el respeto del Derecho, esto es, la tarea de construir la sistematicidad del ordenamiento de la Unión. (...) Sin embargo, no pasa desapercibido que tal atribución es una manifiesta alteración de los modelos constitucionales de la modernidad (al menos en su retórica): debe ser el texto jurídico y no su aplicador quien configure la sistematicidad del ordenamiento.' (AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. Las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 1, Enero-Junio de 2004, Granada, p. 81).

³⁶⁶ Joseph Weiler, al comentar el Art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ilustra de modo eficaz esta integración jurisdiccional: "The European Court and the national courts have made good use of this procedure. On its face the purpose of Article 177 is simply to ensure uniform interpretation of Community law throughout the Member States. That, apparently, is how the framers of the Treaty understood it. However, very often the factual situation in which Article 177 comes into play involves an individual litigant pleading in national court that a rule, measure, or national practice should not be applied because it violates the Community obligations of the Member State. In this manner the attempts of Member States to practice selective Community membership by disregarding their obligations have become regularly adjudicated before their own national courts." (WEILER, J. Op. cit., 1999, p. 27, 28).

Tratado constitutivo de la CEE,³⁶⁷ el importador antes mencionado recurrió ante un órgano jurisdiccional de aquél país, que por su parte se dirigió al Tribunal de Justicia.³⁶⁸ Al pronunciarse sobre la cuestión de fondo, y partiendo de la premisa de que entre los objetivos del Tratado constitutivo de la CEE estaba el de que “(...) instituir un mercado común cuyo funcionamiento concierne directamente a los sometidos a la jurisdicción de la Comunidad, implica que este Tratado constituye algo más que un acuerdo que no crease más que obligaciones mutuas entre los Estados contratantes,”³⁶⁹ el Tribunal concluye que la Comunidad representa un nuevo ordenamiento de Derecho Internacional, ante el que los Estados miembros han restringido su propia soberanía, aunque en aspectos limitados, convirtiéndose, junto con sus nacionales, en sujetos de esta nueva entidad. En este sentido, el Tribunal señala, que en la misma medida en que, del Derecho Comunitario, derivan obligaciones, también surgen derechos. Y añade “(...) que éstos (los derechos) nacen no solamente cuando el Tratado hace una atribución explícita en su favor, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias.”³⁷⁰

El Tribunal no acepta la argumentación de los gobiernos alemán, holandés y belga, según la cual, en primer lugar, en los términos de los Arts. 169 y 170 del Tratado constitutivo de las CEE, sólo la Comisión o un Estado miembro podría promover una acusación contra otro Estado ante el Tribunal de Justicia, y, en segundo lugar, que la cuestión analizada tenía relación con los efectos de una disposición de un Tratado en el Derecho interno holandés, lo que sólo podría ser determinado por el Derecho Constitucional holandés,³⁷¹ razón por la cual el Art. 12 no producía efectos inmediatos. Frente a ello el Tribunal argumentó que tal interpretación resultaba equivocada, puesto que los

³⁶⁷ Tratado constitutivo de la CEE, Art. 12: “Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas.”

³⁶⁸ RASMUSSEN, Hjalte. *La Constitución de la Comunidad Económica Europea*. Madrid: Trivium, 1990, p. 19.

³⁶⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Código de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid: Civitas, 1988, p. 243.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 243.

³⁷¹ STEIN, E. Op. cit., 1981, p. 4, 5.

recursos a disposición de la Comisión y de los Estados miembros para proteger el Tratado contra violaciones no eran exclusivos, y que por tanto no implicaban la eliminación de la posibilidad de interponer un recurso por parte de un ciudadano de un Estado miembro ante un órgano jurisdiccional nacional, a fin de salvaguardar las obligaciones asumidas en el Tratado. En este sentido, concluye que la vigilancia de los particulares con el fin de proteger sus derechos representaría un factor de preservación de la integridad del Tratado, y que el "(...) Art. 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea produce efectos inmediatos, y engendra en la esfera de los administrados derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar."³⁷²

Esta decisión tiene una especial trascendencia. Su relevancia resulta del hecho de que, además de reconocer el carácter peculiar de la Comunidad formada y los efectos que resultan de ella para la soberanía de los Estados, el Tribunal establece una doctrina que define el perfil de la Comunidad, y la diferencia, en términos prácticos, de cualquier otra entidad en el ámbito del Derecho internacional mediante la previsión del efecto directo del ordenamiento comunitario en los Estados miembros.³⁷³

Por lo tanto, en la aplicación de las disposiciones comunitarias inequívocas no hay intermediación del Estado. Se deduce que, siendo así, tales disposiciones escapan a un posible control incluso desde la propia Constitución. La doctrina del efecto directo fue debidamente complementada, no mucho tiempo después, por otras dos decisiones del Tribunal que estipulaban la supremacía del ordenamiento comunitario ante el ordenamiento interno. Se trata de las sentencias *Costa v. Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL)* (Caso 6/64), proferida en 1964, y *Simmenthal (Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal Spa – Caso 106/77)*, dictada en 1978.

³⁷² MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit, 1988, p. 244, 245.

³⁷³ En relación con este aspecto, Weiler destaca: "The implications of this doctrine were and are far reaching. (...) Public international law typically allows the internal constitutional order of a state to determine the method and extent to which international obligations may, if at all, produce effects for individuals within the legal order of the state. In practice, direct effect meant that Member States violating their Community obligations could not shift the locus of the dispute to the interstate or Community plane. They would be faced with legal actions before their own courts at the suit of individuals within their own legal order." (WEILER, J. Op. cit., 1999, p. 19, 20).

El primero de los casos se refería a la nacionalización de una industria eléctrica italiana, posterior al ingreso de Italia en la Comunidad. El demandante consideró tal proceso no solamente contrario a la Constitución italiana sino a una serie de disposiciones del Tratado constitutivo de la CEE. Se llevó la cuestión ante la Corte Constitucional italiana, quien además de denegar la petición del demandante, argumentando que había sido una ley posterior al Tratado, y que se imponía el principio *lex posterior derogat priori*,³⁷⁴ determinó que el juez debía aplicarla, incluso aunque fuera contraria al Tratado.³⁷⁵

En su pronunciamiento, el Tribunal de Justicia Europeo reafirma la singularidad del Tratado constitutivo de la CEE, diferenciándolo de los demás Tratados, ya que de él emana un ordenamiento jurídico propio, integrado en los de los Estados miembros. De la misma forma, se reafirma la limitación de los Derechos soberanos estatales, en razón de la constitución de una Comunidad dotada de, entre otras características, personalidad y capacidad jurídica y de representación internacional. Partiendo de estas premisas, ya establecidas en el caso *Van Gend en Loos*, el Tribunal resalta la imposibilidad de la prevalencia de medidas unilaterales de los Estados miembros, una vez constituida la Comunidad, sobre el ordenamiento comúnmente aceptado. Esta condición veda la posibilidad de que haya una variación del ordenamiento comunitario entre los Estados, al sabor de los vientos de la legislación local. Basándose, entonces, en el Art. 189³⁷⁶ del Tratado constitutivo de la CEE, el Tribunal afirma que "(...) surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado no podría pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno cualquiera que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica de la comunidad."³⁷⁷ Finalmente, el Tribunal argumenta que la limitación de los Derechos soberanos de los

³⁷⁴ STEIN, E. Op. cit., 1981, p. 11.

³⁷⁵ RASMUSSEN, H. Op. cit., 1990, p. 27.

³⁷⁶ Tratado constitutivo de las CEE, Art. 189: "Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes."

³⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit., 1988, p. 246.

Estados miembros, una vez operada no puede neutralizarse por un acto unilateral posterior y incompatible con la noción de comunidad.

La posición del Tribunal elimina cualquier duda restante del caso *Van Gend en Loos*, ya que, al afirmar el efecto directo de las disposiciones de Derecho Comunitario, la supremacía de tal ordenamiento no representaría más que una conclusión lógica. En este sentido, Eric Stein, afirma que el Tribunal falló, en el caso *Van Gend en Loos*, al no pronunciarse respecto a este tema, al limitar la amplitud de la decisión, si bien las cuestiones allí implicadas no requerían un posicionamiento respecto a la supremacía.³⁷⁸ Ahora, sin embargo, resulta inequívoca: en su relación con el ordenamiento interno de los Estados miembros, el Derecho Comunitario mantiene una posición de supremacía.

Finalmente, el caso *Simmenthal* proporcionaría un acabado a esta doctrina. El objeto de este caso implicaba de nuevo la competencia originaria de la Corte Constitucional italiana, ahora, para decidir, según su propia interpretación, la no aplicación de una ley nacional contraria al Derecho Comunitario, que se había llevado a cabo por el *Pretore di Suse*, y cuya decisión se basaba en las informaciones del Tribunal de Justicia en la Cuestión Prejudicial 35376.³⁷⁹ Se planteaba entonces la duda relativa a la capacidad del juez de un Estado miembro, de negarse a aplicar una ley nacional que hubiera sido declarada contraria al Derecho Comunitario. La decisión del Tribunal de Justicia fue tan objetiva como incisiva en este aspecto: “El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.”³⁸⁰

El conjunto de decisiones paradigmáticas aquí reseñadas se cierra con aquellas otras pertinentes a la salvaguardia de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia. Desde finales de la década de 60, esta Corte ha

³⁷⁸ STEIN, E. Op. cit., 1981, p. 10.

³⁷⁹ RASMUSSEN, H. Op. cit., 1990, p. 27.

³⁸⁰ MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit., 1988, p. 250.

afirmado su capacidad para velar por la protección a derechos fundamentales.³⁸¹ Entre el repertorio jurisprudencial comunitario, en este sentido, destaca la decisión NOLD (*J. Nold, Kohlen-and Baustoffgrosshandlung v. Comission of the European Communities: Caso 4/73*).

En este litigio, el eje de la cuestión se refiere a una Decisión de la Comisión, basada en el Art. 66(1) y (2) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero,³⁸² emitida el 21 de diciembre de

³⁸¹ Cabe destacar el razonamiento de Alejandro Saiz Arnaiz, al afirmar que en “(...) el silencio en la materia de los Tratados fundacionales, la conversión del TJCE a una ‘específica doctrina de los derechos humanos’ puede considerarse, en los expresivos términos de Hartley, ‘una cuestión más de conveniencia que de convicción’. Una ‘conveniencia’ que se plantea precisamente para evitar el enfrentamiento directo con el Tribunal Constitucional Federal alemán, y también con la Corte Constitucional italiana, tras un diálogo (constitucional por razón del objeto y de los sujetos protagonistas) que en ningún caso puede calificarse de directo, esto es, fruto del empleo de la técnica prejudicial por parte de aquellos órganos de garantía constitucional, pero que resulta bastante explícito en los discursos de los Tribunales implicados, y que se intensifica, a la búsqueda de una tregua, a lo largo de los años setenta del pasado siglo.” (SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa. In: CARTABIA, Marta; DE WITTE, Bruno; PÉREZ TREMP, Pablo; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Constitución Europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 544). Tendremos oportunidad, más adelante, de analizar detenidamente el posicionamiento de estos tribunales constitucionales. De momento cabe destacar que las otras sentencias cuyo contenido compone un acercamiento del Tribunal de Justicia Europeo a la tutela de derechos fundamentales son aquellas proferidas en el caso Stauder, de 1969, y Internationale Handelsgesellschaft, de 1970.

³⁸² Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Art. 66.(1): “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, requerirá la autorización previa a la Alta Autoridad toda operación que, en los territorios a que se refiere el párrafo primero del artículo 79, y como resultado de la acción de una persona o de una empresa, de un grupo de personas o de empresas, tenga por sí misma por efecto directo o indirecto una concentración de empresas, una de las cuales al menos quede sujeta a la aplicación del artículo 80, tanto si la operación se refiere a un mismo producto o a productos diferentes como si se efectúa mediante fusión, adquisición de acciones o de elementos del activo, préstamo, contrato o cualquier otro medio de control. Para la aplicación de las disposiciones precedentes, la Alta Autoridad determinará, mediante un reglamento adoptado previa consulta al Consejo, los elementos que constituyen el control de una empresa;” Art. 66(2): “La Alta Autoridad otorgará la autorización mencionada en el apartado anterior si reconociere que la operación contemplada no conferirá a las personas o empresas interesadas, con respecto al producto o productos de su competencia, el poder: - de determinar los precios, controlar o limitar la producción o la distribución u obstaculizar el mantenimientos de una competencia efectiva en una parte importante del mercado de tales productos; o de sustraerse a las normas sobre la competencias que resulten de la aplicación del presente Tratado, estableciendo, en particular, una posición artificialmente privilegiada, que implique una ventaja sustancial en el acceso a los abastecimientos o a los mercados. en esta apreciación, y de acuerdo con el principio de no discriminación en la letra b) del artículo 4, la Alta Autoridad tendrá en cuenta la importancia de las empresas de la misma naturaleza que existan en la Comunidad, en la medida en que lo considere justificado para evitar o corregir las desventajas que resultan de una desigualdad en las condiciones de competencia. La Alta Autoridad podrá subordinar la autorización a cualesquiera condiciones que estime apropiadas a los fines del presente apartado. Antes de pronunciarse sobre una operación que afecte a empresas una de las cuales al menos no esté sujeta a la aplicación del artículo 80, la Alta Autoridad recabará las observaciones del Gobierno interesado.”

1972, en la que concedía, a petición de la empresa *Ruhrkohle AG*, una autorización para la fusión de la mayoría de las compañías mineras del Ruhr en una única compañía. La decisión de la Comisión proporcionaba unas reglas que establecían nuevas condiciones relativas a las cantidades mínimas que debían adquirirse por los comerciantes para tener derecho al suministro directo del productor. La empresa J. Nold, una sociedad limitada dedicada al comercio mayorista de carbón y de materiales de construcción, requirió, ante el Tribunal de Justicia Europeo, la anulación de la referida decisión, para lo que argumentaba que *Ruhrkohle AG*, gracias al permiso de la Comisión, había fijado las nuevas estipulaciones arbitrariamente, de modo que el recurrente había acabado perdiendo su derecho al suministro directo, ya que la cantidad y la naturaleza de sus ventas no alcanzaban los nuevos límites establecidos, por lo que tenía que negociar a través de un intermediario, con todas las desventajas que esto implicaba. El recurrente se consideró discriminado porque, al contrario de otras empresas, perdió el derecho al suministro directo. Además, las nuevas restricciones, según argumentó, ponían en riesgo su propia existencia, por lo que violaban de manera flagrante su derecho a la propiedad y a la libertad de empresa, derechos protegidos por las Constituciones de los distintos Estados miembros.

Sin embargo, la Comisión reconoció las implicaciones de su decisión a favor de cambios en los términos de la negociación y el perjuicio que por acaso hubiera causado a ciertas empresas. Pero justificó su medida en la necesidad de la empresa *Ruhrkohle* de racionalizar el sistema de mercado, ante el declive de las ventas de carbón, y limitar la asociación para el suministro directo a aquellos negociadores que operaran en una escala suficiente.

El Tribunal de Justicia Europeo acogió el argumento de la Comisión y negó la solicitud. La Corte estimó que los criterios impuestos en la decisión comunitaria se justificaban ante las condiciones a las que se sujetaba la extracción del carbón y las dificultades económicas derivadas de la recesión en su producción. Supuestas desventajas sobrevenidas en perjuicio del recurrente derivarían, en verdad, de cambios en la economía, por lo que le cabría reconocer un nuevo contexto y llevar a cabo la debida adaptación.

Al apreciar el argumento de la violación de los derechos fundamentales, el Tribunal asume definitivamente su tutela y sujeta normativamente cualquier acción comunitaria al respecto a su contenido. Al delimitar la amplitud de esta protección conferida a los derechos fundamentales, la Corte comunitaria crea una conexión con los Estados miembros y extiende su tutela no tanto a aquellos derechos derivados de sus propias constituciones como a otros provenientes de tratados de los que sean signatarios.³⁸³

Finalmente, el Tribunal de Justicia consideró que aún cuando se reconozcan por las Constituciones de los Estados miembros los derechos de propiedad, de libertad de empresa y de elección de profesión, éstos están sujetos a limitaciones derivadas de su función social y del interés público. En este sentido, su limitación de cara a los objetivos que deben alcanzarse por la Comunidad, siempre que se mantenga incólume su esencia, no implica infracción a lo que prescriben.

Como se percibe, a través de esta decisión la Corte comunitaria trajo hacia la esfera de su competencia la salvaguarda de los derechos fundamentales. El reconocimiento, en el ámbito internacional, de las tradiciones constitucionales y de actuación de los Estados miembros, como fuente del vínculo que sujeta las instituciones comunitarias a la garantía de los derechos fundamentales, asociada al entrelazado jurisdiccional tan inherente a la actuación judicial en el ámbito comunitario, representa una ingeniosa manera de armonizar la Corte con el avanzado estado de protección de tales derechos en estos Estados. Además de eso, la forma como se engendra esta relación ayuda a evitar fricciones entre los ordenamientos nacional y comunitario y establece una conexión con el contenido de otra célebre decisión. Al enunciar, en la sentencia *Van Gend en Loos*, que las normas comunitarias generaban obligaciones y derechos no sólo para los Estados miembros sino también para sus ciudadanos individualmente considerados, la Corte aún no se había

³⁸³ En este sentido afirma: “As the Court has already stated, fundamental rights form an integral part of the General Principles of Law, the observance of which it ensures. In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the member-States, and it cannot, therefore uphold measures which are incompatible with fundamental rights recognized and protected by the constitutions of those States. Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the member-States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community Law.”

lanzado sobre el tema de los derechos fundamentales. La decisión NOLD, en este sentido, tiene un carácter complementario de imprescindible valor, pues deja patente que la Comunidad, así como el Estado, además de representar una fuente de normas jurídicas dotadas de efecto directo, también se sujeta a las limitaciones provenientes de los derechos fundamentales. La relación de poder que deriva de la Comunidad en relación al individuo, cuando se concluye que las normas comunitarias están dotadas de efecto directo, se invierte en la medida en que este mismo individuo se reconoce como una unidad absoluta de la que derivan derechos fundamentales orientados hacia la limitación del ejercicio del poder político.³⁸⁴

3. La construcción jurisdiccional de los contralímites

3.1 Consideraciones preliminares

Si en las páginas anteriores fue posible verificar la composición del discurso normativo europeo con base en las cualidades atribuidas al ordenamiento comunitario por parte del Tribunal de Justicia Europeo, es oportuno analizar ahora el contrapunto a este discurso establecido por las

³⁸⁴ A pesar del indiscutible avance que representa la decisión NOLD, no cabe ignorar que de los tres aspectos normativos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, aquí destacados, la salvaguardia de los derechos fundamentales quizás sea lo más incipiente de todos. El Prof. Francisco Balaguer Callejón destaca algunas causas de esta insuficiencia: “Tradicionalmente, sin embargo, se ha confiado al TJCE la función de impulsar el ordenamiento comunitario, algo que ha hecho con gran eficacia. El desarrollo de principios tales como el efecto directo o la primacía del derecho comunitario, de articulación de los ordenamientos internos con el orden europeo ha sido obra esencial del TJCE. A través de esos principios se ha adquirido una progresiva conciencia de la irreversibilidad del proceso de integración europea y de la necesidad de avanzar en él mismo. Sin embargo, mientras principios de esa naturaleza los ha formulado el TJCE en el ámbito de sus competencias, no se puede decir lo mismo de la pretensión de que el tribunal vaya formulando una declaración de derechos más allá del ámbito de las competencias naturales del derecho comunitario. El margen de acción del TJCE en relación con los derechos fundamentales es muy limitado porque sólo se puede mover dentro de los límites de la aplicación del derecho comunitario y de los conflictos que esa aplicación pueda provocar. Progresar más allá de ese ámbito requiere de una decisión política de carácter constituyente. Pero esa decisión no puede recaer sólo sobre los derechos fundamentales sino que tiene que extenderse a aquellos otros aspectos en los que una declaración de derechos pueda adquirir sentido.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2004, p. 37).

principales Cortes constitucionales europeas. Se trata de la construcción de lo que se conoce doctrinalmente como contralímites, es decir, límites a los efectos del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, en especial, en su aplicación frente las Constituciones nacionales, aspecto que nos interesa directamente, pues como afirma Tania Groppi, "(...) con relación a la 'primauté' constitucional, cuarenta años después de su introducción por vía jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia, el examen de los ordenamientos nacionales muestra cómo no se ha alcanzado un punto de equilibrio satisfactorio al respecto, manteniéndose una profunda distancia entre los Jueces de Luxemburgo y las jurisdicciones constitucionales nacionales."³⁸⁵ Estos contralímites se circunscriben, en general, a contenidos constitucionales considerados intangibles. Indiscutiblemente, su ataque al principio de primacía del Derecho comunitario representa una reacción al contexto de crisis generado por él en el ámbito constitucional. Pues, si ya no se puede afirmar que el Poder Constituyente, que abarca la elaboración y la reforma de la Constitución, se mantiene al margen del intensificado proceso de integración europea, tampoco se puede afirmar que los principios que orientan este proceso se mantienen fuera del alcance de la influencia del constitucionalismo de los Estados que forman la Unión Europea y, por consiguiente, fuera de la onda expansiva generada por la manifestación del poder constituyente en varios de ellos. En este sentido, los contralímites representan obstáculos intransponibles, engendrados en el ejercicio del poder constituyente originario, impuestos al principio de primacía del Derecho comunitario. Por tanto, el contexto de crisis en el ámbito constitucional generado al profundizar en la integración comunitaria es lo que sirve de lastre para este contrapunto. Y el nudo gordiano del debate, como queda claro, estará enfocado en el tema de la primacía del Derecho comunitario.

El modo como se produce esta limitación a la plenitud del principio de primacía del Derecho comunitario acaba por unir la previsión de apertura constitucional al proceso de integración con el mecanismo de reforma de la Constitución. Ello porque muchas veces los obstáculos impuestos a la primacía

³⁸⁵ GROPPi, Tania. La 'Primauté del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional Nacional: un punto de vista comparado. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 5, Enero-Junio de 2006, Granada, 2006, p. 226.

tienen naturaleza formal y se configuran como lo que Alfonso Celotto y Tania Groppi denominan límites formales a la “*primauté*”.³⁸⁶ No obstante, también se concretan como límites materiales a la reforma constitucional, con lo que se caracterizan como contralímites propiamente dichos,³⁸⁷ que pueden ser textuales o no textuales, conforme estén previstos en el texto constitucional o hayan sido engendrados, y sigan siendo enunciados, jurisdiccionalmente.³⁸⁸ El discurso que surge de tales contralímites es el de que aquello cuya modificación se le prohibió al constituyente derivado, no puede ser vulnerado por las expansiones normativas comunitarias, las cuales muchas veces carecen de controles similares a los que se sujeta una norma interna y, sobre todo, una norma constitucional.³⁸⁹ Este vínculo establecido entre la apertura de

³⁸⁶ “Podemos hablar de límites formales (o procedimentales) cuando los ordenamientos nacionales admiten la primacía del derecho comunitario sobre las normas nacionales (incluidas las de rango constitucional), a condición de que el mismo sea introducido a través de un procedimiento especial, distinto del legislativo y, por lo general, similar o coincidente con aquél de la revisión constitucional. en general, dicha previsión está contenida en la *European clause* vigente en cada una de las Constituciones en relación a la incorporación del derecho comunitario originario, pero a veces puede operar también para el derecho comunitario derivado (...): habitualmente exige, junto a mayorías parlamentarias cualificadas, la intervención del cuerpo electoral mediante referendium.” (CELOTTO, Alfonso, GROPPi, Tania. Derecho UE y Derecho Nacional: *Primauté vs. Contralímites*. In: CARTABIA, Marta; DE WITTE, Bruno; PÉREZ TREMPs, Pablo, GÓMEZ FERNANDEZ, Itziar. *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*. Valencia: Tirant lo Blach, 2005, p. 292).

³⁸⁷ “Los límites materiales se refieren al momento de la aplicación del derecho comunitario, en el sentido de que la *primauté* sobre el derecho nacional de rango constitucional puede ser limitada a través del control operado por parte de los jueces nacionales: es entonces posible, al menos en el plano teórico, que un juez o más frecuentemente, un Tribunal constitucional se resista a la aplicación del derecho comunitario cuando éste entre conflicto con los principios supremos del propio ordenamiento o con los derechos inviolables de la persona. (...) Los límites de esta naturaleza — normalmente indentificados como ‘contra-límites’ precisamente en cuanto límites a las limitaciones de la soberanía nacional — afloran en ordenamientos que, admitiendo límites a la revisión constitucional y (...) una jerarquía dentro de las normas de rango constitucional (...), no aceptan plenamente el principio de la primacía del derecho comunitario, juzgando que ni siquiera una revisión constitucional podría resultar idónea para introducir en ellos normas europeas (...) en contraposición con el núcleo irrenunciable de principios nacionales.” (*Ibidem*, p. 292, 293).

³⁸⁸ “Cuando los contralímites están previstos en el texto constitucional como parámetro ofrecido a la Corte para enjuiciar el derecho europeo, podemos hablar de límites materiales textuales (Alemania); en cambio, cuando los contralímites operan sólo sobre la base de una creación jurisprudencial de las Cortes constitucionales que se han auto-atribuido un poder de control de la constitucionalidad del derecho europeo, podemos hablar de límites materiales no textuales (Italia). (*Ibid.*, p. 292)

³⁸⁹ Acerca del contenido de esta doctrina, Alejandro Sainz Arnaiz afirma: “La doctrina de los ‘contra-límites’, en definitiva, asume que la integración provoca modulaciones, desplazamientos o deroghe (en la terminología italiana) de ciertas previsiones constitucionales que se perciben como efecto necesario de la nueva realidad supranacional siempre que no incidan en ámbitos materiales de especial sensibilidad para la propia identidad constitucional, en concreto, y siempre con formulaciones dotadas de un elevado grado de indeterminación, los derechos fundamentales y ciertos principios estructurales básicos. (SAIZ ARNAIZ, Alejandro. De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europea integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. In: LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro;

las constituciones al proceso de integración y aspectos formales y, especialmente, materiales de la reforma constitucional encuentra una traducción no completamente perfecta, aunque más avanzada que las antiguas cláusulas genéricas de apertura —tales como el artículo 11 de la Constitución italiana, el 93 de la Constitución española o el 24.1 de la Constitución alemana—, en las cláusulas europeas introducidas en algunas de las Constituciones de los Estados miembros. Mediante estas cláusulas los contralímites dejaron de ser una dimensión implícita de la Constitución, deducida como reservas o restricciones a la integración comunitaria por parte de las jurisprudencias de las Cortes Constitucionales para expresarse de forma inequívoca en el texto constitucional.³⁹⁰ Es lo que destaca Tania Groppi cuando afirma que, como reacción a la orientación absolutista del Tribunal de Justicia Europeo con relación a la primacía del Derecho comunitario y como paso siguiente a su enunciación jurisdiccional: “(...) ha sido cada vez más frecuente la introducción de tal tipo de límites en las así llamadas 'cláusulas europeas', que han sido añadidas en las Constituciones en sus reformas para permitir la adhesión a la Unión Europea, y encontrando por tanto formulación normativa explícita en la norma fundamental.”³⁹¹

En este contexto, puede parecer que la dinamización de la integración padece de falta de fluidez, al chocar la concepción de un órgano responsable de la unidad del Derecho comunitario, y que aboga por la primacía de éste

FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitución española y Constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 60).

³⁹⁰ Gil Carlos Rodríguez Iglesias identifica el problema al afirmar: “A este respeto cabe destacar una tendencia a limitar en cierta medida el alcance de las disposiciones constitucionales nacionales que posibilitan la transferencia de competencias a las Comunidades y a la Unión europea. En efecto, muchas Constituciones han sido modificadas para permitir el avance del proceso de integración tal y como este se contempla en los progresivos tratados modificativos resultantes de las Conferencias intergubernamentales, por lo que las cláusulas constitucionales nacionales no son ya genéricas, sino adaptadas a cada cambio o desarrollo de las competencias comunitarias. Ello trae como consecuencia que los avances en la integración y en la atribución de nuevas competencias a la CE se enfrenten a resistencias de fondo que el progreso en la construcción europea requiere con frecuencia que los nuevos Tratados de reforma se acompañen de simultáneas reformas constitucionales. Este hecho se inscribe en una tendencia general de las cláusulas constitucionales de habilitación a la concreción de la limitación o transferencia de soberanía a la UE, lo que supone que la perspectiva del logro y consolidación de la Unión Económica y Monetaria representará probablemente una intensificación del problema de los límites constitucionales de la transferencia de competencias, problemas particularmente puesto de relieve por las reformas operadas en las Constituciones alemana y francesa, que, aun llevadas a cabo en contextos diferentes, coinciden en poner de relieve una misma problemática.” (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.; VALLE GALVEZ, A. Op. cit., 1997, p. 372).

³⁹¹ GROPPi, T. Op. cit., 2006, p. 227.

sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros, con las de otro cuya función primordial es la defensa de la supremacía de la Constitución.³⁹² La construcción de contralímites por parte de las cortes constitucionales, no obstante, compone este debate normativo interinstitucional, que, muchas veces, se caracteriza por decisiones que tienen una fuerte connotación política, en las que el contenido jurídico aparece, ciertamente, dotado de carácter prescriptivo, aunque con una predominante naturaleza indicativa de la compatibilidad deseada entre el proceso de integración y la Constitución nacional.³⁹³ La reticencia de las cortes constitucionales para protagonizar una intervención irremediable en temas comunitarios representa una prueba patente de esta afirmación. La vehemencia con la que se manifiestan los principales tribunales constitucionales europeos denota, como hemos afirmado antes, una interlocución normativa con el Tribunal de Justicia Europeo y, en cierta forma, impulsa al Derecho comunitario en el sentido de compatibilizar los cánones constitucionales, muchos de los cuales han sido adoptados de forma

³⁹² Una postura reservada respecto a la solución del problema normativo que resulta de este conflicto la manifiestan Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Galvez, utilizando el “wishful thinking”, siempre conveniente, de la improbabilidad práctica de un tal embate: “La reticencia de los Tribunales Constitucionales a asumir el principio de la primacía del Derecho comunitario con el alcance que le da el Tribunal de Justicia es ciertamente comprensible teniendo en cuenta que la supremacía de la Constitución constituye el presupuesto existencial de dichos Tribunales Constitucionales. En el estadio actual de la integración europea, caracterizado, en el plano jurídico, por la relativa autonomía recíproca de los ordenamientos jurídicos nacional y comunitario, a pesar de sus múltiples imbricaciones, y por la separación de sus órganos jurisdiccionales, que no se integran en una relación jerárquica, el conflicto radical entre las exigencias del ordenamientos comunitario y las de la Constitución de un Estado miembro no es susceptible de solución lógicamente satisfactoria, ya que tanto el Derecho comunitario como el Derecho constitucional nacional se autoafirman con la pretensión de primacía. Ahora bien, tal conflicto radical es en realidad puramente hipotético y tanto los Tribunales Constitucionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueden y deben evitar que tal conflicto se produzca.” (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.; VALLE GALVEZ, A. Op. cit., 1997, p. 373, 374).

³⁹³ Alejandro Saiz Arnaiz ofrece un vislumbre de este debate al analizar la relación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales: “El mencionado diálogo constitucional se produce a través de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales implicados en el mismo, en ocasiones — ni mucho menos siempre — como resultado del planteamiento de una cuestión prejudicial y de la pertinente respuesta a la misma (art. 234). (...) En muchas otras ocasiones aquel diálogo resulta, más allá de cuanto establece el art. 234 TCE, de resoluciones en las que un Tribunal, tanto en obtener dicta como al expresar sus *rationes decidendi*, se manifiesta sobre aspectos vinculados al proceso de integración sin esperar una respuesta inmediata de sus interlocutores pero en el convencimiento de que éstos no ignorarán o desconocerán su contenido. En buena medida las relaciones entre los Tribunales Constitucionales y el TJCE, también en el terreno de la tutela de los derechos fundamentales, están construidas desde este presupuesto ya que (...) el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los primeros es, por el momento, muy excepcional.” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005, p. 533).

genérica por los Estados miembros, lo que armoniza la relación jurídica entre ellos y la Unión.³⁹⁴ Tania Groppi destaca este contexto al afirmar:

“(...) el ordenamiento jurídico comunitario no puede quedar indiferente a las limitaciones nacionales de la 'primauté' constitucional, las cuales, por contra, vienen ahora a formar parte del mismo ordenamiento europeo. se admite así, que una norma nacional pueda derogar a una norma comunitaria: los 'contralímites' adquieren una legitimación propia, como forma dinámica de prevalencia del Derecho nacional con relación al caso en cuestión; la 'primauté' asume contenidos nuevos y diferentes, y admite derogaciones a nivel nacional (...).”³⁹⁵

Es oportuno destacar que lo que denominamos “construcción jurisdiccional de los contralímites” no surge de forma homogénea, imponiéndose, como una norma común, a varios órganos jurisdiccionales nacionales en los diversos Estados miembros de la Unión Europea. Por el contrario, se caracteriza como un fenómeno dialéctico. Un largo proceso, en el que las sucesivas negaciones dan lugar a una síntesis normativa que se perfecciona con el tiempo y en la que la acción recíproca puede darse tanto en la relación Derecho comunitario / Derecho interno, como en entre fuentes del

³⁹⁴ El Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma que, en el contexto europeo, la falta de un órgano dotado de legitimidad directa conferida por la ciudadanía europea — a través del cuál se efectúe un control pleno de la acción político-legislativa comunitaria en los Estados miembros y ante el que los órganos comunitarios deban prestar responsabilidad política — genera un cuadro de fortalecimiento al envés fragmentación de la soberanía, lo que justificaría un miedo a la Constitución acerca del cuál trataremos en los apartados siguientes. En este contexto, la acción de los Tribunales Constitucionales representaría un equilibrio y limitación constitucional de esta soberanía al exigir la adopción, en el ámbito comunitario, de los cánones constitucionales vigentes en los Estados Miembros. En este sentido el catedrático granadino: “Desde esta perspectiva se puede comprender perfectamente el recelo frente a la presencia de los tribunales constitucionales nacionales en el debate europeo. En un proceso de integración que hacía posible eludir los controles constitucionales internos desplazando la responsabilidad al ámbito europeo, la voz discordante de los tribunales constitucionales no era, como pudiera parecer y como de hecho se ha querido hacer ver, la de defensa de las prerrogativas estatales. Defender la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos no es defender la soberanía del Estado sino defender el sometimiento del Estado a límites jurídicos que habían desaparecido en gran medida (a pesar de la impresionante labor del Tribunal de Justicia) mediante el desplazamiento del poder de decisión al ámbito europeo. Ahora bien, en la medida en que la voz de los tribunales constitucionales internos sólo podía basarse en la Constitución nacional, la percepción extendida de ese protagonismo de los tribunales desde el ámbito europeo era la de una opinión discordante con el proceso de integración. No era así, sin embargo, porque estar a favor del control constitucional del poder no debería haberse considerado nunca como una resistencia frente al proceso de integración sino como una crítica a la forma en que el proceso de integración se estaba desarrollando.” (BALAGUER, CALLEJÓN, Francisco. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N° 7, Granada – falta completar, 2007).

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 229.

Derecho, especialmente, en la jurisprudencia y el texto de la Constitución. El vínculo que se establece entre la acción de los distintos tribunales constitucionales que contribuyen de forma más decisiva a la construcción de los contralímites y que proporciona la homogeneidad que posibilita un análisis de sus actuaciones, en conjunto, es la inevitable circunstancia de que todos y cada uno de ellos, al manifestarse sobre el tema, lo hacían, y hacen, ejercitando aquello que constituye su máxima competencia: la salvaguarda de la Constitución nacional. Por ello, es posible percibir, entre tales órganos, preocupaciones comunes y líneas argumentativas que conducen a soluciones interconectadas, a pesar de que, cuando los tribunales emiten sus decisiones, lo hacen partiendo del aislado punto de vista nacional. Las circunstancias que rodean tales decisiones acaban proyectándolas en el escenario comunitario y le confieren un valor normativo muy superior al intrínsecamente nacional. De ahí que podamos afirmar que tales decisiones también constituyen, junto a las sentencias del Tribunal de Justicia, el discurso normativo europeo.³⁹⁶

El análisis que desarrollaremos a continuación no tiene carácter exhaustivo. No pretende enumerar y analizar todas las manifestaciones de reservas, en lo que atañe a la relación entre Derecho comunitario y Derecho interno, emitidas por tribunales constitucionales en los Estados miembros de la Unión Europea. Tampoco busca agotar la jurisprudencia de los tribunales constitucionales analizados. Nuestro estudio tiene carácter ejemplarizador. Utilizamos este análisis para demostrar que el discurso normativo comunitario necesitó, y todavía hoy en día necesita, la actuación de los tribunales constitucionales, y como esta actividad engendró un relevante contrapunto a

³⁹⁶ Esta convergencia parece ser aquella que surge del razonamiento de Gil Carlos Rodríguez Iglesias e Alejandro Valle Gálvez: "Es claro, sin embargo, que, por flexible que sea la interpretación de los preceptos que constituyen el fundamento constitucional para la atribución de competencias a la Comunidad, tal interpretación no puede conducir al resultado de legitimar la infracción de los principios constitucionales fundamentales. En este sentido, la hipótesis de conflicto entre Derecho comunitario y Constitución nacional debe quedar reducida al supuesto de contradicción entre las normas comunitarias y tales principios constitucionales fundamentales. Ahora bien, la realización de esta hipótesis debe quedar excluida en razón de la incorporación al Derecho comunitario, en cuanto principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, de esos principios constitucionales, que son sustancialmente comunes a los Estados de la Comunidad, los cuales comparten los mismos valores esenciales. A este respecto incumbe al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la gran responsabilidad de interpretar el conjunto del Derecho comunitario de conformidad con esos principios, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales." (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.; VALLE GALVEZ, A. Op. cit., 1997, p. 375).

las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo, analizadas en las páginas anteriores. De esta forma, no se analizarán todos los tribunales constitucionales comunitarios. Y, en los analizados, no se estudiará toda la jurisprudencia relativa al Derecho comunitario. Partiendo de estas premisas, destacaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Constitucional italiana, en virtud de la sofisticación y complejidad de los argumentos presentes en ella, que otorgan una profundidad paradigmática al debate establecido por tales órganos jurisdiccionales con el Tribunal de Justicia Europeo. Intercalando la jurisprudencia de estos dos tribunales constitucionales, trataremos de exponer el desarrollo jurisprudencial francés, como ejemplo de la transición de una postura reservada con relación al proceso de integración, basada en criterios materiales, a otra más abierta a sus presupuestos, para hacer prevalecer una adaptación formal de los parámetros constitucionales a la integración. Finalmente, cabe analizar el desarrollo de la jurisprudencia española, sus peculiaridades y su contribución.

3.2. El desacuerdo alemán

El más vehemente contrapunto a las posiciones del Tribunal de Justicia Europeo y al fundamento normativo de la integración europea forjado por él proviene de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. A partir de la década de los setenta, esta Corte ha tratado de frenar cualquier “frenes” integracionista, para ello se ha apoyado en un sólido argumento a favor de la protección de los derechos fundamentales. Esta posición comenzó a definirse, de manera contundente, con la decisión *Solange I*, en 1974; se suavizó con la sentencia *Solange II*, en 1986; y culminó con *Maastricht*, en 1993.

3.2.1. Solange I

En el caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und-Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Solange I), el litigio se centraba en el depósito que, según la normativa del Consejo y de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, constituía la condición para la exportación de productos derivados de los cereales.³⁹⁷ Dicho depósito debería efectuarse a favor de la autoridad competente en el momento de obtener la licencia para exportar tales productos, y se consideraría perdido³⁹⁸ —excepto en caso de fuerza mayor³⁹⁹— si en el período estipulado en la licencia no se alcanzara la cuota de exportación.

En 1970 la *Internationale Handelsgesellschaft mbH* requirió, ante el Tribunal Administrativo de Frankfurt am Main, la anulación de la decisión de la *Einfuhr-und-Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* de decretar la pérdida del depósito efectuado por aquella entidad porque no había cumplido la meta de exportación dentro del plazo estipulado en la licencia. El Tribunal Administrativo, como entreveía una infracción de los derechos fundamentales constitucionalmente amparados por el ordenamiento alemán, derivada de las disposiciones normativas de la Comunidad Económica Europea que fundamentaban jurídicamente la licencia de exportación,⁴⁰⁰ elevó el caso, en los

³⁹⁷ EEC Regulation 120/67, Art. 12(1): “Imports into the Community or exports therefrom of any of the products listed in Article 1 shall be subject to the submission of an import or export license which may be issued by member-States to any applicant irrespective of the place of his establishment in the Community. (...) The issue of such licenses shall be conditional on the lodging of a deposit guaranteeing that importation or exportation is effected during the period of validity of the license; the deposit shall be forfeited in whole or in part if the transaction is not effected, or is only partially effected, within that period.”

³⁹⁸ EEC Regulation 473/67, Art. 8(2): “Subject to Article 9 hereof, if the obligation to import or export has not been fulfilled during the period of validity of the license, the deposit is forfeited (...)”

³⁹⁹ EEC Regulation 473/67, Art. 9: “If the import or export is prevented within the period of validity of the license by a circumstance which is to be regarded as *force majeure*, and if application is made for these circumstances to be taken into account, then: (a) in the cases listed in paragraph (2) (a) – (d) hereof, the obligation to import or export is extinguished, and the deposit is not forfeited. (...) (b) in the cases listed in paragraph (2) (e) – (h) hereof, the period of validity of the license is extended by the period of time which the competent authority may order that the obligation to import or export be extinguished and that the deposit be not forfeited.”

⁴⁰⁰ El principal argumento en este sentido, era el de que el sistema de depósitos violaba el principio de proporcionalidad, el principio de libertad de acción y disposición y de libertad económica.

términos del Art. 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, al Tribunal de Justicia Europeo para que éste se manifestara sobre la validez de las normas en cuestión, especialmente en lo que concernía a la obligación de exportar, a la obligación de efectuar el depósito y su eventual pérdida, en el caso de que no se alcanzara la cuota estipulada en la licencia de exportación, y a la aplicación de la fuerza mayor como única hipótesis que excluiría la referida pérdida.

Ya en la esfera supraestatal, el Abogado General argumentó en sus conclusiones que las normas comunitarias no podían juzgarse desde el Derecho nacional, incluso aunque se tratara de las Constituciones estatales. Esto sólo podría efectuarse en relación al Derecho comunitario.⁴⁰¹ Al referirse al surgimiento de una supuesta Constitución no escrita, destacó que las disposiciones estatales auxilian al ordenamiento comunitario para que encuentre, dentro de su ámbito, los recursos adecuados para lograr el respeto a los derechos fundamentales, que constituían la herencia común de los Estados miembros.⁴⁰² El Tribunal de Justicia Europeo debería, por tanto, reafirmar la garantía de protección a los derechos humanos considerados fundamentales. El sistema de depósitos utilizado, era procedente y necesario para el funcionamiento del mercado comunitario de cereales y, en verdad, constituía la medida menos restrictiva orientada a su garantía.

El Tribunal de Justicia Europeo, al pronunciarse sobre el caso, negó que pudiera haber algún factor que afectara la validez de las normas reguladoras

⁴⁰¹“The legality of a Community measure can be judge only in the light of the ordinary law, whether written or unwritten, but never in the light of the national law, even if that is a constitutional law. As the Court held in *Costa v. Enel*, a Community measure 'because of its special and original nature' cannot 'be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called in question'. This principle applies, according to the case-law of the Court, whatever the national legal rule invoked and the Court has in particular held that the validity of a Community decision could not be judged in the light of the Basic German Law.” (GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E. (ed.). *International Law Reports*. vol. 93. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1993, p. 369).

⁴⁰²“Does that mean that the fundamental principles of national legal systems have no function in Community law? No. They contribute to forming that philosophical, political and legal substratum common to the Member States from which Community law emerges, one of the essential aims of which is precisely to ensure the respect for the fundamental rights of the individual. In that sense, the fundamental principles of the national legal systems contribute to enabling Community law to find in itself the resources necessary for ensuring, where needed, respect for the fundamental rights which form the common heritage of the Member States.” (*Ibidem*, p. 370)

en cuestión. Además, admitió el argumento del Abogado General de que la validez de las normas comunitarias sólo podría analizarse desde el propio Derecho Comunitario. El Tratado, según la Corte comunitaria, era una fuente independiente de Derecho y no quedaba sujeta, bajo pena de perder tal carácter, a las normas del Derecho nacional, aunque se encontrara encuadrado entre ellas. En este sentido, el argumento de que algunas disposiciones normativas comunitarias habían vulnerado la protección de los derechos fundamentales garantizada en la Constitución nacional, no podría utilizarse como elemento para cuestionarse su validez. La estructura y los objetivos de la Comunidad garantizaron el respeto a los derechos fundamentales que, a su vez, eran parte integrante de los principios protegidos por el Tribunal de Justicia Europeo.⁴⁰³

El Tribunal Administrativo de Frankfurt am Main, reiteró su posición original y elevó el caso al Tribunal Constitucional Federal alemán que, por cinco votos contra tres, lo admitió a trámite, aunque no apreció incompatibilidad entre las normas comunitarias y la Constitución alemana.

En relación a la admisión a trámite del recurso, la Corte germana reconoció que no podía decidir sobre la validez de una norma comunitaria, pero sí sobre su aplicabilidad o no por parte de las autoridades nacionales en el caso de que entrara en conflicto con una norma constitucional relativa a los derechos fundamentales. Su competencia para proteger tales derechos amparados por la Constitución era exclusiva, a pesar de que el Tribunal de Justicia Europeo argumentara que tenía competencia para proteger los mismos derechos de acuerdo con el ordenamiento comunitario. Según el Tribunal Constitucional Federal, ningún otro órgano jurisdiccional podía privarlo de tal autoridad garantizada constitucionalmente.⁴⁰⁴ Además, intensificar la garantía

⁴⁰³“Recourse to the legal rules or concepts of national law in order to judge the validity of measures adopted by the institutions of the Community would have an adverse effect on the uniformity and efficacy of Community law. The validity of such measures can only be judged in the light of Community law. In fact, the law stemming from the Treaty, an independent source of law, cannot because of its very nature be overridden by rules of national law, however framed, without the legal basis of the Community itself being called in question. (...) In fact, respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice. The protection of such rights, whilst inspired by the constitutional traditions common to the member States, must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community.” (*Ibid.*, p. 378).

⁴⁰⁴“As its previous decisions show, the European Court also considers that it has jurisdiction by its decisions to protect fundamental rights in accordance with Community law. On

de los derechos fundamentales y ampliar las libertades promovidas por las Constituciones nacionales, de modo que tuvieran un mayor alcance que en el ámbito supraestatal, no afectaría a la Comunidad. La posición vencida alegó, sin embargo, que la consulta era inadmisibles, dado que el Art. 24(1) de la Constitución alemana, contenía no sólo una autorización para transferir derechos soberanos a instituciones "interestatales", sino la exigencia de que los actos soberanos derivados de tales instituciones fueran reconocidos por la República Federal, razón por la que no cabía que tales actos quedaran sujetos a revisión en virtud de la Constitución nacional.⁴⁰⁵

El Tribunal Constitucional Federal decidió que no había una evidencia de conflicto normativo, pero de la cuestión suscitada destacó algunos puntos de considerable relevancia en relación al tema de la supraestatalidad. Así, reconoce que el Derecho Comunitario, dado que deriva de una fuente autónoma, es un sistema independiente que no forma parte ni del ordenamiento jurídico nacional ni del internacional. Por otro lado, la Comunidad no puede caracterizarse como un Estado. Su verdadera naturaleza sería la de una institución "interestatal" en un proceso de progresiva integración.⁴⁰⁶ La

the other hand, only the Bundesverfassungsgericht is entitled, within the framework of the powers granted or it in the Constitution, to protect the fundamental rights guaranteed in the Constitution. No other court can deprive it of his duty imposed by constitutional law. Thus, accordingly, in so far as citizens of the Federal Republic of Germany have a claim to judicial protection of their fundamental rights guaranteed in the Constitution, their status cannot suffer any impairment merely because they are directly affected by legal acts of authorities or courts of the Federal Republic of Germany which are based on Community law. (...) The result is: (...) a reference by a court in the Federal Republic of Germany to the Bundesverfassungsgericht in judicial review proceedings, following the obtaining of a ruling of the European Court under article 177 of the Treaty, is admissible and necessary if the German court regards the rule of Community law which is relevant to its decision as inapplicable in the interpretation given by the European Court, because and in so far as it conflicts with one of the fundamental rights in the Constitution." (*Ibid.*, p. 392, 395).

⁴⁰⁵(...) On an objective interpretation, Article 24(1) of the Constitution says not only that the transfer of sovereign rights to inter-State institutions is admissible, but also that the sovereign acts of the inter-State institutions are to be recognized by the Federal Republic of Germany. This precludes any subjections of these acts to national review. For this is precisely what the Federal Republic of Germany has relinquished by its entry into the EEC, its consent to the establishment of Community organs and its collaboration in the foundation of an autonomous sovereign power. The sovereign acts which are to be recognized and which are not subject to any national review include the law-making of the European Community organs. (*Ibid.*, p. 399).

⁴⁰⁶"This Court — in this respect in agreement with the law developed by the European Court of Justice — adheres to its settled view that Community law is neither a component part of the national legal system nor international law, but forms an independent system of law flowing from an autonomous legal source; for the Community is not a State, in particular not a federal State, but 'a sui generis community in the process of progressive integration', an 'inter-State institution' within the meaning of Article 24(1) of the Constitution." (*Ibid.*, p. 388).

independencia y la paridad entre ambos sistemas normativos, argumenta la Corte germana, harían que los órganos de cada uno de ellos tuvieran competencia para decidir sobre la fuerza vinculante, la interpretación y la observancia del ordenamiento en su propio ámbito jurídico. En el supuesto de que existiera un conflicto, para su solución no bastaría con el argumento a favor de la primacía del Derecho comunitario que justifica su prevalencia frente al Derecho nacional, ya que no sólo el Estado, sino la también la Comunidad, tienen la obligación de resolver cualquier conflicto que pudiera derivar de la interacción entre el ordenamiento supraestatal y los preceptos arraigados en el Derecho Constitucional de los Estados miembros.⁴⁰⁷

A pesar de haber tratado el tema de la delegación de soberanía a favor de entidades “interestatales” como la Comunidad Económica Europea, prosigue el Tribunal alemán, la Constitución no autoriza literalmente la transferencia de derechos soberanos. Sin embargo, la Carta Magna proporciona la apertura del sistema jurídico a la incidencia del efecto y de la aplicabilidad directa derivada de otra fuente, sin que se permita cambiar su estructura básica, como resultado de cualquier alteración en la legislación comunitaria, primaria o secundaria. En este sentido, como la garantía de los derechos fundamentales representa una característica inalienable de la Constitución, el artículo 24(1) no permite que se sujete a ningún tipo de reserva.⁴⁰⁸ Desde la perspectiva de la Corte germana, como carece de un

⁴⁰⁷“For in this case, it is not enough simply to speak of the 'precedence' of Community law over national constitutional law, in order to justify the conclusion that Community law must always prevail over national constitutional law because, otherwise, the Community would be put in question. (...) The binding of the Federal Republic of Germany (and of all member-States) by the Treaty is not, according to the meaning and spirit of the Treaties, one-sided, but also binds the Community which they establish to carry out its part in order to resolve the conflict here assumed, that is, to seek a system which is compatible with an entrenched precept of the constitutional law of the Federal Republic of Germany.” (*Ibid.*, p. 389).

⁴⁰⁸“Like every constitutional provision of a similar fundamental nature, Article 24 of the Constitution must be understood and construed in the overall context of the whole Constitution. That is, it does not open the way to amending the basic structure of the Constitution, which forms the basis of its identity, without a formal amendment to the Constitution, that is it does not open any such way through the legislation of the inter-State institution. (...) But Article 24 of the Constitution limits this possibility in the it nullifies any amendment of the Treaty which would destroy the identity of the valid constitution of the Federal Republic of Germany by encroaching on the structures which go to make it up. And the same would apply to rules of secondary Community law made on the basis of a corresponding interpretation of the valid Treaty and in the same way affecting the structures essential to the Constitution. Article 24 does not actually give authority to transfer sovereign rights, but opens up the national legal system (within the limitations indicated) in such a way that the Federal Republic of Germany's exclusive claim to rule is taken back in the sphere of validity of the Constitution and room is given, within the State's sphere of rule to the direct effect and applicability of law from another source.” (*Ibid.*, p.

Parlamento elegido democráticamente ante el que se pudiera responsabilizar y, no posee una Carta de Derechos promulgada por tal órgano legislativo, que sea comparable al elenco de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alemana e indubitadamente establecidos para el futuro, la Comunidad se enfrentaba a reservas en relación a la apertura del Art. 24(1) de la Carta Magna germana y, en este sentido, eran insuficientes los avances jurisdiccionales del Tribunal de Justicia Europeo.⁴⁰⁹ Mientras tales condiciones no fueran satisfechas, en el caso de que surgiera un conflicto entre las normas comunitarias y las garantías de los derechos fundamentales establecidas en la Constitución alemana, éstas últimas prevalecerían hasta que se eliminara el conflicto normativo a través de un Tratado.⁴¹⁰

Sin embargo, la corriente minoritaria argumentó que esta controversia no tenía lugar, pues la propia renuncia a los derechos soberanos, de acuerdo con el Art. 24(1) de la Constitución germana, sólo se produciría en el caso de que la Comunidad supranacional estuviera sujeta a los mismos principios fundamentales e inalienables constitucionalmente garantizados, lo que incluía la protección de los derechos fundamentales. Y esta condición ya se había satisfecho por parte de la Comunidad Económica Europea, como se ponía de manifiesto principalmente cuando se analizaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario.⁴¹¹ El medio por el que se garantizan los derechos

390).

⁴⁰⁹"The Community still lacks a democratically legitimated parliament directly elected by general suffrage which possesses legislative powers and to which the Community organs empowered to legislate are fully responsible on a political level; it still lacks in particular a codified catalogue of fundamental rights, the substance of which is reliably and unambiguously fixed for the future in the same way as the substance of the Constitution and therefore allows a comparison and a decision as to whether, at the time in question, the Community law standard with regard to fundamental rights generally binding in the Community is adequate in the long term measured by the standard of the Constitution with regard to fundamental rights (without prejudice to possible amendments) in such a way that there is no exceeding the limitation indicated, set by Article 24 of the Constitution." (*Ibid.*, p. 391).

⁴¹⁰"Provisionally, therefore, in the hypothetical case of a conflict between Community law and a part of national constitutional law or, more precisely, of the guarantees of fundamental rights in the Constitution, there arises the question of which system of law takes precedence, that is, ousts the other. In this conflict of norms, the guarantee of fundamental rights in the Constitution prevails as long as the competent organs of the Community have not removed the conflict of norms in accordance with the Treaty mechanism." (*Ibid.*, p. 391).

⁴¹¹"Fundamental rights are guaranteed not only by the Constitution within the national system of law of the Federal Republic of Germany, but also by the system of law of the European Communities. (...) Above all, the essential elements of the principle of the rule of law and fundamental rights are guaranteed at Community level in the case law of the European Court. The principle of proportionality has been recognized by the European Court from the very beginning of its case law as the criterion for the legality of actions of the Community organs. (...) The demand for legality of administration also finds expression in the decisions given by the

fundamentales era irrelevante y, por tanto, la falta de una Carta de Derechos o de un Parlamento democráticamente elegido no constituían un hecho material. Además, la opinión mayoritaria conduciría inevitablemente a un vaciamiento del contenido de las normas comunitarias como consecuencia de su diferente aplicación de un Estado a otro, lo que pondría en riesgo la propia existencia del proceso de unificación. Decidir sobre la aplicabilidad o no del ordenamiento comunitario, era equivalente a revisar su validez, y éste es un poder que el Tribunal Constitucional Federal no poseía.⁴¹²

3.2.2. *Solange II*

Años después se iba a percibir un indiscutible cambio de tono, cuando el Tribunal Constitucional Federal se manifestó en relación a un eventual conflicto entre las normas comunitarias, primarias o secundarias, y las normas constitucionales. Este nuevo posicionamiento tuvo lugar cuando la *Wünsche Handelsgesellschaft* promovió un recurso constitucional que derivaba, nuevamente, de un conflicto comercial que implicaba licencias de importación y exportación, para reivindicar protección jurisdiccional frente a un supuesto conflicto entre las normas comunitarias y los principios constitucionales.

European Court. (...) While, from the start, great importance attached, in the decisions of the European Court, to the ban on discrimination, it is only in the last few years that the protection of liberties has come to make itself felt. On this point too, however, there is enough case law to permit the statement that fundamental rights are adequately protected at Community level.” (Ibid., p. 396, 397).

⁴¹²The Bundesverfassungsgericht possesses no jurisdiction to examine rules of Community law against the criteria of the Constitution, in particular of its section on fundamental rights, in order on this basis, to answer the question of their validity. It is true that the majority of the Court concedes that the Bundesverfassungsgericht should not rule on the validity or invalidity of a norm of Community law, but retracts this finding in the end by adding that the Bundesverfassungsgericht can declare such a norm inapplicable in the sphere of the Federal Republic of Germany. But this distinction between invalidity and inapplicability of a norm exhausts itself in the use of different words. If a court declares a legal norm generally inapplicable because of violation of superior law, it is thereby stating, on a commonsense view, that the norm does not apply, that is, that it is invalid. The Bundesverfassungsgericht does not possess this power in respect of the legal rules of the Community organs. The fact that the majority of the Court nonetheless claims this power is an inadmissible trespass on the jurisdiction reserved to the European Court, the recognition of which is dictated by Article 24(1) of the Constitution; this trespass creates a special status for the Federal Republic of Germany and exposes it to the justified reproach of violating the EEC Treaty and jeopardizing the legal system of the Community.” (Ibid., p. 403).

En esta ocasión, el fondo del litigio implicaba la negativa por parte del Departamento Federal de Alimentos y Patrimonio Forestal, ante el requerimiento de *Wünsche*, de conceder una licencia, que estaba sujeta a los requisitos normativos derivados de los reglamentos del Consejo y de la Comisión Europea, para la importación de setas. Una vez iniciado el proceso, el Tribunal Administrativo Federal elevó el caso al Tribunal de Justicia Europeo, en los términos del Art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. La Corte comunitaria confirmó la validez de las normas reguladoras y el Tribunal Administrativo Federal acató su posicionamiento, por lo que no realizó referencias adicionales al Tribunal de Justicia ni elevó el caso al Tribunal Constitucional Federal, en los términos del Art. 100 (1) de la Constitución alemana.⁴¹³

Ante esta decisión, *Wünsche Handelsgesellschaft* promovió un recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, en el que alegaba que el Tribunal de Justicia Europeo había ignorado ciertas cuestiones cruciales cuyo análisis llevaría a declarar la invalidez de las normas comunitarias en cuestión. Argumentó, en este sentido, que principios como el de “tutela judicial efectiva”, consagrado en el Art. 19 (4)⁴¹⁴ de la Constitución alemana, y el derecho a ser oído, recogido en el Art. 103 (1)⁴¹⁵ del mismo texto, se habían infringido de manera flagrante. Si por un lado era cierto que el Tribunal Administrativo Federal estaba vinculado a la decisión de la Corte Comunitaria, por otro, también era correcto que debía obediencia a los principios consagrados en la Constitución alemana. Así, al ser el Tribunal de Justicia Europeo el órgano jurisdiccional jurídicamente adecuado para juzgar el caso, además del texto del Art. 177 (c)⁴¹⁶ del Tratado de la Comunidad Económica Europea, el contenido

⁴¹³ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 100 (1): “En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspenderse el proceso, y si se tratare de una violación de la Constitución de un Estado, se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley federal. También regirá esta norma cuando se trate de infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de incompatibilidad de una ley regional con una ley federal.”

⁴¹⁴ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 19 (4): “Todo el que se vea lesionado en sus derechos por obra del poder público, podrá acudir a la vía judicial. Cuando no exista una vía específica, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 10, apartado 2, inciso segundo.”

⁴¹⁵ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 103 (1): “Todos tendrán derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales.”

⁴¹⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Art. 177, c: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: (...) c) sobre la

de la Carta Magna germana, en su artículo 101 (1), fundamentaba el pleito de *Wünsche* al prescribir que “(...) nadie podrá ser sustraído a su juez legal.”

A este contexto se sumaba la alegación de una situación de clara afrenta a los principios de certeza jurídica y de proporcionalidad⁴¹⁷ por parte del sistema de importación derivado de las normas comunitarias. Al tener prioridad sobre tales normas, los principios constitucionalmente amparados en la República Federal de Alemania, deberían haber representado una orientación para que el Tribunal Administrativo Federal decretara la no aplicación de los reglamentos en cuestión, dada su innegable incompatibilidad con los principios destacados. Así, se requería al Tribunal Constitucional que no se aplicaran las normas cuestionadas, o que elevara de nuevo el caso al Tribunal de Justicia Europeo.

El Tribunal Constitucional Federal decidió la admisibilidad del recurso constitucional en lo que respectaba a la supuesta infracción de los principios de tutela judicial efectiva y del derecho a ser oído, aunque *a posteriori* rechazó tales argumentos. No obstante, consideró inadmisibile la parte de la demanda concerniente a una supuesta incompatibilidad entre las normas comunitarias y las constitucionales, con lo que estableció un significativo cambio en relación a la relevante decisión proferida unos años antes (*Solange I*).

Según el Tribunal germano, la Corte comunitaria tenía jurisdicción y representaba el juez ordinario predeterminado por la ley, en los términos del Art. 101 (1) de la Constitución, en relación a las funciones derivadas de los Tratados comunitarios. Este carácter era consecuencia no sólo del hecho de

interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.”

⁴¹⁷ Ley Fundamental da la República Federal de Alemania, Art. 2 (1): “Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otros y no atenten al orden constitucional o a la ley moral.” Art. 12: “1. Todos los alemanes tienen derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las profesiones podrá ser regulado por la ley o en virtud de una ley. 2. nadie podrá ser compelido a realizar un trabajo determinado, salvo en el ámbito de un servicio público obligatorio, general e igual para todos.” Art. 20 (3): “El Poder Legislativo está vinculado al orden constitucional; el Poder Ejecutivo y el Judicial están sujetos a la ley y al derecho.”

que normas comunitarias primarias y secundarias formaban parte del ordenamiento aplicado por los órganos jurisdiccionales alemanes, sino también del entrelazado de las jurisdicciones nacionales y la comunitaria.⁴¹⁸ Esta situación, que demostraba la interconexión y el efecto recíproco entre las dos esferas, armonizaba con la obligación estatal de cumplir los deberes derivados de los Tratados, entre los que se encuentran aquellos que se regulaban en el Art. 177, que eran competencia de los tribunales nacionales y se cumplían a través de la inclusión del Tribunal de Justicia Europeo en el orden constitucional federal. Por tanto, la Corte alemana resolvió que el Tribunal Administrativo Federal no había incurrido en arbitrariedad al negar una nueva referencia al Órgano Judicial comunitario, ya que, según el contexto presentado, no estaba obligado a consultarle en una misma acción por segunda vez,⁴¹⁹ y rechazó una a una las supuestas infracciones a los distintos artículos constitucionales suscitados por el recurrente.

Rescatando la decisión de 1974 (*Solange I*), la Corte afirmó que, aunque el Art. 24(1) de la Carta Magna alemana abriese el orden constitucional a la primacía y al efecto directo de otro ordenamiento en el ámbito de la soberanía delegada, esta disposición, o cualquier otra, no establecía los parámetros de su cualidad normativa. Tampoco se veía en este artículo, ni en ninguna otra regla jurídica, una orden cuyo contenido determinara que el Estado debería privilegiar la aplicación de normas comunitarias en detrimento de las normas internas.⁴²⁰ Así, incluso ante una declaración contenida en el Tratado, de que

⁴¹⁸ "Article 177 EEC accords the Court of Justice the conclusive authority in relation to the courts of member-States to make decisions on the interpretation of the Treaty and on the validity and interpretation of instruments of Community law derived therefrom. That judicial monopoly for the European Court (embodied for the purposes of Community law in Article 177 EEC) as regards the sphere of competence allotted to it exclusively under the Treaty gives it the character to that extent of a statutory court within the meaning of Article 101(1), second sentence, of the Constitution." (GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E. (ed.). Op. cit., 1993, p. 420, 421).

⁴¹⁹ "The European Court had already given a preliminary ruling in the same originating action following a reference by the Federal Administrative Court. (...) The Federal Administrative Court was not obliged to refer the question a second time. Judgments made by the European Court in accordance with Article 177 EEC are binding on all courts of member-States seized with the same main action (...). There is an exception to such binding effect according to the above mentioned judgment of the European Court in cases where its judgment lacks clarity. With regard to the European Court's preliminary ruling in the present action the Federal Supreme Administrative Court considered whether it was dealing with such a case. It answered the question in the negative. The view it took is in no way arbitrary. (*Ibidem*, p. 422).

⁴²⁰ "It is true that Article 24(1) of the Constitution does not itself provide for the direct validity and application of the law established by the international institution, nor does it directly regulate the relationship between such law and domestic law, for example the question of the

sus normas estuvieran dotadas de tal cualidad, no se prescindiría de una norma interna para proporcionar tal contexto. El Tribunal Constitucional Federal concluye que en la República Federal Alemana esta carencia se encontraba, al tiempo del presente análisis, satisfecha en relación a la Comunidad y ante la llegada de las Leyes para la Adhesión a la Comunidad Económica Europea — elaboradas bajo la tutela de los Arts. 24(1) y 59(2)⁴²¹ de la Constitución alemana— ya que tales disposiciones establecían el efecto directo y la primacía de las normas comunitarias en relación con las normas internas, en los términos del Art. 189(2)⁴²² del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.⁴²³

En la misma decisión de 1974 había quedado establecido un vehemente mensaje de la Corte Alemana en el sentido de delimitar la idea de transferencia de soberanía. El Tribunal Constitucional Federal se opuso a tal transferencia, cuando ésta fuera a favor de una institución que no estuviera dotada del mismo nivel de protección permanente de los derechos fundamentales que el otorgado por la República Federal de Alemania en la Constitución. La incapacidad para alcanzar un grado mínimo de naturaleza democrática y de protección de los derechos fundamentales representaría un claro óbice para la cesión de la soberanía que posibilitaba el Art. 24(1) de la Carta Magna alemana. Precisamente en relación a la Comunidad Económica Europea, la Corte había

priority of their respective application. (...) Current international law does not contain any general rule arising out of the agreed practice of States or undoubted legal acceptance to the effect that States are obliged to incorporate their treaties into their internal law and to accord them thereunder priority of validity or application as against the internal law." (*Ibid.*, p. 426).

⁴²¹ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 59(2): "Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o versen sobre materias de competencia legislativa de la Federación, necesitarán la aprobación o la participación, mediante Ley Federal, de los órganos respectivamente competentes para la función legislativa federal. A los convenios administrativos les serán aplicables por analogía las normas en materia de administración."

⁴²² Tratado Constitutivo de las Comunidades Económicas Europeas, Art. 189: "El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro."

⁴²³ "Article 24(1), however, makes it possible constitutionally for treaties which transfer sovereign rights to international institutions and the law established by such institutions to be accorded priority of validity and application as against the internal law of the Federal Republic by the appropriate internal application-of-law instruction. That is what took place in the case of the European Community Treaties and the law established on their basis by the Community organs by the passing of the Acts of Accession to the Treaties under Articles 24(1) and 59(2), first sentence, of the Constitution. From the application-of-law instruction of the Act of Accession to the EEC Treaty, which extends to Article 189(2) EEC, arises the immediate validity of the regulations of the Community for the Federal Republic and the precedence of their application over internal law." (GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E. (ed.). *Op. cit.*, 1993, p. 427).

decidido que ese grado todavía no se había alcanzado, lo que justificaba el control, por parte del Tribunal, de la constitucionalidad de las normas provenientes de la esfera comunitaria que eventualmente infringieran derechos fundamentales. Entre tanto, ante el avance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo respecto de la salvaguarda de los derechos fundamentales⁴²⁴ y del reconocimiento formal⁴²⁵, por parte de las instituciones comunitarias, de la obligatoriedad del respeto a tales derechos consagrados por los Estados miembros y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 —que integran todos los Estados miembros tras haber sido aprobado por los respectivos parlamentos—⁴²⁶, la Corte alemana avaló que las condiciones entonces exigidas ya habían sido satisfechas,⁴²⁷ lo que justificaba que abdicara de su poder jurisdiccional de juzgar la aplicabilidad de las normas comunitarias o la constitucionalidad de su contenido con base en el listado de derechos humanos establecido constitucionalmente.⁴²⁸

⁴²⁴ “This standard of fundamental rights has in the meantime, particularly through the decisions of the European Court, been formulated in content, consolidated and adequately guaranteed. (...) The European Court took the essential step (from the viewpoint of the Constitution) in its judgment in the NOLD case where it stated that in relation to the safeguarding of fundamental rights it had to start from the common constitutional traditions of the member-States (...). The European Court has generally recognized and consistently applied in its decisions the principles, which follow from the rule of law, of the prohibition of excessive action and of proportionality as general legal principles in reaching a balance between the common-interest objectives of the Community legal systems and the safeguarding of the essential content of fundamental rights.” (*Ibidem*, p. 430, 431).

⁴²⁵ El Tribunal Constitucional Federal se refiere, en este punto, a la declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, adoptada en 5 de abril de 1977, y a la declaración adoptada por el Consejo Europeo sobre la democracia en 7/8 de abril de 1978.

⁴²⁶ “By virtue of the connection through legal rules as explained above of the guarantees of fundamental rights contained in the constitutions of member-States and in the European Human Rights Convention with the general principles of Community law, the requirement of a catalogue of fundamental rights decreed by a parliament, which was regarded as necessary by this Chamber in its judgment of 29 May, has also been satisfied in all the circumstances. In the first place, since 1974 all the original member-States of the Community (like those which acceded later) have acceded to the European Human Rights Convention, and their respective parliaments have approved their accession (...).” (GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E. (ed.). *Op. cit.*, 1993, p. 434).

⁴²⁷ “(...) In the Second place, the taking into account for legal purposes of the European Human Rights Convention, together with the now extensive case law of the European Court in favour of human rights, guarantees a minimum standard of substantive protection of fundamental rights which in principle satisfies the legal requirements of the Constitution as such. That position is not altered by the fact that the Community as such is not a party to the European Human Rights Convention.” (*Ibidem*, p. 435).

⁴²⁸ “In view of those developments it must be held that, so long as the European Communities, and in particular in the case law of the European Court, generally ensure an effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation cited as the legal basis for any acts of German courts or authorities within the sovereign jurisdiction of the Federal

3.2.3. Maastricht

En 1993, el Tribunal Constitucional Federal nuevamente expresó un posicionamiento de crucial relevancia para el proceso de integración al ser accionado para decidir sobre la adhesión alemana a la Unión Europea. Contra la Ley Federal de 28 de diciembre de 1992, que aprobaba el Tratado de la Unión Europea, y de la Ley Federal de 21 de diciembre⁴²⁹ del mismo año, que modificaba la Ley Fundamental alemana, se promovieron varios recursos constitucionales junto con una solicitud para que se adoptase una decisión preventiva que impidiera que Alemania se vinculara a dicho tratado.

La tesis central que originaba estos pleitos era la de que la adhesión germana a la Unión Europea y la reforma de la Ley Fundamental con este propósito violaban el derecho de representación legitimada democráticamente y el derecho de participación en el ejercicio de la autoridad estatal, ambos consagrados en el Art. 38⁴³⁰ de la Carta Magna alemana. En otras palabras, tal adhesión y su concretización jurídica representarían la fuerza motriz de un déficit democrático, dado que innumerables competencias estatales pasarían a instituciones comunitarias, en especial al Consejo de la Unión Europea, manteniéndose un carácter meramente consultivo del Parlamento Europeo y un escaso desarrollo de los parlamentos nacionales en la producción normativa comunitaria. Además, se argumentaba que la Ley Federal que había aprobado el Tratado de la Unión Europea atacaba, en los términos del Art. 79(3)⁴³¹, un contenido constitucionalmente calificado como intangible, aquél que se refería

Republic of Germany, and it will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Constitution; references to the Court under Article 100(1) for that purpose are therefore inadmissible." (*Ibid.*, p. 436).

⁴²⁹ A través de esta Ley Federal fueron introducidos los artículos 23, 28(1), tercera sección, 52(3) y 88, segunda sección a La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.

⁴³⁰ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 38: "1. Los diputados de la Dieta Federal Alemana serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Representan al pueblo entero, no estarán vinculados por mandatos ni instrucciones y sólo estarán sujetos a su conciencia. 2. Tendrán derecho a votar quienes hayan cumplido dieciocho años de edad y serán elegibles quienes tuvieren la edad en que esté fijada la mayoría de edad legal. 3. Se establecerán por una Ley Federal las normas de desarrollo."

⁴³¹ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 79(3): "Será ilícita toda modificación de la presente ley que afecte a la división de la Federación en Estados, al principio de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa, o a los principios establecidos en los artículos 1 y 20."

al principio de separación de poderes, al principio democrático y al principio del Estado de Derecho, dado que se transferían poderes legislativos de la Dieta Federal alemana a órganos ejecutivos comunitarios que no tenían legitimación democrática, como eran el Consejo y la Comisión de la Comunidad Europea. Finalmente se resaltaba la situación de desamparo de los derechos fundamentales porque se excluía la jurisdicción del Tribunal de Justicia Europeo sobre una significativa parte del contenido del Tratado, en los términos del artículo L.⁴³² La adhesión a la Unión Europea acabaría por amenazar la propia existencia de Alemania como Estado, ya que el Tratado constitutivo sentaba las bases para un supuesto Estado Federal europeo.

El Tribunal Constitucional Federal rechazó las demandas. Entendió que incluso considerando inevitable la pérdida de influencia del pueblo y de las instituciones germanas en la formación de la voluntad política internacional, no existía ningún impedimento constitucional para la participación alemana en entidades supranacionales, siempre que la legitimación e influencia emanadas del pueblo se preservaran por parte de tales entidades.⁴³³ Esta sería la condición que deriva del Art. 79(3) de la Ley Fundamental. La intensificación del proceso de integración proporcionaría gradualmente una ampliación de la legitimación democrática a través del Parlamento Europeo, cuyos miembros se

⁴³² Tratado de la Unión Europea, Art. L: "Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente Tratado: a) disposiciones por la que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea a fin de establecer la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; b) tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3; c) artículos L a S."

⁴³³ "If the Federal Republic of Germany becomes a member of a community of States with authority to act in a sovereign capacity, and if that community of States is granted autonomous sovereign powers (...) then to that extent democratic legitimation cannot take the same form as within a State order governed in a uniform and definitive manner by a State constitution. If supranational organizations are given sovereign rights, the organs representing and elected by the people, the German Bundestag, and with it the citizens who are entitled to vote, necessarily lose influence over the forming of the political will and the decision-making process. (...) The Member States participate in forming the will of the union of States in accordance with that union's organizational and procedural law, but are then bound by the results of that formation of will, regardless of whether those results originate from their own involvement or not. (...) The principle of democracy therefore does not prevent the Federal Republic of Germany from being a member of a supranationally organized community of States. But it is a precondition of membership that, within the union of States too, there should be a guarantee of legitimation and influence emanating from the people." GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E. (ed.). *International Law Reports*. vol. 98, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1994, p 222, 223).

van a elegir por los ciudadanos de los Estados miembros.⁴³⁴ Mientras tanto, la ejecución de las acciones soberanas de la Unión Europea debería ser, desde ya, sometida a una legitimación democrática en favor de los ciudadanos de los distintos Estados miembros, a través de sus respectivos parlamentos. La Corte enfatizó que el avance del proceso de integración debe mantenerse al día en relación a las demandas democráticas, en el sentido de que cualquier expansión de la autoridad de la Unión deberá satisfacer los requisitos democráticos. De esta forma, a los Estados les correspondía retener una esfera de actividad suficiente para proporcionar a sus ciudadanos la formulación, la legitimación y el control de objetivos políticos. Por esta razón, la Dieta Federal mantuvo su influencia, ya que además de representar la institución de la que el Gobierno Federal era políticamente responsable, sujetaba cualquier ampliación del proceso de integración a la aprobación por mayoría cualificada, en los términos del Art. 79(2) de la Ley Fundamental.⁴³⁵ En conclusión, cualquier modificación ulterior en el ámbito de los poderes de la entidad supranacional, que no fuera amparada normativamente y que extrapolara los límites de los derechos soberanos cedidos, carecería de poder vinculante en relación a Alemania, y el Tribunal Constitucional Federal sería competente para examinar el ajuste normativo de los instrumentos jurídicos adoptados por las instituciones europeas.⁴³⁶

⁴³⁴ “Democratic legitimacy in the Union of states constituting the European Union is therefore necessarily conferred by feedback from the actions of the European ins the parliaments of the Member States. In addition, and increasingly as the European nations grow together, democratic legitimacy will be conferred within the structure of the European Union by the European Parliament elected by the citizens of the Member States.” (*Ibidem*, p. 224).

⁴³⁵ “Alterations to the treaty basis of the Union and comparable legislation, by which the Basic Law is amended or supplemented in its content or whereby such amendments or supplements are made possible, require, in accordance with the their sentence of Article 23(1) and in accordance with Article 79(3) of the Basic Law, the affirmative vote of two thirds of the members of the Bundestag. (...) The Union Treaty and in particular the EC Treaty follow the principle of limited specific attribution of powers (...). It is true that, according to this principle, an individual provision which assigns tasks or powers can be interpreted in the light of the objectives of the Treaty. However, the Treaty objective itself is not sufficient in order to establish or extend tasks and powers. (...) Moreover, by making express reference to the requirements of a Treaty amendment (...) or Treaty extension (...), the Union Treaty makes clear the dividing line between development of the law within the limits of the Treaties (...) and legislation which goes beyond those limits and is not covered by the existing law created by the Treaties. That criterion is incorporated in Article 23(1) of the basic Law, which requires a law signifying parliamentary approval for alterations to the Treaty basis of the European Union and for the adoption of comparable provisions.” (*Ibid.*, p. 235, 243).

⁴³⁶ “What is crucial is that the Federal Republic of Germany's membership and the rights and duties arising from it, including in particular the scope for legally binding direct intervention by the European Communities in the national area of jurisdiction, have been defined in the Treaty in a foreseeable manner for the legislator and laid down with sufficient parliamentary approval of the treaty (...). This also means that later substantial alterations to the programme of

De acuerdo con la opinión del Tribunal alemán, los objetivos del proceso de integración no constituían una materia cerrada. Aunque hubiera una convergencia en el sentido de ejercicio común de competencias, la naturaleza de la integración aún era predominantemente económica.⁴³⁷ En todo caso, no había duda de que los Estados eran “*masters of the Treaties*” y que de ellos derivaba la autoridad de la Comunidad. En este sentido, en el supuesto de que así lo decidiera, un Estado podría abdicar de su condición de miembro por medio, tan sólo, de la aprobación de un acto que produjera tal efecto. Como no podía dejar de ser, ante esta línea de argumentación, la Corte alemana rechazó rotundamente la idea de que se tratara del germen de un Estado europeo, para lo que argumentó que al propugnar límites concretos a los poderes de la Unión y de la Comunidad Europea y enunciar el principio de subsidiariedad, quedaba patente que los poderes comunitarios representaban la excepción mientras que los poderes nacionales eran la regla.⁴³⁸ Para reforzar tal posición, la Corte alemana, por medio de una extensa y fundamentada argumentación, solucionaba, definitivamente, cualquier duda sobre la

integration set out in the Union Treaty, and to the powers to act contained in it, are no longer covered by the Law approving the Treaty. (...) if, for instance, European institutions or authorities were to apply or extend the Union Treaty in some way which was no longer covered by the Treaty in the form which constituted the basis of the German law approving it, the resulting legal acts would not be binding on German sovereign territory. (...) Accordingly, the Federal Constitutional Court examines whether legal acts of the European institutions and bodies keep within or exceed the limits of the sovereign rights granted to them (...). (*Ibid.*, p. 226).

⁴³⁷ “As to where a European process of integration is eventually supposed to lead after further amendments to the Treaty, the answer may well be hinted at in the desire for further integration expressed symbolically in the term ‘European Union’, but the intended objective ultimately remains open. (...) The competences and powers which are granted to the European Union and its constituent Communities remain essentially, in so far as they are exercised by upholding sovereign rights, activities of an economic community. The central fields of activity of the European Community are, in that respect, the customs union and the free movement of goods (Article 3(a) of the ECT), the internal market (Article 3(c) of the ECT), the approximation of laws in order to ensure that the Common Market is able to function properly (Article 3(h) of the ECT), the co-ordination of the Member States’ economic policies (Article 3(a)(1) of the ECT and the development of a monetary union (Article 3(a)(2) of the ECT).” (*Ibid.*, p. 227, 228).

⁴³⁸ “At any event, there is no intention at present to establish a ‘United States of Europe’ along the lines of the United States of America. (...) The Federal Republic of Germany therefore remains, even after the entry into force of the Union Treaty, a member of a union of States whose Community authority derives from the Member States and can have binding effect on German sovereign territory only by virtue of the German implementing order. Germany is one of the ‘masters of the Treaties’, who have based their commitment to be bound by the Union Treaty, which is concluded ‘for an unlimited period (Article Q of the EUT), on their intention to remain in longterm membership, but who could equally, in the final analysis, revoke that membership by adopting an act with the opposite effect. (...) Germany thus retains the quality of a sovereign State in its own right and status of sovereign equality with other States within the meaning of Article 2(1) of the Charter of the United Nations of 26 June 1945 (...).” (*Ibid.*, p. 227, 228).

preservación de la soberanía estatal y negaba, finalmente, que la Unión tuviera competencia para determinar su propia competencia, en los siguientes términos:

“The Union Treaty incorporates the principle of limited specific attribution of powers, which already applied to the European Communities previously, and confirms (...) it. That principle is not called into question by Article F(3) of the EUT, which does not establish any power for the Union to determine its competence (Kompetenz-Kompetenz). (...) Consequently, not only the Federal Government and the Bundestag, but also the Member States and the Commission of the European Communities, concur in the legal view that the Union Treaty does not establish any power for the Union to determine its competence.”⁴³⁹

El Tribunal Constitucional Federal afirmó, seguidamente, que la transferencia de soberanía aunque potenciada tuvo un carácter inequívocamente limitado, de modo que cualquier interpretación que tendiera a ampliar las competencias de la Unión carecería de poder vinculante en relación a Alemania. Siendo cierto que la Unión Europea se componía de Estados cuyas esferas políticas estaban condicionadas por el principio democrático, y que se había dispuesto respetar sus identidades, también tenía que serlo que cualquier evolución sobrevenida se encontraría delimitada por este principio. Finalmente, para reiterar una posición que ya había manifestado en las decisiones *Solange I* y *Solange II*, la Corte se posiciona en lo que respecta a la norma que eventualmente debería prevalecer en el supuesto de que se produjera un conflicto, imponiendo su escrutinio a cualquier contexto de infracción de los derechos fundamentales derivado de una norma comunitaria o de la implementación de las obligaciones derivadas de Tratados internacionales en el ámbito nacional.⁴⁴⁰

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 229, 233.

⁴⁴⁰ “If joint actions and measures under Titles V and VI of the Union Treaty commit Member States with binding force under international law to interfere with basic rights, all such interference, if carried out in Germany, is subject to full scrutiny by the German courts. To that extent, the protection of basic rights guaranteed by the Basic Law is not superimposed upon by supranational law which could claim precedence. At any rate, a commitment under international law incumbent upon the Federal Republic of Germany cannot reduce the protection of basic rights which German State authority has to provide.” (*Ibid.*, p. 218).

Es verdad que la Corte alemana adopta una posición favorable a la existencia de una complementariedad entre la jurisdicción nacional y la supranacional, con lo que abre un espacio para que se produzca una actuación previa del Tribunal de Justicia Europeo para remediar tal conflicto, de modo que así asegura la protección del derecho fundamental vulnerado, sin embargo, trae para sí, en último término, tal responsabilidad, por lo que deja claro que su autoridad prevalece en este caso.⁴⁴¹

3.2.4. Análisis

Como ya hemos señalado, la naturaleza normativo-institucional del proceso de integración europeo refleja un delicado equilibrio. El mecanismo de aplicación del Derecho comunitario depende, en innumerables aspectos, de las autoridades estatales, que actúan en determinados momentos como auténticas instituciones europeas. Sin embargo, la conciencia del riesgo de conflicto normativo e institucional, tiene precedentes, tal y como se evidenció en la Sentencia *Solange I*, dictada por el Tribunal Constitucional alemán en 1974. La eventualidad de tal conflicto normativo trae a colación el problema de la existencia simultánea de dos sistemas en los que se afirma la supremacía respecto a todas las demás normas. A pesar de la coordinación proveniente de la praxis institucional ¿Qué norma prevalece en el supuesto de un conflicto entre una disposición comunitaria y una constitucional?

El panorama jurisprudencial a este respecto no ofrece una respuesta definitiva que sea satisfactoria. Anteriormente analizamos la formación del

⁴⁴¹ "A European policy decided under Title V or VI of the Union Treaty, involving an encroachment upon basic rights by the German sovereign power, consequently cannot restrict the protection of basic rights by the German courts. To that extent, exactly the same applies as in the case of a conventional international agreement: if its implementation nationally would violate basic rights, it is prohibited by constitutional law. If a Council Decision taken in accordance with the provisions of Title V or VI of the Union Treaty were transposed by a legal act of the European Communities — on the basis of Article 228(a) of the ECT, for example — and basic rights were thereby interfered with, the European Court of Justice or, failing that, the Federal Constitutional Court would provide adequate protection of basic rights (...). Here too, the Federal Constitutional Court and the European Court of Justice complement one another in a relationship of co-operation designed to guarantee protection of basic rights." (*Ibid.*, p. 219).

fundamento normativo-constitucional del proceso de integración y nos fue posible verificar que tal fundamento se construyó sobre las premisas del efecto directo y de la supremacía de las normas comunitarias, así como de la salvaguarda de los derechos fundamentales. Por otro lado, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán delimita, sin reservas, la cesión de soberanía a favor del proceso de integración y expresa un punto de vista contrario a aquel que se defiende en un ámbito supranacional.

La defensa de la prevalencia del Derecho comunitario y de su sustracción a la competencia de órganos jurisdiccionales nacionales a la luz del Derecho interno, es una antigua bandera del Tribunal de Justicia Europeo. El concepto de “autonomía” del Derecho comunitario, señalado por Rainer Arnold, aclara con precisión esta concepción:

“Autonomía' (...) significa que las normas de Derecho Comunitario proceden de un ordenamiento propio separado del ordenamiento nacional, aunque éste constituya, desde una perspectiva histórica, el origen y la fuente última del ordenamiento comunitario. La autonomía presupone la existencia de un mecanismo de creación de normas que incluye órganos especiales con funciones de producción normativa (aspecto instrumental), de poderes materiales de normación que se atribuyen especialmente a estos órganos (aspecto material) y, finalmente, de una 'Geltungsgrund' o razón de validez en ese mismo ordenamiento. La 'Geltungsgrund' o razón de validez, (...) parece contener 1) un elemento subjetivo, la voluntad del poder creador (...) y 2) un elemento objetivo, que supone la existencia de un sistema normativo cerrado en sí mismo, al cual puede ser atribuido el poder normador.”⁴⁴²

Claramente en el caso COSTA v. ENEL, la Corte comunitaria afirma que al formarse la entidad supranacional se cedió soberanía, aunque en campos limitados, por lo que no sólo los Estados miembros, sino también sus respectivos ciudadanos se encuentran sometidos al ordenamiento comunitario creado. Siendo así, la primacía representa una cualidad indisociable de las normas derivadas de este ordenamiento. En el caso de incompatibilidad entre

⁴⁴² ARNOLD, Rainer. Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán. In: *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Enero – Junio de 2004, Granada, p. 99, 100.

una norma interna subsiguiente y una norma comunitaria, no hay duda sobre la prevalencia de esta última. Si no fuera así la propia base jurídica de la Comunidad se vería irremediablemente comprometida, puesto que si cada Estado pudiera controlar cuando le fuese conveniente la validez de las normas comunitarias, a la luz de su propio ordenamiento y, en último término, a la luz de su propia Constitución, no sería posible formar una Comunidad basada en las premisas que hacen de la Comunidad Económica Europea algo tan singular en el ámbito internacional. El fundamento normativo de la integración se basa, por tanto, en la superación del concepto tradicional de soberanía, que se expresa en las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo.

Por otro lado, el mayor oponente de esta tesis, en razón de la profundidad y del alcance de sus argumentaciones, es el Tribunal Constitucional Federal alemán. Es verdad que entre las sentencias *Solange I* y *Maastricht* hay diferencias, de entre las cuales lo más sobresaliente es el evidente reconocimiento del Tribunal de Justicia Europeo como órgano apto para defender los derechos fundamentales. Mientras en 1974, la Corte germana afirmó su competencia exclusiva para efectuar tal defensa a pesar de lo que argumentara la Corte comunitaria, en la sentencia *Solange II* adopta una postura inclusiva y reconoce el avance y la suficiencia de la actuación del Tribunal de Justicia Europeo en la protección de los derechos fundamentales. En 1993, no obstante, se coloca como última instancia para esta defensa aunque, en relación a las normas comunitarias, afirma la primacía del Tribunal de Justicia Europeo.⁴⁴³

⁴⁴³ Respecto a esta configuración resultante de la sentencia Maastricht, Antonio Lopez Castillo destaca: "El TCF bosqueja un nuevo sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones constitucional y comunitaria, de modo que si antes reconocía la competencia comunitaria para ejercitar la tutela de DD.FF. con carácter general, excluyendo toda intervención suya que no viniese a remontar una caída inaceptable del estándar protegible, ahora asume la función de garante general de los DD.FF. establecidos en la LF, dejando al TJCE una tarea ordinaria de concreción casuística de la tutela comunitaria que él examinará, en su caso como garante último en el marco de la LF. Y esto significa sencillamente que el TCF se arroga la competencia de verificación de la corrección de la jurisprudencia comunitaria y, en esta ocasión, abstrayéndose del hecho de que ya hace tiempo que el TJCE incorpora a su jurisprudencia, como parte esencial que son de la constitución material de la Comunidad, los DD.FF. comunes a los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, cuya identidad constitucional refleja bien el propio CEDH, como parámetro de control de la constitucionalidad, o comunitariedad, de disposiciones y actos normativos comunitarios, concretando en ocasiones reglas de control no expresadas como una exigencia ineludible en el marco de una 'Comunidad de derecho'." (LOPEZ CASTILLO, Antonio. De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF). In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, N. 40, Enero / Abril, 1994, p. 231, 232).

Hay una inclinación perceptible a favor de la complementariedad jurisdiccional que de hecho ha marcado la actuación judicial a lo largo de la historia de la Comunidad. Esta inclinación se justifica cuando analizamos los dos contextos históricos en los que se enunciaron estas decisiones. El proceso de integración en la década de los noventa era substancialmente más maduro que en la década de los setenta, y entre una decisión y la otra transcurrieron veinte años de continuo entrelazado jurisdiccional. Sin embargo, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Federal en 1993 no deja de representar un retorno a una posición equidistante a aquellas asumidas en las dos decisiones anteriores.⁴⁴⁴ Además de eso, la sentencia *Maastricht* repite el argumento ya puesto en evidencia en las decisiones *Solange I* y *Solange II*: la capacidad de la Corte nacional para juzgar, aunque indirectamente, la constitucionalidad de una norma comunitaria.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ “Es verdad que el TCF ofrece una 'relación de cooperación' al TJCE puesto que juntos han de desempeñar esa tarea de salvaguarda de los DD.FF. Pero si hemos de entender el significado exacto de esta 'oferta de cooperación' lanzada ahora por el TCF, conviene sin duda acudir a un escrito del ponente de este fallo donde se encuentra formulada una oferta semejante. Pues bien, de allí se desprende que el TCF habría de ejercitar su jurisdicción siempre que por motivos procesales no fuese viable la obtención de la debida tutela de DD.FF. reconocidos en la LF ante el TJCE, sin olvidar aquellos otros supuestos en los que se trate de DD.FF. tan peculiares como la libertad religiosa que el TJCE no manejase generalmente como parámetro de su actividad de control. Se trata, como puede comprobarse, de hipótesis de activación de control no por una caída general inaceptable del estándar de la tutela comunitaria de DD.FF., sino por una posible disonancia en relación con ciertas garantías y libertades fundamentales, algo muy distinto, pues, de la doctrina *Solange II*.” (*Ibidem*, p. 232, 233).

⁴⁴⁵ “It should be noted that the *BverfG* has never surrendered/relinquished its claim to a right to decide [the point at which/on how] it would leverage its constitutional control; it merely modified this threshold. This is specially visible in the *Solange I/Solange II* shift, where the court reversed what it considered to be the principle and what the exception. Only the dissenting opinion in the *Solange I* case indicated a willingness to completely abandon a right to judicial review over the constitutionality of the European law, albeit insisting on constitutional law limits.” (MAYER, Franz. *The European Constitution and the Courts – Adjudicating European Constitutional Law in a multilevel system*. In: *European Integration: The New German Scholarship*. Jean Monnet Paper, 2003 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-03.html>), p. 29). Aunque quepa matizar que en la sentencia *Solange I* se aclara que este control se efectúa indirectamente. De esta forma, el Tribunal no podría incidir sobre el Derecho Comunitario primario, sino sobre el Derivado. En este sentido, al destacar el razonamiento que desarrolla la Corte Germana, y que precede los problemas de fondo, en la *Solange I*, José Carlos Cano Montejano señala: “Por todo ello, no será susceptible de ser atacada de modo directo cualquier disposición comunitaria, ya que la competencia del *BverfG* está limitada a aquellas normas que conlleven una manifestación del poder soberano, o lo que es lo mismo, que procedan o en las que haya intervenido una autoridad nacional del tipo que sea — administrativa o judicial —; de manera que, al no ser atacable la norma comunitaria directamente ante el *BverfG*, (...) normalmente habrá que recurrir al mecanismo de control normativo que se artuila a través de la *Vorlage*. El juez es el que está legitimado para interposición, cuando entienda que una determinada norma pueda ser inconstitucional” (CANO MONTEJANO, José Carlos. *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 77).

Esta continuidad parece encontrar respaldo en la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la organización del mercado del plátano, emitida el 7 de junio de 2000. La peculiaridad y relevancia de esta sentencia se deben al hecho de que constituye una especie de vuelta, pos-*Maastricht*, del Tribunal Constitucional Federal a la, aparentemente irresoluta e irrenunciable, cuestión de la relación entre Derecho interno y Derecho Comunitario. En esta sentencia, la Corte suaviza —aunque no modifique— su discurso, reitera la posición asumida en la sentencia *Solange II* y afirma que la decisión *Maastricht* no modifica lo afirmado en 1986.⁴⁴⁶

En el análisis concreto de la cuestión, el Tribunal emite su posición con una claridad meridiana: “The grounds of this submission fail from the outset to satisfy the special requirement for admissibility, as they are based on a misunderstanding of the Maastricht decision. The submitting court is of the opinion that the Federal Constitutional Court, pursuant to the Maastricht decision, contrary to *Solange II* decision, explicitly exercises its review authority again, albeit in co-operation with the Court of Justice of the European Communities.”

En esta decisión, por tanto, el Tribunal Constitucional Federal opta por disipar cualesquiera dudas que hubieran surgido tras la sentencia *Maastricht*, sin embargo, curiosamente, no se aleja un milímetro de la postura allí asumida, que reafirmaba la esencia que animara no sólo la sentencia *Solange I*, sino, principalmente, *Solange II*. Una lectura más atenta de esta posición de la Corte alemana revela lo que salió a la superficie en todas y cada una de estas tres paradigmáticas decisiones, enunciadas con una retórica más o menos incisiva,

⁴⁴⁶ “In its Maastricht Decision (BverfGE 89,155), the Senate maintained this view. In this decision, the Senate stressed that the Federal Constitutional Court, through its jurisdiction, guarantees, in cooperation with the Court of Justice of the European Communities, that effective protection of fundamental rights for the residents of Germany will also be secured against the sovereign powers of the Communities and is generally to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Basic Law, and that in particular the Court provides a general safeguard of the essential contents of the fundamental rights. The Federal Constitutional Court thus guarantees this essential content against the sovereign powers of the Community as well. Under the preconditions the Senate has formulated in BverfGE 73, 339 – ‘Solange II’ –, the Court of Justice of the European Communities is also competent for the protection of the fundamental rights of the citizens of the Federal Republic of Germany against acts done by the national (German) public authority on account of secondary Community law. The Federal Constitutional Court will only become active again in the framework of its jurisdiction should the Court of Justice of the European Communities depart from the standard of fundamental rights stated by the Senate in BverfGE 73, 339 (378 – 381).”

de acuerdo con el período y los condicionantes de la época, como son, la perenne, aunque latente, capacidad del Tribunal Constitucional Federal de ejercer un control material sobre el Derecho Comunitario y la posibilidad de abdicar el ejercicio de ese control a condición de que el órgano comunitario asuma ciertas premisas.⁴⁴⁷ No es otra la conclusión que asoma de la siguiente afirmación, contenida en la decisión sobre la organización del mercado del plátano:

“Thus, constitutional complaints and submissions by courts are, also pursuant to the Senate decision in BverfG 89, 155, inadmissible from the outset if their grounds do not state that the evolution of European law, including the rulings of the Court of Justice of the European Communities, has resulted in a decline below the required standard of fundamental rights after the 'Solange II decision (BverfGE 73, 339 <378-381>). Therefore, the grounds for a submission by a national court of justice or of a constitutional complaint which puts forward an infringement by secondary European Community Law of the fundamental rights in the Basic Law must state in detail that the protection of fundamental rights required unconditionally by the Basic Law is not generally assured in the respective case. This requires a comparison of the protection of fundamental rights on the national and on the Community level similar to the one made by the Federal Constitutional Court in BverfGE 73, 339 (378-381).”

En efecto, la gran diferencia entre las sentencias *Solange I* y *Solange II* no está en la afirmación o negación, por parte del Tribunal Constitucional Federal, de su competencia para juzgar la validez de una norma comunitaria. Por el contrario, la seña distintiva fundamental es el reconocimiento de la existencia, en el ámbito comunitario, de un marco normativo-institucional plenamente favorable a la defensa de derechos fundamentales.⁴⁴⁸ La Corte

⁴⁴⁷ Así lo entiende también Alejandro Saiz Arnaiz, al comentar la sentencia Maastricht: “La novedad más significativa de esta Sentencia, que en todo lo demás resulta coherente con los precedentes ya analizados del mismo Tribunal, se refiere a la competencia que éste se reconoce para fiscalizar también, en su respeto a los derechos fundamentales presentes en la Ley Fundamental de Bonn, actos de producción comunitaria, y no solo actos de los poderes públicos nacionales dictados en ejecución o aplicación del Derecho Comunitario. En el resto, la línea jurisprudencial es continuista: el contenido esencial de los derechos fundamentales ha de respetarse en todo caso, y por toda autoridad; la tutela que ofrece el TJCE es, en principio, suficiente por lo que al Tribunal Constitucional le corresponderán únicamente intervenciones (excepcionales, podría añadirse) para garantizar que en el nivel comunitario se observa el contenido esencial de aquéllos.” ((SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005, p. 558).

⁴⁴⁸ “Before Maastricht, the Federal Constitutional Court's concern was not generally ultra vires acts of the Communities, but only the basic rights as set forth in the German Basic Law. This refers to the famous Solange cases. Through Solange and other cases, the case law

germana aprovecha la ocasión, en la sentencia *Solange II*, para matizar algunos argumentos cuya esencia pudiera haber conferido una rigidez no deseable a su posicionamiento anterior,⁴⁴⁹ pero, en ningún momento niega su capacidad para someter a juicio una norma comunitaria, siempre y cuando la defensa de los derechos fundamentales así lo exija.⁴⁵⁰ Aunque el posicionamiento de la sentencia *Solange II* parezca más “europeísta” que el de

of the Federal Constitutional Court on basic rights and European integration gradually developed into a de facto concession to the ECJ of almost exclusive jurisdiction (*Solange II*). In the end, basic rights are no more a real limit to the ECJ's exclusive jurisdiction, because the ECJ itself protects basic rights sufficiently.” (KOKOTT, Juliane. German Constitutional Jurisprudence and European Integration. In: *European Public Law*, vol. 2, N° 2, June, 1996, London: Kluwer Law International, 1996, p. 242).

⁴⁴⁹ Con efecto, la Sentencia Maastricht fue blanco de severas críticas al ser proferida, conforme salienta Juliane Kokott: “(...) Thus, the doctrine did not follow the Federal Constitutional Court's reasoning in *Solange I*. The critique is mostly directed against the critical approach of the Federal Constitutional Court towards the Communities and towards the ECJ. Most scholars and the dissenters in *Solange I* share the opinion that basic rights are sufficiently guaranteed on the European plane. Critics feared that the integration process may be unduly impeded by the Federal Constitutional Court's approach.” (KOKOTT, Juliane. German Constitutional Jurisprudence II. In: *European Public Law*, Vol. 2, N.º 3, September, 1996, London: Kluwer Law International, 1996, p. 425, 426)

⁴⁵⁰ Este contexto es debidamente destacado por Juliane Kokott, al afirmar: “Although the main features of the *Solange II* case were identical to those of *Solange I* (allegations concerning the violation of basic rights by a German authority applying secondary Community law) the Court, this time, did not refer to the autonomy of the Community legal order. Instead, the perspective changed from the Founding Treaties as the basis for the obligation of both the ECJ and national courts to avoid conflicts of their respective case law (*Solange I*) to the German law transferring sovereign powers to the Communities as the final yardstick in deciding on the applicability of Community law contradicting German constitutional law. Thus, the Constitutional Court reserved for itself the final say in the case of a conflict with the ECJ. *Solange II*, which recognized the ECJ as an effective guardian of fundamental rights, lays the doctrinal groundwork for Maastricht. (KOKOTT, J. Op. cit., 1996 (II), p. 245). Asimismo, Thorstein Stein afirma: “En la decisión *Solange II* (86) el Tribunal Constitucional no había renunciado a su competencia de control frente a actos de las Comunidades Europeas en relación a la protección de los derechos fundamentales (...), pero sí había afirmado que no ejercería su competencia mientras el TJCE garantizase de forma general una protección suficiente de los derechos fundamentales. Ya en su tiempo, esta frase de la sentencia *Solange* planteó la cuestión de si el Tribunal Constitucional federal también permanecería inactivo en un concreto caso extremo de violación de derechos fundamentales en el que el TJCE por las causas que fuere no ofreciera una protección jurídica suficiente (87). En el período de tiempo intermedio el Tribunal Constitucional ya había anunciado en una ocasión que bajo determinadas circunstancias también podría declarar admisible un caso particular, aunque no se pusiera reparos a la protección de los derechos fundamentales que ofrece el TJCE de manera general (88).” (STEIN, Torstein. La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht. In: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, N.º 3, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 767). Compartiendo esta opinión, Gunna Beck señala: “In *Solange II* it ruled that, in view of this development and for as long as the Community generally ensured an effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of its institutions and that protection was regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the German Constitution, the Court would no longer exercise its jurisdiction to decide on the application of secondary Community legislation. The Court, however, neither said that it no longer had such jurisdiction nor did it rule out that it might not resume exercising its jurisdiction should the conditions for its suspension no longer be in place. *Solange II* therefore did not affect the substance of the Court's judgement in *Solange I*, namely,

la decisión *Solange I*, realmente, lo que el Tribunal Constitucional hace es reafirmar la esencia de la sentencia emitida una década antes.⁴⁵¹

Cabe destacar la referencia constitucional con la que trabajaba el Tribunal Constitucional Federal cuando dicta las sentencias *Solange I* y *Solange II* y al proferir la decisión *Maastricht*. En las dos primeras el nudo gordiano normativo se encontraba, básicamente, en la flexibilidad interpretativa que se debía dar al artículo 24.1 de la Ley Fundamental,⁴⁵² por medio del cual el “(...) ordenamiento jurídico interno de Alemania se abre (...) a un ordenamiento 'supranacional', de manera que la República Federal Alemana desiste de su pretensión básicamente exclusiva de dominio sobre el ámbito de validez de la Ley Fundamental y abre la puerta a la validez inmediata y a la aplicabilidad de un Derecho procedente de otra fuente.”⁴⁵³ En la decisión *Maastricht*, por otro lado, el fundamento constitucional se amplía sobremanera como consecuencia de la introducción del artículo 23 en el texto constitucional, por fuerza de la Ley de Enmienda a la Ley Fundamental, de 21 de diciembre de 1992, cuya constitucionalidad también se cuestionó en la acción que dio lugar a la decisión *Maastricht*.

that the power of the Federal government to transfer sovereign rights extends only so far and no further than is compatible with the protection of fundamental constitutional rights and with safeguarding the basic structure of the German Constitution.” (BECK, Gunnar. The problem of Kompetenz-Kompetenz: a conflict between right and right in which there is no praetor. In: *European Law Review*, London: Sweet & Maxwell, February, 2005, p. 53). Alejandro Saiz Arnaiz expresa el mismo entendimiento respecto al contenido de la decisión *Solange II*: “Ha de notarse que el Tribunal alemán no se declara incompetente para evaluar la compatibilidad del Derecho derivado con la Ley Fundamental de Bonn, sino que afirma únicamente que, en el actual estado de cosas, no ejercerá dicha competencia. En cierto modo, y contrariamente a una lectura habitual de esta Sentencia entre nosotros, puede concluirse que es más lo que la aproxima que lo que la aleja de *Solange I*.” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005, p. 552).

⁴⁵¹ “In the *Solange I* decision of 29 May 1974, the *BVerfG* stipulated constitutional limits on the supremacy of European law and reserved a right of judicial review in order to safeguard the fundamental rights guaranteed by the German constitution. The *BVerfG* asserted that in a case of conflict between EC law and the fundamental rights of the German constitution, the German's constitution fundamental rights would prevail. (...) After indicating a change of its *Solange I* jurisprudence in July 1979, twice in 1981 and then again in February 1983, the *Solange II* decision of 22 October 1986, the *Solange II* decision of 22 October 1986 brought the long expected supplement to the *Solange I* decision, which — without renouncing the principle of a constitutional law check — defused the fundamental rights issue 'in a pragmatic sense'.” (*Ibidem*, p.19, 21).

⁴⁵² Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 24.1: “Podrá la Federación transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales.”

⁴⁵³ HILLGRUBER, Christian. La integración del Derecho Internacional y del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento constitucional alemán. In: *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Enero-Julio, Granada, 2004, p. 123, 124.

La intensidad del diálogo político-normativo entre el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal de Justicia Europeo y la radicalización del proceso de integración, que representa el Tratado de Maastricht, suscitaron la necesidad de consagrar en el texto de la Ley Fundamental los términos constitucionales sobre los que se permitía la integración europea. En este sentido, la reproducción relativamente fiel, en el artículo 23.1,⁴⁵⁴ del núcleo argumentativo de las decisiones *Solange I* y *Solange II*, emitidas dieciocho y seis años antes, respectivamente —que llegó a suscitar la afirmación de Gunnar Beck de que el artículo 23 de la Ley Fundamental habría codificado las decisiones *Solange*⁴⁵⁵— denuncia la atrofia de los textos constitucionales frente al avance del proceso de integración y demostraron el esfuerzo interpretativo que ciertas Cortes Constitucionales europeas tuvieron que realizar para que el imparable avance de este proceso fuera compatible con los cánones constitucionales.⁴⁵⁶ Por otro lado, el contenido del artículo 23.1, ya en vigor al tiempo de la sentencia *Maastricht*, al regular la integración

⁴⁵⁴ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Art. 23.1: Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, dentro de su compromiso con los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federativos y con el principio de subsidiariedad y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la de la presente Ley Fundamental. Para ello la Federación podrá transferir derechos de soberanía con el consentimiento del Consejo Federal. Para la fundamentación de la Unión Europea, así como para las modificaciones de sus tratados básicos y reglamentaciones análogas, en virtud de los cuales se modifique o adicione el contenido de la presente Ley Fundamental, o se hagan posibles dichas modificaciones o adiciones, se observará lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 79.”

⁴⁵⁵ BECK, G. Op. cit., 2005, p. 53.

⁴⁵⁶ En consonancia con esta afirmación podemos destacar el argumento de Juliane Kokott: “The drafting of Article 23 was heavily influenced by the Federal Constitutional Court's case law and by academia. Article 23 is the expression of a more self-conscious Germany trying to set some conditions for integration. Moreover, the new integration article — Article 23 — requires a two third majority for the establishment of the European Union and for Treaty amendments, whereas a simple majority was sufficient under the old Article 24. The reason is probably, that after the Second World War, Germany was happy to be integrated in any international organization; post-war Germany could only gain, not lose thereby. Thus Article 24 was to make international and supranational integration easy, even though it could lead to a material change in the constitutional order. After the Second World War, there was no spectre of the waning state, of Germany losing control over major policy decisions affecting the people under its jurisdiction. In view of this new aspect, Article 23 now requires a constitution amending majority of two-thirds of the legislature. Germany's 'conditions' on European integration are certainly also the attribute of a state more powerful and more influential on the international plane than it used to be. As Germany identifies itself with a specific type of *Rechtsstaat* (rule of law), where courts rather than politicians make important choices it is the Federal Constitutional Court rather than German representatives in the Council of Ministers which has striven to influence the process of integration.” (KOKOTT, J. Op. cit., 1996, p. 252).

Europea establecía, al mismo tiempo, una prescripción a favor de la integración.⁴⁵⁷

Aún así, la sentencia *Maastricht*, dictada a la luz del Tratado de la Unión Europea y condicionada por una era de euroescepticismo,⁴⁵⁸ a pesar de que demuestra una tendencia aparentemente conciliatoria (como ya hemos afirmado), ya que abre un espacio para la actuación jurisdiccional previa del Tribunal de Justicia Europeo, en la defensa de derechos fundamentales que hipotéticamente hubieran sido violados por normas comunitarias, revela el tono enérgico de la Corte germana y profundiza el abordaje internacionalista de la Corte germana respecto al proceso de integración.⁴⁵⁹ El Tribunal Constitucional Federal no duda en afirmar la incapacidad de la Unión para delimitar su propia

⁴⁵⁷ Por lo que, en este sentido, es oportuna la observación de Christian Hillgruber: “Esta fórmula indicativa no representa sólo una descripción fática del curso político europeo actual, sino que contiene también una determinación normativa vinculante para Alemania de cooperar, esto es, de participar activamente en ese proceso de integración.” (HILLGRUBER, C. Op. cit., 2004, p. 124).

⁴⁵⁸ En este sentido, Juliane Kokott afirma: “The 1993 Maastricht decision was handed in an era of euroscepticism. The ideal of peace had become less important as war among Western European states seemed unthinkable. A reunified and more self-conscious Germany was accepted and integrated into the international community. Moreover, it had become questionable whether more integration, especially through a European Monetary Union, would still promote economic welfare and growth. Through German reunification every German had experience of a currency union with an economically weaker partner decreasing the living standard and income of the people living in the economically more powerful state. The disappearance of the deutschmark, a symbol of economic stability, is not a perspective attractive to everyone in Germany. (...) Thus, the Treaty on European Union constitutes a major and important further integration step without full support of the people and without the enthusiasm of the earlier European movement where the idea of peace was more vital.” (KOKOTT, J. Op. cit. (II), 1996, p. 433).

⁴⁵⁹ Juliane Kokott afirma que la tendencia internacionalista del Tribunal Constitucional Federal surge y prevalece a partir del momento en el que la Corte deja de referirse al — y por tanto reconocer el — carácter autónomo del Derecho Comunitario. Este carácter fue destacado en la decisión Solange I y é suplantado a partir de la decisión Solange II. La autora señala una posible causa: “A possible explanation of this shift is the fact that in Solange II the Constitutional Court also had to decide whether the ECJ was a 'lawful judge' pursuant to Article 101 para. 1 of the Basic Law. As the Court obviously wanted to reach that result in order to reinforce the obligation of courts to request a preliminary ruling according to Article 177, it had to overcome the difficulty that the ECJ is not a national organ. (...) That the court no longer referred to the 'autonomy' of the Community legal order in these cases cannot be understood as a move to a more nationalistic approach. However, the more extensively the Federal Constitutional Court has to deal with European integration, the more its international law approach to the new phenomenon of supranationality comes to the surface”. (KOKOTT, J. Op. cit., 1996, p. 246). Esta postura adquiere una feição mais incisiva com a decisão Maastricht: “A clearly international law approach to the Communities and to the European Union underlies the Maastricht judgment as well as Solange II. Accordingly, Community law applies in Germany only because the German ratification laws to the Founding Treaties says so. (...) More important, in Maastricht, the Court draws drastic consequences from its international law approach to the Communities: similar to ultra vires acts of traditional international organizations, acts transgressing the competences transferred to the Communities by the Founding Treaties are not binding in the domestic sphere, according to the Court (...)” (*Ibidem*, p. 255, 256).

competencia, la posición de los Estados como “dueños de los Tratados”, es decir, como titulares del poder de constituir la Unión, la invalidez de las normas que por ventura trasciendan los límites de los derechos soberanos cedidos por los Estados miembros a las instituciones comunitarias (actuación *ultra vires*) y, en último término, su capacidad para juzgar, con fundamento en la Ley Fundamental alemana, la validez de una norma jurídica comunitaria contraria a los derechos fundamentales.⁴⁶⁰ Es decir, la sentencia *Maastricht*, como auténtica síntesis del coherente posicionamiento de la Corte germana a lo largo de dos décadas, al tiempo en que no acoge ningún argumento a favor de la inconstitucionalidad del Tratado de la Unión Europea, plantea reservas respecto a las ambiciones europeístas más expansivas, y representa un aviso reforzado del Tribunal alemán de que la integración se desarrolla de los Estados hacia la Unión y no en el sentido contrario.⁴⁶¹ Esta posición, con sus distintos matices, se refuerza aún más si dedicamos más atención a la postura del Tribunal Constitucional Federal con relación a la naturaleza de las leyes que aprueban los Tratados. Postura mediante la que se consolida la supremacía del Derecho Constitucional estatal, como conjunto normativo por el

⁴⁶⁰ Es esta la síntesis que formula Torstein Stein al analizar la postura del Tribunal Constitucional Federal en la Sentencia Maastricht acerca de la posibilidad de ejercer control sobre normas comunitarias que eventualmente vulneren derechos fundamentales: “En realidad, parece que éste se erige en todo caso, como última instancia y que ello no se hace dentro de una relación entre instancias de igual rango, sino en una relación en la que el Tribunal Constitucional federal vigila o controla al TJCE (91). Con ello podría encenderse un día de nuevo la vieja controversia sobre la primacía del Derecho Comunitario frente a todo Derecho nacional, incluidos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.” (STEIN, T. Op. cit., 1994, p. 768).

⁴⁶¹ Steve J. Boom manifiesta opinión semejante, aunque más radicalizada, en un artículo en lo cuál analiza la Sentencia Maastricht a la luz de una comparación entre el desarrollo del carácter jurisdiccional del Tribunal de Justicia Europeo y de la Suprema Corte norteamericana: “Finally, similar to state opposition to the US Supreme Court, German opposition to the ECJ's jurisdiction has been consistent, although not constant. The Federal Constitutional Court first expressed its views on court jurisdiction in *Solange I*. Despite its relaxation in attitude in *Solange II*, twelve years later, the Federal Constitutional Court did not concede final authority to the ECJ; it did, however, acquiesce in the ECJ's jurisdiction over day-to-day management of fundamental rights cases. Only one year later, however, the Federal Constitutional Court reaffirmed its position that ECJ jurisprudence was limited by German constitutional principles and that the Member States remained the 'masters of the treaty.' The *Maastricht* decision is the latest, and strongest since *Solange I*, challenge to the ECJ. It is this steady opposition that leads to Germany's appellation of "the Virginia of Europe." (BOOM, Steve J. *The European Union after the Maastricht decision: is Germany the new Virginia of Europe?*. Jean Monnet Paper, 1995 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9505ind.html>)). En el mismo sentido, Franz Mayer destaca: “All things considered, one may well say that the Maastricht decision is within a certain continuity of the *BverfG*'s prior jurisprudence on fundamental rights, as far as the concept of a constitutional law reserve of control that restricts the European law-claim for supremacy is concerned. What is striking though, is the aggressive tone of the decision when compared to previous decisions.” (MAYER, F. Op. cit., 2003, p. 24, 25).

que se autoriza la creación de un ordenamiento jurídico supranacional.⁴⁶² Éste es el punto de inflexión del que emana la fértil divergencia entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional.⁴⁶³

Las dos premisas que conjuntamente orientaron la sentencia *Solange I*, en relación al principio democrático y la defensa de los derechos fundamentales, no sólo continúan presentes sino que se enfatizan en la sentencia *Maastricht*. En la primera decisión la inexistencia de una configuración democrática que produjera un contexto orientado hacia la protección de los derechos fundamentales representó la justificación para que la Corte alemana afirmara su competencia para juzgar las normas comunitarias a la luz de la Constitución. Por otro lado, en la segunda sentencia el respeto al principio democrático representa la propia condición para la validez de las normas comunitarias. La cesión de derechos soberanos se ampara en una

⁴⁶² Cabe señalar, en este sentido, el argumento de Rainer Arnold: “El Tribunal Constitucional considera esta ley de aprobación como 'Gelungsgrund', razón de validez del Derecho supranacional en Alemania. Según el Tribunal, esta ley es la razón que determina la validez inmediata de las normas supranacionales en el ordenamiento interno y su primacía. Se combinan, en este planteamiento, dos afirmaciones del Tribunal: la ley es el medio de aplicación de la autorización constitucional de integración (artículo 24 o 23 de la Ley Fundamental de Bonn). Estos artículos permiten al Estado integrarse en el ordenamiento supranacional por la (...) apertura del ordenamiento nacional; la ley de aprobación lo que hace es concretar esa autorización constitucional general. (...) Existe así una conexión entre el nivel supranacional (que se expresa en el tratado) y el nivel nacional (la Constitución del Estado como decisión del pueblo en favor de la integración y el Parlamento autorizado por la Constitución concretando ese mandato. El Tribunal deduce de la ley de aprobación la competencia para controlar la compatibilidad entre el Derecho Comunitario derivado y el contenido de la misma. (...) Esta perspectiva nacional se legitima, según el Tribunal, por la conexión entre la voluntad nacional (del pueblo, expresada a través del Parlamento) y el resultado de esa voluntad, el conjunto de poderes supranacionales. El hecho de que el poder comunitario fuese creado por la voluntad de los Estados miembros autoriza al Estado a referirse al acto de creación, a la ley de aprobación, a la hora de examinar dicha compatibilidad.” (ARNOLD, R. Op. cit., 2004, p. 102).

⁴⁶³ A este respecto, Rainer Arnold, aunque refiriéndose al artículo 24.1, expone, oportunamente, un argumento que no fue materialmente modificado por la introducción del artículo 23 a la Ley Fundamental de Bonn: “Debe mencionarse que el Tribunal Constitucional alemán afirma que la capacidad del Derecho comunitario de ser inmediatamente válido y aplicable no deriva del ordenamiento comunitario, sino de la ley alemana de aprobación del Tratado CEE, que se basa en el artículo 24.1 LF y que contiene, según el BverfG, un mandato de aplicación del Derecho comunitario (Rechtanwendungsbefehl). Así, mientras que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sostiene que la aplicabilidad inmediata del Derecho comunitario debe ser realizada por la fuerza intrínseca del ordenamiento comunitario, el Tribunal Constitucional alemán afirma que esto sucede porque el ordenamiento interno alemán, bajo el fundamento del artículo 24.1 LF, así lo exige: la transferencia de derechos de soberanía según ese artículo (como se expresa en el caso concreto en la mencionada ley de aprobación) contiene también la permisión y el mandato mismo de que las normas comunitarias puedan penetrar inmediatamente en el ordenamiento alemán y tener validez y aplicabilidad, junto al derecho interno, en el territorio alemán. Esta concepción del Tribunal Constitucional alemán se extiende también al derecho de los Tratados Fundacionales.” (ARNOLD, Rainer. *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*. Madrid: Civitas, 1993, p. 121).

decisión democrática interna, de la que va a derivar su limitación expresa, de modo que cualquier alteración en el ámbito de las competencias cedidas tiene que sujetarse a una nueva manifestación democrática nacional. Por tanto, la soberanía permanece firmemente en manos de los Estados, “*masters of the treaties*”.⁴⁶⁴ Cualquier manifestación de poder en un ámbito estatal sólo puede caracterizarse como derivada, jamás como originaria.⁴⁶⁵

A pesar de las críticas, algunas de ellas particularmente incisivas,⁴⁶⁶ la posición del Tribunal alemán en la sentencia *Maastricht* revela coherencia en el análisis del proceso de integración a la luz de la legitimidad democrática ya que concluye que la base de tal legitimidad permanecía en entidades nacionales capaces de traducir la voluntad popular en acciones políticas concretas. La preocupación por el déficit democrático está justificada en la medida en que se pretende ver en la Unión Europea una entidad, que al ser el resultado de la peculiar interacción de Estados democráticamente avanzados, deberá reflejar los aspectos esenciales de la organización política de tales Estados, en los cuales la democracia es lo primordial.⁴⁶⁷ Por otro lado, la protección a los

⁴⁶⁴ En este sentido señala Juliane Kokott: “According to the conception of the German Federal Constitutional Court Kompetenz-Kompetenz of the Federal Republic of Germany is a matter of democracy. The European Parliament, even after obtaining substantial competences through the Treaty of Maastricht, still does not have legislative powers comparable to those of a national parliament in a democratic state. More importantly, according to the Federal Constitutional Court, granting more powers to the European Parliament could not even remedy the so-called democracy deficit of the European Communities. On the contrary, the democratic legitimacy of the Communities lies with the national parliaments of the Member States. As there is not one European people, the European Parliament cannot provide the necessary democratic legitimization of the Communities. Rather, the peoples of the Member States provide the democratic basis through parliamentary control of their delegates to the Council of Ministers. (KOKOTT, J. Op. cit., 1996, p. 257).

⁴⁶⁵ La opinión de Antonio López Castillo no difiere de ésta: “Así pues, del fallo del TCF no parece sufrir la existencia de límites procedimentales a la revisión de los tratados, pero más allá de eso no habría sino voluntad estatal. Insistiendo en el carácter derivado del poder comunitario, cuestiona de frente el TC la idea de la Comunidad dispusiese ya de algún modo de su propia soberanía o la compartiese con sus Estados miembros. (...) El TCF niega entonces radicalmente la existencia de un poder constituyente comunitario propio, ni siquiera compartido (...).” (LOPEZ CASTILLO, A. Op. cit., 1994, p. 235, 236).

⁴⁶⁶ Para una crítica particularmente enérgica, vide WEILER, Joseph. *The State “über alles”*: *Demos Telos and the german Maastricht decision*. Jean Monnet Papers, 1995, (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9506ind.html>).

⁴⁶⁷ En este sentido, cabe señalar la afirmación de José Carlos Cano Montejano al analizar la decisión *Maastricht*: “Por ello, la expresión *Herren der Vertäge* — utilizada, como hemos visto, en más de una ocasión por el BverfG — no es más que un intento de plasmar de una manera plástica la situación que subyace detrás de la atribución de los derechos soberanos. No se puede predicar la soberanía, como momento prejurídico, constituyente, originario e inalienable, de una organización emanada de un instrumento de carácter internacional como es el Tratado de Maastricht. El Tribunal de Karlsruhe no hace una construcción en el vacío, no parte de esquemas superados, no se apoya en conceptos decimonónicos. El poder reside en el pueblo, y esta manida expresión no puede entenderse

derechos fundamentales sigue por un camino que no se puede alejar de la relación entre los Estados miembros y la Unión, lo que incluso justifica la actuación del Tribunal Constitucional Federal en el control de constitucionalidad de las normas comunitarias supuestamente contrarias a la Constitución alemana.

Como se ve, al tiempo en que el Tribunal de Justicia Europeo enraíza su jurisprudencia claramente en el argumento de la prevalencia del Derecho comunitario y en la afirmación de la primacía y exclusividad de las instituciones comunitarias en el ámbito de las competencias cedidas, la Corte alemana argumenta que el marco no es ese; que tal cesión de soberanía no es plena, que no puede afectar al núcleo fundamental de la Constitución alemana y que su actuación última en la defensa de derechos fundamentales está plenamente justificada. En otras palabras, mientras la jurisprudencia de la Corte comunitaria representa la constante afirmación del cambio definitivo del carácter de la soberanía, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal representa la reivindicación de esta misma soberanía.⁴⁶⁸ Atento a este enfrentamiento entre ambas perspectivas, y aunque reconozca cierto fundamento a la decisión germánica, Neil MacCormick relativiza su relevancia y amplitud al señalar su fundamento en la peculiar posición política y la función de la Corte germánica, y al someterla a su noción de la gradual prevalencia de un contexto pos-soberano en el proceso de integración europeo.⁴⁶⁹

superada por una nueva supuesta legitimación en el ejercicio compartido de derechos soberanos. Qué es un ejercicio compartido de derechos soberanos sino la quimera de una fórmula que lleva al despojo de la nación, de su integridad, de sus valores, de los principios en los cuales la misma descansa, en fin, de la soberanía del pueblo, sin más contrapeso que la articulación del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad.” (CANO MONTEJANO, J.C. Op. cit., 2001, p. 307).

⁴⁶⁸ Atento a las peculiaridades de esta postura del Tribunal Constitucional Federal, Gunnar Beck señala: “If therefore, the Constitutional Court states in the conclusions of the judgment, a confederation of democratic states like the European Union exercises sovereign rights, it does not derive its democratic legitimacy from a single European demos nor even directly from the constituent peoples. Instead the democratic basis for its exercise of these rights resides in the treaty concluded by the Member States which becomes valid in the Member States only once it has been ratified in accordance with their national constitutional requirements. The European Union depends on those transmission mechanisms prescribed by national constitutions for the translation of popular sovereignty into democratically legitimated legal action. In the case of Germany, and most other Member States, that mechanism guaranteeing democratic legitimacy consists in parliamentary ratification. (...) In short, democratic legitimacy is conferred on the European Union indirectly through the ratification of its enabling treaties by the German Parliament, which is itself legitimated through periodic elections and subject to the overriding framework of the Constitution. (BECK, G. Op. cit., 2005, p. 54, 55).

⁴⁶⁹ “La decisión del *Bundesverfassungsgericht* ha sido ampliamente criticada por su incompatibilidad con las necesidades de la Europa contemporánea. Las críticas son en general

El Tribunal Constitucional Federal alemán protagoniza, sino el principal, uno de los debates normativos más importantes con el Tribunal de Justicia Europeo; y, junto con la Corte Constitucional italiana, delimita los parámetros de la relación entre Constitución y ordenamiento comunitario que, aunque perfeccionada, continúa abierta. En su jurisprudencia queda patente la reticencia ante ciertas posturas normativas del Tribunal de Justicia. La posición favorable al enjuiciamiento de la aplicabilidad del Derecho Comunitario, eventualmente contrario a normas constitucionales, denuncia una negación de que las relaciones entre normas derivadas de los dos sistemas se basen en el criterio de jerarquía. Al mismo tiempo, ni siquiera la primacía del Derecho Comunitario —un principio cuya existencia reconoce la Corte Constitucional italiana ya desde 1973, como veremos continuación— encontrará una recepción calurosa por parte del Tribunal alemán.⁴⁷⁰

demasiado apresuradas. Una teoría jurídica pluralista en el espíritu del institucionalismo legal sugiere que esta sentencia tan criticada después de todo tiene una profunda base en la teoría jurídica. Sin embargo, su propio arraigo en la teoría jurídica obliga a uno a mirar ciertas cuestiones subyacentes una vez más a la luz de la teoría. Sobre la base de lo argumentado hasta aquí podríamos estar de acuerdo con la negativa expresada por el Tribunal constitucional acerca de que la soberanía haya sido transferida a los órganos de la Comunidad o Unión Europea. Pero si lo que se afirma es, en definitiva, que la soberanía sigue estando en el pueblo alemán, sobre eso cabe manifestar dudas bien fundadas. Los Estados miembros sin duda disfrutan de una especie de soberanía residual en el sentido de una capacidad para renunciar a la pertenencia a la Unión y retornar a su antigua independencia, aunque es dudoso que a ninguno le resulte políticamente posible en las actuales circunstancias. Y sin duda existen razones especiales de retórica constitucional que requieren que un tribunal alemán continúe defendiendo la soberanía del pueblo que la Constitución alemana, al igual que la francesa, postula como fundamental para sí misma. Pero a pesar de todo eso, debe decirse que el mismo análisis que nos exige confirmar que la soberanía no ha sido transferida a los órganos europeos nos exige al mismo tiempo rechazar que continúe siendo propiedad exclusiva de ningún Estado miembro.” (MACCORMICK, Neil. La sentencia de Maastricht: soberanía ahora. In: *Debats*. N° 55, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, Marzo, 1996, p. 30).

⁴⁷⁰ Christian Hillgruber justifica y reforza la reservada postura del Tribunal Constitucional Federal, al afirmar: “Una primacía del Derecho de la Comunidad y de la Unión puede existir sólo en virtud de la autorización constitucional – y sólo en función del alcance de ésta-. (...) El Derecho comunitario no tiene, pues, en Alemania rango constitucional. La Ley Fundamental acoge al Derecho comunitario, pero no ordena constitucionalmente su observancia y primacía. De aquí se deriva no sólo que tampoco la lesión del Derecho comunitario por parte del Derecho alemán y de la jurisprudencia alemana ordinaria puede ser tachada de vulneración constitucional – igual que en el caso de la vulneración de Tratados internacionales -, sino además que la Ley Fundamental goza en todo caso de rango superior frente al Derecho comunitario.” (HILLGRUBER, C. Op. cit., 2004, p. 126). Asimismo, Juliane Kokott, a partir del planteamiento internacionalista del fenómeno comunitario que atribuye al Tribunal Constitucional Federal, destaca esta reserva de la Corte germana ante el reconocimiento de las características normativas del Derecho Comunitario: “To conclude, that the Federal Constitutional Court no longer refers to EC law as an autonomous legal order does not seem to express a different approach or a policy change of the Court towards European integration. Rather, the international law approach of the Court to EC law becomes explicit as soon as the Court deals more comprehensively with EC law. Moreover, the international law approach not only underlines the recent Maastricht judgment of the Kirchof Court, but also the decisions of the Steinberger Court (e.g. Solange I) wich are commonly considered as integration friendly. German courts never really supported the theory that Community law flows from an

Por otro lado, en las decisiones de la Corte alemana, comúnmente, se aprecia el argumento de que, aunque se reconozca el principio de primacía del orden jurídico comunitario, se mantendría un obstáculo a la prevalencia integral de normas que provengan de él, en relación con el Derecho interno. Según el Tribunal Constitucional Federal, existe un núcleo normativo que define la esencia de la Constitución y que, en ningún caso, podría vulnerarse, además de representar una limitación material al alcance y a la eficacia a ser otorgada al principio de primacía engendrado por el Tribunal de Justicia Europeo.⁴⁷¹ En las sentencias *Solange I* y *Solange II*, el Tribunal Constitucional Federal insistió en destacar que los derechos fundamentales componían tal núcleo, mientras se refería, con especial énfasis, a la representación política y al principio

autonomous source, even though early decisions of the Federal Constitutional Court speak of the 'autonomy' of Community law. (KOKOTT, J. Op. cit., 1996, p. 246).

⁴⁷¹ En este sentido, Christian Hillgruber afirma: “La habilitación constitucional para la integración es, como todas las habilitaciones jurídicas, limitada. El artículo 24.1 GG tiene que ser entendido e interpretado, como toda disposición constitucional de carácter principal similar, en el contexto del conjunto de la Constitución. El precepto no permite, pues, una cesión ilimitada de derechos de soberanía y un posterior ejercicio ilimitado de los mismos por parte de organizaciones interestatales. El precepto no autoriza a renunciar en el proceso de atribución de derechos de soberanía en favor de organizaciones interestatales, a la identidad del ordenamiento constitucional vigente de la República Federal Alemana por medio de la ruptura de sus estructuras básicas, de sus estructuras constitutivas.” (HILLGRUBER, C. Op. cit., 2004, p. 126, 127. De hecho, ya al tiempo en que profiere la decisión *Solange I*, el Tribunal Constitucional Federal lleva a cabo un vigoroso delineamiento del alcance normativo de la integración a partir de la abertura que proporciona el Art. 24.1, doctrina que posteriormente asimila el mismo texto constitucional a través del Art. 23.1, conforme ya señalamos, y reitera la Corte de forma vehemente a través de la decisión *Maastricht*. Para el Tribunal Constitucional Federal, la existencia de dichos límites a una expansión desmesurada del Ordenamiento Comunitario en el ámbito de actuación del Derecho Interno, justifica el significado que al Art. 24.1. En este sentido, la Corte entiende que de esta disposición no se puede deducir una transferencia de soberanía, sino una abertura, deseada por el Constituyente, en favor de la aplicabilidad preferente del Derecho Comunitario. Los límites a la primacía de este ordenamiento, en todo caso, condicionan esta cesión y el ejercicio de la primacía del ordenamiento comunitario, de modo que el núcleo intangible de la Constitución alemana permanece incólume. Asimismo, José Carlos Cano Montejano ofrece un excelente perfil del contenido que atribuye al Art. 24.1 la sentencia *Solange I* y de los límites que impone la Ley Fundamental a la primacía del Derecho Comunitario, al destacar: “Este artículo debe ser interpretado y puesto en relación de acuerdo al resto del texto constitucional. Esto no quiere decir que se abra un mecanismo por el que se pueda llegar a producir una alteración en la estructura básica de la GG — en la cual su identidad se apoya y encuentra su fundamento —, sin que haya una explícita modificación de la GG a través de un nuevo proceso constituyente o, al menos, de acuerdo a alguno de los procedimientos previstos en el texto de la misma; en ningún caso a través de los actos legislativos procedentes de la Organización Internacional a la que el Estado alemán se ha adherido. (...) El BverfG determina con absoluta claridad (...), en qué medida puede considerarse aceptable la pretensión de primacía de la norma comunitaria sobre la norma interna: sólo en la medida en que no afecte a la estructura básica e irrenunciable que sustenta el ordenamiento jurídico alemán desde su fundamento constitucional. De aquí que matice entre transferencia de derechos de soberanía y aceptación de apertura a un Derecho ajeno — con los límites indicados —. Este matiz resulta muy importante. No se puede renunciar a la soberanía en el núcleo duro de la estructura constitucional, porque de otro modo se vaciaría de contenido la configuración del Estado mismo.” (CANO MONTEJANO, J. C. Op. cit., 2001, p. 58, 59).

democrático. Temas que, a su vez, ocuparían un lugar central en la decisión *Maastricht*.

En efecto, la Constitución alemana establece en su artículo 79.3 un núcleo material intangible dentro del actual orden constitucional, que está constituido por la división de la Federación en estados, la cooperación entre ellos en el ejercicio de la potestad legislativa y los principios consagrados en los artículos 1 (dignidad de la persona, reconocimiento y valor normativo de los derechos fundamentales) y 20 (principio de soberanía popular). Partiendo de esta estructura normativa, la Corte alemana construye el argumento de que, si se vulnera, no se podría prescindir del control de constitucionalidad de normas comunitarias, aunque sea indirecto. Esto significa que la primacía del Derecho Comunitario, en el caso de que se extienda a normas constitucionales, no puede chocar contra el núcleo duro de la Constitución alemana.⁴⁷²

No hay duda que el conjunto normativo interno se ve afectado por la radicalización del proceso de integración; y la Constitución, como parte principal de este conjunto normativo, no se libra de la presión ejercida por el ordenamiento comunitario. El hecho de señalar límites materiales a la primacía tiene efectos que se propagan por dentro y por fuera del orden constitucional. Por un lado, tiene la virtud de impulsar avances necesarios en el ámbito comunitario, al ayudar a influenciar a las instituciones comunitarias en el perfeccionamiento de la compatibilización de su conjunto normativo con los cánones del Estado constitucional.⁴⁷³ El carácter intransponible de las

⁴⁷² Christian Hillgruber destaca, en este sentido: "Con ello, los principios subyacentes a las cláusulas constitucionales de intangibilidad del artículo 79.3 GG se convierten, en todo caso, en un límite constitucional infranqueable para la participación de la República Federal de Alemania en el proceso de integración. Lo que al propio poder de reforma de la Constitución se le niega, no se le puede obviamente permitir tampoco al legislador ordinario que, según el artículo 24.1 GG, aprueba la ley de autorización de la ratificación del Tratado." (HILLGRUBER, C. Op. cit., 2004, p. 127).

⁴⁷³ Respecto a esta constatación, Werner von Simson y Jorge Scharze, al analizar los efectos de la Sentencia Solange I, afirman: "Si no antes, al menos la sentencia Solange I, de 1974, del Tribunal Constitucional alemán ha hecho cobrar consciencia a amplios sectores de que el Derecho Comunitario carece de un catálogo amplio de derechos fundamentales, y de que únicamente garantiza a los ciudadanos comunitarios en disposiciones concretas derechos fundamentales o similares a ellos. Como es sabido, en el mencionado fallo el Tribunal no aceptó como suficiente una protección esencialmente judicial de los derechos fundamentales, manteniendo una competencia revisora propia, hasta tanto apruebe el Parlamento Europeo una declaración de derechos cuyo nivel protector corresponda al de la GG. Los pasos dados en la Comunidad para la mejora de la protección de los derechos fundamentales no se explican sin tal jurisprudencia alemana. En una Declaración conjunta, de 5 de abril de 1977, el Parlamento, el Consejo y la Comisión confirmaron la vigencia y la observancia de los derechos

limitaciones materiales, por tanto, se caracterizaría en cuanto existiera el riesgo de un conflicto. En el momento en que el orden comunitario asimilara las exigencias constitucionales, el obstáculo dejaría de existir. Éste es el mensaje que contiene la sentencia *Solange II*. En este sentido, al menos en lo que concierne a la protección de derechos fundamentales, destaca lo que Rainer Arnold define como sustitución —un concepto de alcance dudoso para todos los ámbitos constitucionales, aunque inequívocamente asumido por la Constitución alemana a la vista de la redacción dada al artículo 23—,⁴⁷⁴ es decir, la asunción, por parte del Tribunal Constitucional Federal, a condición de que exista, en el ámbito comunitario la debida operatividad de la protección de derechos fundamentales, del papel de fiscalizador —en detrimento del de antagonista— de las condiciones del Tribunal de Justicia Europeo para proporcionar una protección suficiente de los derechos fundamentales.

fundamentales en la Comunidad.” (VON SIMSON, Werner; SCHWARZE, Jorge. Integración Europea y Ley Fundamental. Maastricht y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*, 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 38). Juliane Kokott, en el mismo sentido, destaca la relación de cooperación existente entre ambas Cortes, que caracteriza como una vía doble, en la cuál las reacciones de la Corte comunitaria suscitan cambios de la postura del Tribunal Constitucional Federal: “Many share the opinion that the German Constitutional Court's *Solange I* decision substantially influenced the fundamental rights jurisprudence of the ECJ. In this respect, it should be noted that cooperative relationship is no one-way street. The *Maybe* decision is a clear example of how the Federal Constitutional Court responded in a positive way to the ECJ's growing human rights jurisprudence. This respect of the ECJ for the Constitutional Court's concern with human rights can be seen as an engagement in a cooperative relationship with the Constitutional Court, which constituted the underlying motivation for the latter's decision to recognize the ECJ's exclusive competence in interpreting Community law.” (KOKOTT, J. Op. cit., 1996 (II), p. 415). Compartiendo esta postura al analizar la sentencia *Maastricht*, Torstein Stein destaca esta influencia como un elemento posiblemente más importante que el efectivo control de constitucionalidad cuya posibilidad se abre ante el argumento del Tribunal Constitucional Federal: “Por otra parte, es preciso ver con toda claridad que ya en su momento la decisión *Solange I* provocó una especial dedicación del TJCE en el ámbito de los derechos fundamentales. Si partimos del supuesto que en la práctica no se llegará a un control del TJCE por el Tribunal Constitucional federal, pero se consigue a través de la sentencia-*Maastricht* que el TJCE garantice la protección de los derechos fundamentales no sólo de una manera general y genérica, sino asumiendo cada caso particular, entonces este giro constatado en la sentencia del Tribunal Constitucional podría cumplir su objetivo, incluso aunque realmente opere de forma poco amigable frente al TJCE. (STEIN, T. Op. cit., 1994, p. 768).

⁴⁷⁴ A este respecto y ante la dinámica que generan las sentencias *Solange I* y *II*, el autor alemán destaca: “La idea común es la de que las exigencias más importantes del desarrollo jurídico-cultural en Europa no deben ser abandonadas por las Comunidades. Así, la protección fundamental del individuo resulta tan importante para el Tribunal. Acepta sin embargo la posibilidad de que las Comunidades protejan al individuo por medio de derechos fundamentales de carácter propio, supranacional: se corresponde con la existencia de un ordenamiento el que éste deba contener todas las normas necesarias para cumplir las funciones básicas del sistema. En otras palabras, el Tribunal considera necesaria la existencia de garantías constitucionales también en el propio ordenamiento supranacional. Si falta tal protección habrá de cumplir esta función el ordenamiento nacional.” (ARNOLD, R. Op. cit., 2004, p. 106).

Por otro lado, si el proceso de integración ya no se reduce a la esfera puramente económica y se caracteriza por una creciente conformación política, hay ciertos presupuestos que deben necesariamente acompañar este cambio gradual. Los derechos fundamentales y el principio democrático son temas que ocupan un lugar central en la formación de cualquier cuerpo político, ya se trate de un Estado, ya sea de una entidad para la que aún no hay una concepción precisa, como es el caso de la Unión Europea.⁴⁷⁵ De ahí que pleitear la expansión política del proceso de integración Europea suscite la reacción de un órgano responsable de defender el orden constitucional —que, en última instancia, tiene en estos principios dos de sus principales bases— de un Estado que se encuentra dentro de este proceso.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ En este sentido, cabe destacar que el tono de la decisión Maastricht denuncia esta exigencia del Tribunal Constitucional Federal, de que la dimensión normativa de la Unión se exprese de forma democrática. Respecto a esta expresión democrática, la Corte Alemana señala la ausencia de un demos europeo como una de las premisas de la democracia, en falta en el proceso de integración. En este sentido, Gunnar Beck afirma: “In summary, the emergence of a European demos, the Court states, is a normative and constitutional precondition which must be met before the European Parliament can assume more than its present supporting legitimating function, and it is a process which itself depends on a number of fundamental changes in the cultural, social and political fabric of the Member States making up the Union. For the time being these pre-legal sources of identification of the people with a large political entity still firmly locate the focus of popular allegiance in the individual states, making up the Union. For this reason, national parliaments must retain ultimate control over the integration process. For in the absence of national parliamentary control that process would lack democratic legitimation which at EU level cannot be provided by the European Parliament for as long as it is elected by a number of national electorates rather than one demos defined in terms of lesser or greater cultural and social homogeneity.”

⁴⁷⁶ En este sentido, Werner von Simson y Jorge Schwarze, refiriéndose a los ámbitos irreductibles de la estatalidad alemana como limitaciones materiales que imponen la Ley Fundamental al principio de primacía del Derecho Comunitario, y señalando lo distante que se encuentra el proyecto europeo de sus ciudadanos, destacan: “Cualesquiera medidas de unificación deberán juzgarse por el grado en que afecten, de forma grave o incluso disolvente, al núcleo irreductible de competencias del que depende la existencia y la función de los Estados dentro de la Comunidad. En tal núcleo irreductible se comprenden no sólo los elementos esenciales de la estatalidad, sino también cuanto los Estados aportan a la Comunidad, a lo que ésta difícilmente puede renunciar. Como acaba de señalarse, se trata del arraigo de la res pública en la imagen que el ciudadano de a pie se hace del ordenamiento y de sus derechos. En la medida en que este ciudadano sienta este ordenamiento como algo, incluso, querido, puede permanecer de forma indeterminada en tolerante ambigüedad mucho de aquello que, de otra forma, podría dar lugar a conflictos permanentes y a tensiones centrifugas. No hay comunidad con visos de permanencia que, si pretende brindar libertad, pueda prescindir de estas convicciones. Así, tiene importancia considerable la aceptación tácita de las pautas de ejercicio del poder público. El Gobierno de la Comunidad está demasiado lejos de los ciudadanos como para que éstos puedan identificarse con ella.” (VON SIMSON, W; SCHWARZE, J. Op cit., 2001, p. 74, 75). Por otro lado, a este respecto, José Carlos Cano Montejano, al analizar, en profundidad, la sentencia *Solange I*, destaca, con propiedad: “(...) el BVerfG reivindica para sí, en el ejercicio de su competencia de control normativo, aquello que estima y considera está siendo puesto en peligro a través de un todavía incipiente proceso de integración. En este sentido es interesante la opinión de parte de la doctrina que ha creído ver en esta actitud constitucional un efectivo esfuerzo por salvar una de las conquistas más claras de la Revolución francesa, la defensa y reconocimiento de los derechos fundamentales, que podrían verse puestos en entredicho por un proceso de integración jurídico-política que no

Al mismo tiempo, no se puede ignorar el inequívoco diálogo que tal postura establece con el poder de reforma constitucional. En efecto, Rainer Arnold ya afirmaba a principios de la década de 1990, a la luz del contenido del artículo 24.1 de la Ley Fundamental y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que la “(...) transferencia de soberanía no es una reforma formal de la Constitución, pero sí material, ya que supone la atribución de competencias internas a un organismo supranacional. Los límites del artículo 79.3 se refieren también a ese tipo de reforma constitucional.”⁴⁷⁷ El Tribunal Constitucional Federal creó este puente entre la apertura constitucional a la integración Europea y el proceso de reforma constitucional —al prescribir límites materiales a la ampliación del proceso de integración— que, posteriormente, consagró, de un modo más complejo, el artículo 23.1 de la Ley Fundamental. Su mérito es el de acentuar una posición de vanguardia que descubre una nueva etapa en la relación entre el radicalizado proceso de integración y las constituciones nacionales y que, además, se sustenta en virtud de la previsión constitucional de una identificación procedimental entre las modificaciones de los Tratados básicos de la Unión Europea y la reforma constitucional, asumiendo el perfil formal de cuya falta, al emitir la afirmación antes destacada, Rainer Arnold se resentía. En este contexto, la prevalencia de las limitaciones materiales del artículo 79.3 gana un significado reforzado, como mecanismo de protección del contenido de la Constitución frente al Derecho Comunitario. Se pone en marcha, de este modo, una ingeniosa manera de afirmar, con carácter definitivo, la supremacía de la Constitución en el ámbito de esta relación, puesto que el mecanismo de reforma constitucional pasa a agregar los procesos normativos comunitarios. Y, si por un lado, la Constitución se abre a expansiones normativas derivadas de otro ordenamiento, por otro, la incidencia de estas expansiones sobre el ordenamiento interno, que encabeza la Ley Fundamental, se somete a la adecuación formal y material que establece el procedimiento de reforma constitucional.⁴⁷⁸

tuviese como principios directores la búsqueda de la legitimidad democrática como única justificación posible al efectivo ejercicio de derechos soberanos y, por tanto, de las postetades que de los mismos se derivan.” (CANO MONTEJANO, José Carlos. Op. cit., 2001, p. 102, 103).

⁴⁷⁷ ARNOLD, R. OP. cit., 1993, p. 127.

⁴⁷⁸ Benito Aláez Corral resalta este contexto al destacar los efectos de los artículos 24.1, delimitados con mayor precisión y ampliados por el artículo 23.1 de la Constitución alemana, para proporcionar un ámbito de protección al contenido de la Constitución: “Este

Cabe, por último, destacar que el vínculo establecido entre la apertura de la Constitución a la dimensión comunitaria y la reforma constitucional se relaciona dialécticamente con la imperatividad de la preservación de la soberanía popular. En el ámbito constitucional no hay como evitar esta problemática. Y este dilema impregna la jurisprudencia de la Corte alemana. El Poder Constituyente originario representa la expresión de la soberanía y se plasma en la Constitución, lo que engendra el mecanismo de reforma constitucional como forma de perpetuar el legado político-jurídico, sin que, para adaptar la Carta Magna a los cambios de los más variados matices, sea imprescindible que se produzca una ruptura semejante a aquélla que le dio motivo. En este sentido el ejercicio de la reforma constitucional representa también la manifestación de la soberanía popular de una manera peculiarmente acentuada, pues atiende a las propias limitaciones impuestas en el ejercicio del Poder Constituyente Originario. En cierta forma, representa el ejercicio de esta soberanía sujeto a amarras jurídicas, que se traduce perfectamente como soberanía de la Constitución. El equilibrio entre la apertura constitucional contenida en una cláusula europea y los límites a su incidencia sobre la Constitución es, sin duda, una delicada delegación, aunque no se ponga en riesgo la soberanía popular. En verdad representa la sublimación de esta

ámbito de protección se identificaba habitualmente en la RFA —antes de la inclusión del nuevo art. 23.1 GG— sobre la base del artículo 24.1 GG, con el mínimo de protección de los derechos fundamentales y con las decisiones fundamentales o principios estructurales recogidos en la Constitución, pues se aceptaban las reformas constitucionales tácitas conforme al mencionado artículo 24.1 GG siempre y cuando respetasen los límites del núcleo esencial intangible del artículo 79.111 GG y el mínimo de protección de los derechos fundamentales, esto es, aquellos elementos que dotan de identidad al orden jurídico instaurado por la Ley Fundamental de Bonn (62). Con la dicción literal del nuevo artículo 23.1 GG surge la necesidad de no considerar a dicho precepto como una norma habilitadora en blanco, que permitiría al legislador alemán poner a disposición de las instancias comunitarias las normas constitucionales mismas, salvo en lo que a las atribuciones competenciales a los órganos constitucionales respecta, pues para la modificación de estas normas ya se prevén tanto en la CE como en la GG unos procedimientos especiales más gravosos (63) que los establecidos para las normas habilitadoras de la cesión de competencias.” (ALAEZ CORRAL, Benito. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de Octubre de 1993. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, N.º 45, Septiembre-Diciembre, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995). A su vez, al resaltar esta identificación entre apertura constitucional a la integración y poder de reforma constitucional, Christian Hillgruber, haciendo una referencia específica al artículo 23.1 de la Ley Fundamental, afirma: “El artículo 23.1 en su nueva formulación ha plasmado positivamente esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional. con la vista puesta en la Unión Europea y en las Comunidades que en ella se integran, el artículo 23.1 GG trata a la creación de nuevos fundamentos convencionales así como a su modificación o añadiduras como a una reforma constitucional — con excepción del mandato de modificación textual del artículo 79.1 GG —, y autoriza al legislador federal a permitir a la Unión Europea, bajo las condiciones allí citadas, el ejercicio autónomo de competencias soberanas hasta el límite del artículo 79.3 GG (art. 23.1, tercera frase, GG).” (HILLGRUBER, C. Op. cit., 2004, p. 127).

soberanía, ya que la participación en el escenario comunitario, en el caso alemán, es, al mismo tiempo, un mandato constitucional.⁴⁷⁹

Por esta razón el Tribunal Constitucional Federal se resiste a situar la soberanía en un ámbito distinto del estatal. Al partir de la premisa de que la Constitución se abre a la dimensión comunitaria por fuerza de una voluntad constituyente, y que esta apertura se somete a límites estipulados por el propio Constituyente, en el mecanismo de reforma constitucional, que a su vez, presupone la soberanía popular, únicamente cabe entender que la soberanía que impregna y propicia el proceso de integración es una soberanía enraizada en el terreno de los Estados miembros y no derivada del ámbito comunitario. Para el Tribunal Constitucional Federal, la tríada Estado-Soberanía-Constitución, destacada al principio de este trabajo, no ha sido superada.⁴⁸⁰

Por tanto, establecer límites materiales al principio de primacía del Derecho Comunitario representa la salvaguarda de las decisiones constituyentes y la preservación de la Constitución frente a cambios que no quiso el constituyente, ni se someten a los criterios de reforma constitucional. Representa, a la luz de la noción —creada por Rainer Arnold— de conexión genética entre los dos ordenamientos en cuestión, la afirmación de que no

⁴⁷⁹ Todo ello puede deducirse de la sentencia Maastricht y José Carlos Cano Montejano lo hace patente en el análisis que efectúa de esta decisión: “Se hace una referencia al art. 23 GG, por el cual se permite la transferencia de poderes soberanos a la UE. Nos encontramos, por lo tanto, ante la necesidad de acomodar el contenido democrático del art. 38 GG con esa autorización que se hace en el art. 23 GG al poder legislativo (...) para que, siempre con los límites expresos que recogen los art. 79.3 y 20 GG, pueda realizar la mencionada atribución. Y esta articulación se plasma en los límites que el art. 38 GG pone al poder legislativo para realizar transferencias y que le son indisponibles, ya que (...) ese acto de disposición sólo lo puede llevar a cabo el titular de la soberanía, el pueblo; otra interpretación conllevaría devolver la soberanía al Parlamento, como si de un retorno a épocas pasadas se tratase.” (CANO MONTEJANO, J. C. Op. cit., 2001, p. 283).

⁴⁸⁰ En este sentido, nuevamente José Carlos Cano Montejano destaca con precisión: “Hay que poner de manifiesto (...) que el BverfG evita el referirse en ningún momento a un Europa-Volk, y esto es así porque el reconocimiento de un sustrato común de población, una identidad personal en cuanto a los mismos caracteres, cultura y demás notas que sirven para identificar a un conjunto de personas y atribuirles la capacidad de constituir un conjunto lo suficientemente homogéneo para ser titular de la soberanía en una estructura estatal o supranacional, significaría — simple y llanamente — que el germen de una soberanía popular europea estaría en gestación, y la entidad Estado soberano, en el sentido tradicional del término, estaría en fase de superación, y con él las concepciones nacionales jurídico-constitucionales que se articulan, se hacen presentes y se manifiestan en el mismo. La referencia a una legitimación indirecta a través de los gobiernos de los Estados miembros, partiendo de su elección democrática y su voto de investidura por los respectivos Parlamentos de cada país, mantiene la cuestión en el ámbito intergubernamental, que es el que articula el BverfG para dotar de validez la atribución de soberanía que se hace en el Tratado de Maastricht.” (*Ibidem*, p. 297).

obstante el proceso de integración se desarrolle a partir de una dinámica propia, establecida a partir de la apertura constitucional que autoriza dicha integración, no puede ir contra el elemento que le da motivo, la Constitución del Estado.⁴⁸¹

3.3. El Consejo Constitucional francés y la defensa de la soberanía nacional

Otra formulación de contralímites a la primacía del Derecho comunitario, aunque no tan pulida como la del Tribunal Constitucional Federal alemán, deriva de la jurisprudencia del órgano encargado del ejercicio del control de constitucionalidad en Francia, es decir, del Consejo Constitucional. De la misma forma que en la corte alemana, las decisiones del órgano francés tienen peculiaridades y cambios de posiciones en la medida en que contraponen el Derecho comunitario a la Constitución de 1958.

Es posible, no obstante, destacar que a diferencia del Tribunal Constitucional Federal y de la mayoría de los órganos encargados del ejercicio del control de constitucionalidad en el constitucionalismo contemporáneo, el Consejo Constitucional francés no ejerce el control de constitucionalidad *a posteriori*. Sus manifestaciones en el ejercicio de la jurisdicción constitucional se producen siempre antes de promulgar la Ley, en los términos del artículo 61 de la Constitución francesa,⁴⁸² o de ratificar tratados, en conformidad con el

⁴⁸¹ Cabe destacar, en este sentido, la afirmación repleta de reservas de Christian Hillgruber: “La primacía frente a leyes ordinarias se asegura (...) mediante habilitaciones constitucionales o mediante mandatos directamente emanados de la Constitución. A la vez, sin embargo, se establecen límites constitucionales a la integración, límites que derivan necesariamente del hecho de que las disposiciones constitucionales de los Estados miembros que permiten la integración en las Comunidades y en la Unión son sólo una parte, importante, ciertamente, pero sólo una parte, de las Constituciones, Constituciones que hay que contemplar e interpretar, cada una de ellas, como una unidad. Eso significa, sin embargo, a la vez que no está garantizada una aplicación unitaria del Derecho comunitario, en la medida en que ésta exija como presupuesto que el Derecho nacional que lo contradiga sea siempre y enteramente desplazado.” (HILLGRUBER, C. Op. cit., 2004, p. 129).

⁴⁸² Constitución de la República Francesa de 4 de octubre de 1958, Art. 61: “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigor, serán sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre la conformidad de unas y otros a la Constitución. con el mismo fin se podrán someter las leyes al Consejo, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el

artículo 54 de la referida Carta Magna.⁴⁸³ Consecuencia de una estricta noción de separación de Poderes, tras estas etapas, dichas normas se consideran intangibles. Pese a esta singular característica, la Constitución, en el sistema francés, considerado monista, siempre gozó de una posición de clara e inequívoca supremacía en relación a tratados internacionales.⁴⁸⁴

3.3.1. La decisión sobre el sufragio directo para el Parlamento Europeo en 1976: formulación jurisdiccional de límites al proceso de integración europea

Una primera aproximación a la posición del Consejo Constitucional se produce en 1976, cuando, en atención a una consulta del Presidente de la República, en los términos del artículo 54 de la Constitución francesa, se pronuncia sobre la compatibilidad de la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1976,⁴⁸⁵ relativa a las

Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, el Consejo Constitucional deberá pronunciarse en el plazo de un mes. Sin embargo, se reducirá este lapso a ocho días a petición del Gobierno, si hubiere urgencia. En todos estos casos la remisión del texto al Consejo Constitucional suspenderá el plazo señalado para su promulgación.” (RUBIO LLORENTE, Francisco; DÁRANAS PELÁEZ, Mariano. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 244).

⁴⁸³ Constitución de la República Francesa de 4 de octubre de 1958, Art. 54: “Si el Consejo Constitucional a requerimiento del Presidente de la República, del Primer Ministro, del Presidente de una u otra Cámara o de sesenta diputados o sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, no podrá otorgarse la autorización para ratificarlo o aprobarlo, sino después de ser reformada la Constitución.” (*Ibidem*, p. 243).

⁴⁸⁴ En este sentido, Anne Bonnie destaca: “In order to determine the nature of the relationship between the international legal order and the domestic legal order, the Constitution of the Fifth Republic adopts a monist system tempered by the primacy given to domestic constitutional norms.” (BONNIE, Anne. The Constitutionality of Transfers of Sovereignty: the French Approach. In: *European Public Law*, vol. 4, issue 4, December 1998, Kluwer Law International, London, 1998, p. 517). Asimismo, António Segura Serrano señala: “La Constitución francesa de 1958 continúa la tradición monista impuesta por la Constitución de 1946, como se deduce de su disposición central en materia internacional, el artículo 55. este precepto establece el valor supra-legislativo del Derecho internacional (...). No obstante, la primacía del Derecho internacional no alcanza a las normas constitucionales, en opinión de la doctrina mayoritaria, incluida la internacionalista. Aunque no hay ningún precepto que regule las relaciones entre la Constitución y la norma internacional, existe toda una serie de argumentos para afirmar el valor infra-constitucional de la norma internacional.” (SEGURA SERRANO, Antonio. La Primacía y el Control de Constitucionalidad del Derecho Comunitario en Francia. In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 20, Enero/Abril, 2005. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.95, 97, 98).

⁴⁸⁵ Council Decision and Act of 20 September 1976 on Direct Elections: Article 1. The representatives in the European Parliament of the peoples of the State brought together in the

elecciones por sufragio directo para el Parlamento Europeo, con la Constitución de 1958.

El Consejo Constitucional, en pocas palabras, emitió una decisión que, pese a reconocer que no había incompatibilidad entre el acto comunitario y la Carta Magna francesa establecía una seria barrera contra la primacía del Derecho comunitario. El aspecto central de la argumentación del Consejo de Estado surge cuando, al destacar que aunque la Constitución de 1958 hubiera acogido y reafirmado el contenido del Preámbulo de la Constitución de 1946, en el que se enuncia la aceptación de limitaciones de la soberanía en pro de la organización y defensa de la paz, siempre en condiciones de reciprocidad,⁴⁸⁶ de este contenido no se podría deducir que fuera posible transferir total o parcialmente la soberanía nacional a cualquier organización internacional.⁴⁸⁷ Se establecía, de esta forma, una confusa distinción entre limitación y transferencia de soberanía.

De acuerdo con el Consejo Constitucional, el acto del Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas no modificaba ninguna competencia atribuida en conformidad con el texto de los Tratados fundacionales,⁴⁸⁸ así como, no modificaba la naturaleza de la Asamblea, con lo que mantenía

Community shall be elected by direct universal suffrage; Article 2. The number of representatives elected in each Member State shall be as follows: Belgium 25, Denmark 16, Germany 99, Greece 25, Spain 64, France 87, Ireland 15, Italy 87, Luxembourg 6, The Netherlands 31, Portugal 25, United Kingdom 87.

⁴⁸⁶ Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946: "(...) A condición de reciprocidad Francia consentirá en las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz."

⁴⁸⁷ "Whilst the Preamble to the Constitution of 1946, which is reaffirmed by the Preamble to the Constitution of 1958, states that, subject to principles of reciprocity, France agrees to limitations of sovereignty that are necessary for the organization and defence of peace, no provision of a constitutional nature allows all or part of the national sovereignty to be transferred to any international organization whatsoever". (GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E. (ed.). *International Law Reports*. vol. 74, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987, p 528).

⁴⁸⁸ El fundamento de esta afirmación constituye el hecho de que la previsión del sufragio universal directo ya se hallaba en el Tratado de Roma, de 1957, por lo que la Decisión del Consejo representa simplemente el desarrollo de una norma ya aceptada por la República Francesa, en cuanto signataria de dicho Tratado, cuyo texto resulta inequívoco: "Art. 138.3. The European Parliament shall draw up proposals for elections by direct universal suffrage in accordance with a uniform procedure in all Member States. The Council shall, acting unanimously after obtaining the assent of the European Parliament which shall act by a majority of its component members, lay down the appropriate provisions, which it shall recommend to Member States for adoption in accordance with their respective constitutional requirements."

incólume la distribución de poderes enunciada en los referidos tratados.⁴⁸⁹ El acto analizado estaba desprovisto de la capacidad de generar no sólo instituciones soberanas, sino cualquier institución que atentara contra la soberanía nacional. Cualquier modificación en el ámbito de las competencias atribuidas suscitaría todo un nuevo proceso de ratificación de tratados, en conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes.⁴⁹⁰

Acto seguido, el Consejo Constitucional argumenta que la indivisibilidad de la República no se ve amenazada por el sufragio directo, que prevé el acto del Consejo de las Comunidades Europeas. De la misma forma, tampoco habría en él ninguna disposición que pusiera en riesgo la soberanía nacional, que, según el raciocinio que sigue la decisión, sólo puede ser nacional. El Consejo Constitucional resalta que, en la medida en que no incide sobre instituciones nacionales, el acto comunitario, que se mantiene vinculado a la Asamblea, no atenta contra la soberanía, ejercida por los representantes del pueblo francés elegidos según la estructura institucional nacional.⁴⁹¹

3.3.2 Las Decisiones Maastricht I y Maastricht II: cambio de postura

Una postura sustancialmente distinta se verificaría en otra decisión (Decisión n.º 92-308 DC – Maastricht I), emitida en abril de 1992, cuando,

⁴⁸⁹ “The Act submitted for considerations by the *Conseil Constitutionnel* contains no provision which aims at modifying the competence and the powers attributed restrictively, in the texts of the Treaties, to the European Communities and in particular to the Assembly by the Member States. Nor would it modify the nature of that Assembly which remains composed of representatives of each of the peoples of those States.” (GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E., Op. cit., 1987, p 528).

⁴⁹⁰ “The election by direct universal suffrage of the representatives of the peoples of the Member States to the Assembly of the European Communities does not have the effect of creating either a sovereignty of institutions whose nature would be incompatible with the respect of national sovereignty. Nor does it infringe the powers and competences of the institutions of the Republic and especially those of the Parliament. Any changes or derogations could only result from a new modification of the Treaties, of such a nature as to give rise to the application of the Articles contained in Title VI and Article 61 of the Constitution.” (*Ibidem*, p. 528).

⁴⁹¹ “Sovereignty, as defined by Article 3 of the Constitution of the French Republic, as much in its substance as in its application, can only be national. Only the representatives of the French people elected within the framework of the Institutions of the Republic are to be regarded as participating in the exercise of this sovereignty. It follows from the above that the Act of 20 September 1976 relates to the election of members of an Assembly which does not take part in the exercise of national sovereignty.” (*Ibid.*, p. 529).

nuevamente en atención a una consulta basada en el artículo 54 de la Carta Magna francesa, el Consejo Constitucional se manifiesta acerca de la necesidad o no de revisar la Constitución de 1958 anterior a la ratificación del Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, en Maastricht.

Paradójicamente, el Consejo, esta vez, aunque decidiera la incompatibilidad entre algunos puntos cruciales del Tratado de Maastricht y la Constitución francesa, adoptó una decisión mucho más favorable al proceso de integración que la emitida en 1976. Nuevamente, el Preámbulo de la Constitución de 1946 sirve como punto de partida, sólo que, en esta ocasión, para afirmar la competencia del Consejo para manifestarse sobre los cruciales cambios efectuados en los Tratados fundacionales en virtud del Tratado de la Unión Europea.⁴⁹²

El tono amistoso con relación al proceso de integración se percibe en la elaboración de una parte central de la decisión del Consejo, pertinente a los principios que orientan el control de constitucionalidad previsto en el artículo 54 de la Constitución. El Consejo Constitucional se ampara en una serie de disposiciones contenidas en la Constitución de 1958, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Constitución de 1946, para argumentar a favor de la soberanía nacional y afirmar que ésta tiene como base la nación y que pertenece al pueblo, al tiempo que reconoce la dimensión internacionalizante de la Constitución, proyectada en la previsión de la existencia de tratados referentes a organizaciones internacionales, para concluir que la soberanía nacional francesa y la integración supranacional no son fenómenos incompatibles.⁴⁹³ El Consejo Constitucional ya no establece la soberanía como un obstáculo a la transferencia de competencias, por el

⁴⁹² Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: "The fourteenth paragraph of the Preamble to the Constitution of 1946, to which the Preamble of the Constitution of 1958 refers, proclaims that the French Republic 'shall conform to the rules of public international law'. Amongst those rules is the rule of 'pacta sunt servanda', which implies that every treaty in force binds the parties to it and must be performed by them in good faith. Article 55 of the Constitution of 1958 provides, in addition, that Treaties or agreements properly ratified or approved have, from the date of their publication, superior authority to laws, provided that the agreement or treaty in question is applied by the other party. Where a reference has been made to the Constitutional Council, pursuant to Article 54 of the Constitution, concerning a treaty which modifies or supplements one or several international agreements already inserted into the municipal legal order, it is the task of the Constitutional Council to determine the scope of the treaty submitted for its examination in relation to the international agreements which that treaty seeks to modify or supplement."(GREENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, C.B.E., Op. cit., 1993, p. 341, 342).

contrario, argumenta que, al surgir una incompatibilidad entre los acuerdos internacionales y la Constitución, cabrá su revisión, previa a la ratificación. En este punto de su argumentación, el Consejo Constitucional saca a la superficie el tema de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional,⁴⁹⁴ sobre el que volveremos más adelante.

La decisión del Consejo Constitucional se concentra en algunos puntos cruciales. El primero recoge la garantía de derechos consagrada en el artículo F(2) del Tratado de la Unión Europea; el segundo se refiere al sufragio activo y pasivo, en territorio francés, de extranjeros comunitarios, en elecciones municipales; el tercero, al sufragio activo y pasivo, en territorio francés, de extranjeros comunitarios, en las elecciones para el Parlamento Europeo, previsto en el artículo 8B del Tratado de la Unión Europea; el cuarto concierne a la política económica y monetaria común; y el último punto se refiere a la entrada y circulación de personas.

El primer tema, referente a la garantía de derechos no provoca ninguna incompatibilidad con la Constitución.⁴⁹⁵ Con relación al sufragio activo y pasivo de ciudadanos extranjeros en territorio francés, tanto en elecciones municipales como en elecciones para el Parlamento Europeo, el Consejo Constitucional, en su argumentación, rescata algunos de los elementos presentes en la manifestación de 1976. En primer lugar, el Consejo afirma que el análisis de la compatibilidad entre la Constitución de 1958 y el contenido del artículo 8B(1) del Tratado de la Unión Europea prescinden de cualquier detalle posterior —

⁴⁹³ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: “It results from these constitutional provisions that respect for national sovereignty does not prevent France, on the basis of the provisions of the Preamble to the Constitution of 1946 mentioned above, from concluding international agreements, subject to reciprocity, with a view to participating in the creation or development of a permanent international organization endowed with its own legal personality and granted powers of decision as a result of the transfer of competences agreed to by the Member States.” (*Ibidem*, p. 342, 343).

⁴⁹⁴ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: “Nevertheless, where such international agreements contain a clause contrary to the Constitution or infringe the essential conditions for the exercise of national sovereignty, the authorization to ratify those agreements calls for constitutional revision.” (*Ibid.*, p. 343).

⁴⁹⁵ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: “The provisions of Article F(2), taken in conjunction with the intervention of national courts rendering decisions in the exercise of their jurisdiction, enable the rights and freedoms of citizens to be guaranteed. In this respect, the international agreement submitted to the Constitutional Council does not infringe constitutional rules and principles.” (*Ibid.*, p. 343).

previsto en el referido Tratado— efectuado por las instituciones comunitarias.⁴⁹⁶ Destaca el contenido del artículo 3 de la Constitución de 1958 que afirma que la soberanía, que pertenece al pueblo, se ejerce directamente por él o por intermedio de sus representantes, y que uno de los factores que operan este ejercicio es el reconocimiento que contiene esta disposición constitucional, en su párrafo cuarto, del derecho que todos los franceses, a partir de una cierta edad, tienen de votar y disfrutar de sus derechos civiles y políticos. Por otro lado, el Senado, que garantiza la representación de las unidades territoriales de la República —cuyos órganos políticos deliberativos se forman por medio de sufragio universal— y cuya actividad incide directamente en el ejercicio de la soberanía nacional, es elegido indirectamente por una entidad que deriva de tales unidades territoriales. De ahí deriva que, la participación de extranjeros en las elecciones municipales, aunque sean comunitarios, al afectar a la composición de los cuerpos políticos deliberativos de las unidades territoriales que, a su vez, incidirán en la elección del Senado —cuya actividad tiene relación directa con el ejercicio de la soberanía nacional— contraría la Constitución francesa, pues, en conformidad con ella, por “pueblo”, poseedor de la soberanía nacional, debe entenderse el pueblo francés, dado que esta soberanía puede ejercerse directa o indirectamente y sólo el ciudadano francés tiene derecho de votar y ejercer sus derechos civiles y políticos..⁴⁹⁷ La disposición del artículo 8B(1) del Tratado de la Unión Europea, por tanto, sería contraria a la Constitución francesa.

Con el mismo argumento, no obstante, el Consejo Constitucional decidió que el contenido del artículo 8B(2) del Tratado de la Unión Europea, que

⁴⁹⁶ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: “The requirement for detailed arrangements to be adopted subsequently, which may provide for derogations, does not prevent the Constitutional Council from exercising control over the question of whether the clause in question of the international agreement submitted for its examination contains a principle which in itself contravenes a constitutional provision.” (*Ibid.*, p. 344, 345).

⁴⁹⁷ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: “It appears from these provisions that the deliberative organ of a territorial unit of the Republic can only operate through elections based on universal suffrage. To the extent that it ensures the representation of the territorial units of the Republic, the Senate must be elected by an electoral body which is itself the emanation of those units. It follows that the appointment of municipal councillors has an incidence on the election of senators. In its capacity as a parliamentary assembly the Senate participates in the exercise of national sovereignty. Consequently it is implied in the fourth paragraph of Article 3 of the Constitution that only 'French nationals' have the right to vote and to stand in elections to appoint members to the deliberative organ of a territorial unit of the Republic and, in particular, in elections for municipal councillors or members of the Council of Paris.” (*Ibid.*, p. 345).

dispuso acerca del sufragio activo y pasivo para el Parlamento Europeo, no se oponía a la Constitución de 1958. Si la esencia de la inconstitucionalidad residía en la autorización por parte de la norma comunitaria para que ciudadanos de otras nacionalidades pasaran a ejercer influencia sobre el destino de instituciones responsables del ejercicio de la soberanía nacional, en la medida en que esta previsión se hacía a favor de una institución cuya base jurídica no era la Constitución sino los Tratados Comunitarios, el marco de inconstitucionalidad desaparecía.⁴⁹⁸ Además, el Consejo concluye:

“Furthermore, the Treaty on European Union does not result in a modification of the legal character of the European Parliament. That body is not a sovereign assembly, endowed with general competence, whose task is to participate in the exercise of national sovereignty. The European Parliament belongs to an independent legal order which, although integrated into the legal systems of the different Member States of the Communities, does not form part of the institutional order of the French Republic.”⁴⁹⁹

Al analizar la cuestión del establecimiento de una política monetaria común y de un tipo de interés común el Consejo trae a colación, nuevamente, el tema de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional. Resalta que las etapas de integración económico-financiera culminarán con la independencia del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales que componen el Sistema Europeo de Bancos Centrales, que tiene la función de implementar la política monetaria comunitaria, la fijación irrevocable del valor de la Moneda Común Europea y de los tipos de cambio de las monedas de los Estados miembros, con la consiguiente sustitución de tales sistemas monetarios por la Moneda Común Europea. Asimismo, destaca que el Consejo de Ministros decidirá tales etapas cruciales con base tanto en el criterio de unanimidad como en el de mayoría cualificada, así, el Consejo

⁴⁹⁸ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: “On the basis of the combined provisions of paragraph 4 of Article 3 of the Constitution and the other paragraphs of the same Article, it appears that the constitutional rule limiting the right to vote to 'French nationals' is only applicable to the exercise of the right of suffrage 'under the conditions laid down by the Constitution. The legal basis of the European Parliament does not lie in the provisions of the Constitution of 1958 but rather in international agreements entered into, on the basis of reciprocity, within the framework of the constitutionally recognized provisions mentioned above.” (*Ibid.*, p. 346).

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 347.

argumenta que dichas condiciones afectan de lleno a un área típicamente vinculada al ámbito de la soberanía nacional. Específicamente, el marco provoca una drástica disminución del poder estatal en un ámbito referente a las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional.⁵⁰⁰ Razón por la que el Consejo indica que hay incompatibilidad entre la Constitución y disposiciones del Tratado referentes a la integración económica y monetaria.

El tema de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional surge nuevamente cuando el Consejo Constitucional analiza la cuestión de la entrada y circulación de personas, específicamente, en lo que concierne a la política comunitaria de concesión de visados. Frente a la previsión del artículo 100C(3) del Tratado de la Unión Europea, de que el Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas pase a decidir, por mayoría cualificada, a partir del 1 de enero de 1996, los terceros países cuyos ciudadanos deberán tener visado para cruzar las fronteras de los Estados miembros, que modifica la regla del artículo 100C(1), que determinaba la unanimidad en este proceso decisorio, el Consejo Constitucional establece las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional al determinar la inconstitucionalidad de aquella disposición.⁵⁰¹

Que la decisión del Consejo Constitucional, que determinaba la ratificación del Tratado sólo se efectuara tras una revisión de la Constitución

⁵⁰⁰ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: "(...) The Council is also empowered, acting by a qualified majority of the Member States without a derogation, to 'adopt, adjust or abandon the central rates of the ECU within the exchange rate system. The same decision-making procedure is also applicable, pursuant to Article 109(2), to the exercise of the power granted to the Council to formulate general orientations for exchange rate policy in relation to these non-Community currencies, in the absence of an exchange rate system in relation to them. It follows, from the provisions applicable from the start of the third stage of economic and monetary union, that the union is to be achieved by the operation of a single monetary policy and a single exchange rate policy in accordance with arrangements such as to deprive the Member States of their own powers in a sphere involving the essential conditions for the exercise of national sovereignty." (*Ibid.*, p. 349)

⁵⁰¹ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 92-308 DC: "The international obligations entered into by the authorities of the French Republic cannot affect the exercise by the State of powers which are based on the essential conditions of its sovereignty. This requirement is not violated by the provisions of Article 100C concerning the determination of those third countries whose nationals must be in possession of a visa when crossing the external borders of the Members States, in so far as those provisions concern the period prior to 1 January 1996. The common policy on visas in relation to third countries is decided by the Council of Ministers of the Communities acting unanimously, subject to an exception only in the case of safeguarding measures justified by an emergency and of temporary duration. However, the abandonment of the rule of unanimity from 1 January 1996, provided for in Article 100C(3) could affect the essential conditions for the exercise of national sovereignty, despite the provisions of paragraphs (4) and (5) of the same Article." (*Ibid.*, p. 350, 351).

con relación a los puntos en los que se manifestaba una inequívoca incompatibilidad, propició la inserción del Título XIV en la Constitución francesa, el 25 de abril de 1992, que trata de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea. Tras promulgar esta reforma constitucional, un grupo de más de sesenta senadores de la Asamblea Nacional francesa recurrió nuevamente, en los términos del artículo 54 de la Constitución de 1958, al Consejo Constitucional para que se manifestara, otra vez, con relación a la compatibilidad entre el Tratado de Maastricht y la Constitución.

Dado que el propio Tratado establecía que únicamente entraría en vigor tras la ratificación de todos los Estados miembros —argumentaban los recurrentes— ante el rechazo popular en el referendo dinamarqués de 2 de junio de 1992, no había condiciones para ratificarlo en Francia, razón por la que el Consejo debería consultar a especialistas en la materia o a las mismas instituciones comunitarias y manifestarse sobre la eficacia del Tratado tras la ratificación. El Consejo Constitucional, en la Decisión n.º 92-312 DC (Maastricht II), rechaza este argumento, al afirmar que la consulta acerca de la compatibilidad de un acuerdo internacional con la Constitución, en los términos del artículo 54 puede hacerse inmediatamente tras haber sido firmado y siempre antes de su ratificación. Por otro lado, el proceso de ratificación en Francia y, sobre todo, la consulta efectuada en los términos del artículo 54 de la Constitución de 1958 no dependen del proceso de ratificación llevado a cabo en cualquier otro país.⁵⁰² El Consejo Constitucional reafirma su competencia para verificar la necesidad de reforma constitucional previa a la ratificación de un Tratado internacional y destaca que los efectos de tal decisión se manifiestan en una dimensión interna y no vulneran el Derecho internacional.⁵⁰³

⁵⁰² Consejo Constitucional francés, Decisión N° 92-312 DC: “(...) an international commitment may be referred to the Constitutional Council on the basis of Article 54 of the Constitution as soon as it has been signed in the name of the French Republic and before the text authorizing its ratification or approval is adopted in the municipal legal order. The admissibility of a reference made under Article 54 is in no way dependent upon the stage of the procedure for ratification of the international commitment in the other signatory States. Neither is such admissibility dependent upon the fulfillment of any international conditions.” (GREWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, E. Op. cit. 1994, p. 184).

⁵⁰³ Consejo Constitucional francés, Decisión N° 92-312 DC: “It is therefore for the Constitutional Council, respecting the authority of res judicata of its decision of 9 April 1992, to verify whether or not the authorization to ratify the Treaty on European Union should be preceded, in the national legal order, by a revision of the Constitution. The exercise of such a power of review by the Constitutional Council, intended to have effect in the internal legal order, in no way contravenes the rules of public international law.” (*Ibid.*, p. 185).

Otro punto relevante se refiere a la insuficiencia de la reforma constitucional operada con la inserción del Título XIV en la Constitución francesa. Igualmente, otros artículos de la Constitución, según los recurrentes, tales como los artículos 3 y 34, referentes a las formas del ejercicio de la soberanía nacional y a los poderes del Parlamento, respectivamente, deberían haber sido modificados para alcanzar la compatibilidad total. A lo que el Consejo Constitucional responde que el poder de reforma tiene competencia y capacidad exclusivas para decidir las disposiciones de la Constitución que deben modificarse y queda a su criterio modificar la Constitución mediante la inserción de nuevas disposiciones o revisar las ya existentes.⁵⁰⁴

La decisión final del Consejo de Estado fue la de rechazar los argumentos esgrimidos en esta nueva consulta, afirmando que el Tratado de la Unión Europea, una vez realizada la revisión de la Constitución, apuntada como necesaria en la Decisión n.º 92-308 DC, ya no abrigaba ninguna disposición que pudiera señalarse como inconstitucional.

3.3.3 La Decisión n.º 2004-505 DC sobre el Tratado Constitucional Europeo: reconocimiento de la autonomía y peculiaridad de la integración europea, primacía del Derecho comunitario y aplicación del criterio de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dada su relevancia, forzaría al Consejo Constitucional a manifestarse otra vez acerca de la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, esta vez, de una forma más directa, ya que el tema de la primacía constituía uno de los puntos más delicados del Tratado. El 29 de octubre de 2004, el Presidente de

⁵⁰⁴ Consejo Constitucional francés, Decisión N° 92-312 DC: "Within the limits indicated above, the constitutive power is sovereign. It is entitled to abrogate, modify or supplement provisions of constitutional rank in whatever form it considers appropriate. (...) It is exclusively a matter for the constitutive power to decide whether or not to add a new provision to the Constitution rather than amending or supplementing Articles 3 and 34 concerning the powers of the representatives of the people. The argument based on the alleged violation of these Articles is therefore unfounded." (*Ibid.*, p. 187).

la República sometió el referido Tratado, en los términos del artículo 54 de la Constitución francesa, al análisis del Consejo Constitucional para que éste decidiera si se imponía o no una reforma constitucional previa a la ratificación del Tratado. La manifestación del Consejo Constitucional salió a la superficie con la Decisión n.º 2004-505 DC, de 19 de noviembre de 2004.

Basado en un fundamento idéntico al que introduce la Decisión N.º 92-308 DC y con el refuerzo normativo de la reforma constitucional llevada a cabo en virtud de esta Decisión y, en especial, del artículo 88.1, el Consejo reconoce, en el ámbito constitucional, el carácter permanente ya no de una genérica organización internacional sino de una específica organización europea, su personalidad jurídica y la asunción, por su parte, de poderes de decisión resultantes de transferencias de competencias acordadas por los Estados miembros.⁵⁰⁵

La primacía del Derecho comunitario, consagrada en el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa,⁵⁰⁶ constituye el primer tema analizado por el Consejo Constitucional en su decisión. Cualquier carácter constitucional atribuido al Tratado es inmediatamente eliminado. Aunque reconozca, de forma innovadora, la autonomía del Derecho comunitario y la diferencia entre éste y el Derecho internacional propiamente

⁵⁰⁵ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004, Considerandos 5 y 6: "(...) Considerando que la República Francesa participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea en las condiciones previstas por el título XV de la Constitución; que en particular, según su artículo 88.1: 'la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, integradas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los tratados que las instituyen, ejercer en común algunas de sus competencias'; Considerando que estos textos de valor constitucional permiten a Francia participar en la creación y en el desarrollo de una organización europea permanente, dotada de personalidad jurídica e investida de poderes de decisión como resultando de transferencias de competencias acordadas por los Estados miembros;" (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2005505/esp.htm>).

⁵⁰⁶ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Art. I-6: "La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros." (UNIÓN EUROPEA. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004, p. 18).

dicho,⁵⁰⁷ el Consejo afirma, sin rodeos, que no está analizando una constitución, sino un tratado internacional.⁵⁰⁸

El Consejo Constitucional elabora una construcción simple, aunque significativa, para argumentar que, aunque la presente “Constitución Europea” haya nacido de la voluntad de los pueblos europeos, los Estados miembros también participan de su creación,⁵⁰⁹ cuya identidad nacional, por fuerza del propio artículo I-5 del Tratado, la Unión se ve forzada a respetar.⁵¹⁰ Estos Estados son los agentes de la cesión de competencias, sin la que la Unión Europea estaría incapacitada de intentar alcanzar los objetivos comunes en favor de los que las políticas de tales Estados se coordinan. De esta forma, aunque el artículo I-6 enuncie que la “(...) Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros,” la existencia de una declaración anexa al texto del Tratado, que afirma que esta disposición “(...) refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia” — que garantiza,

⁵⁰⁷ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004, Considerando 11: “Considerando, en segundo lugar, que según el artículo 88-1 de la Constitución: ‘la República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, integradas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las instituyen, ejercer en común algunas de sus competencias’; que el constituyente de esta forma consagró la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario integrado al ordenamiento jurídico interno y distinto del ordenamiento jurídico internacional;”. (<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2004/2004505/esp.htm>).

⁵⁰⁸ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004, Considerandos 9 y 10: Considerando, en primer lugar, que se desprende de las cláusulas del Tratado sometido al examen del Consejo constitucional, con título ‘Tratado por el que se establece una Constitución para Europa’, y, en particular, de las relativas a su entrada en vigor, a su revisión y a la posibilidad de denunciarlo, que conserva el carácter de un tratado internacional suscrito por los Estados signatarios del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea; Considerando, en particular, que la denominación de este nuevo Tratado no implica observación alguna con respecto a su constitucionalidad; que en efecto, se desprende, en particular, de su artículo I-5, relativo a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, que esta denominación no tiene incidencia en la existencia de la Constitución francesa y en el lugar de ésta en la cumbre del orden jurídico interno;” (<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2004/2004505/esp.htm>).

⁵⁰⁹ UNIÓN EUROPEA. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2004, p. 428)

⁵¹⁰ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Art. I-5: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales de los Estados, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional.”(UNIÓN EUROPEA. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004, p. 18).

de esta forma, que el principio enunciado en el artículo I-6 no tendrá un significado distinto del que ya tenía en aquel momento — es suficiente para que el Consejo Constitucional concluya que, si de lo que se trata es de sustituir las organizaciones ya existentes por la Unión Europea, como organización única, dotada de personalidad jurídica, y si está garantizado que el alcance del principio de primacía no difiera del que le otorgó la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia Europeo, no habría razón para reformar la Constitución con relación a este aspecto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.⁵¹¹

Acto seguido, el Consejo Constitucional dedica atención a la segunda parte del Tratado Constitucional, referente a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. El análisis efectuado, discurre, de manera general sobre la naturaleza normativa de su contenido, sus destinatarios, el reconocimiento explícito, que contiene el artículo II-112.4 del Tratado,⁵¹² del papel de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros para interpretar su contenido, así como la relevancia de las explicaciones elaboradas por el órgano redactor de la Carta para su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales comunitarios y estatales

Pasa a un análisis específico de algunas de sus cláusulas, en especial las referentes al principio de libertad de pensamiento, conciencia y religión, del artículo II-70; el principio de tutela judicial efectiva y del juez imparcial, del artículo II-107; el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por una infracción por la que ya ha sido absuelto o condenado en la Unión mediante

⁵¹¹ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, Considerando N.º 13: “Considerando que, si el artículo I-1 del Tratado sustituye a las organizaciones establecidas por los Tratados previos con una única organización, la Unión Europea, dotada en virtud al artículo I-7 de personalidad jurídica, resulta del conjunto de las cláusulas de este Tratado, y, en particular, de la aproximación de sus artículos I-5 e I-6 que no modifica ni la naturaleza de la Unión Europea, ni el alcance del principio de primacía del derecho de la Unión tal como resulta, como lo juzgó el Consejo constitucional en sus decisiones mencionadas, del artículo 88-1 de la Constitución; que, por lo tanto, el artículo I-6 del Tratado sometido al examen del Consejo no implica reforma de la Constitución;” (<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2004/2004505/esp.htm>).

⁵¹² Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Art. II-112.4: “En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.” (UNIÓN EUROPEA. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004, p. 59).

sentencia penal firme, que consagran el artículo II-110 y la cláusula general de limitación del artículo II-112.1. El Consejo Constitucional no ve ninguna incompatibilidad entre estas disposiciones y la Constitución francesa y saca a la luz, por primera vez a lo largo de la decisión, el tema de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía.⁵¹³

Más adelante tales condiciones se considerarán criterios impasibles de ser alcanzados, sin la debida reforma constitucional, por cláusulas del Tratado Constitucional referentes a la transferencia de competencias a la Unión Europea.⁵¹⁴ Al mismo tiempo, dichas condiciones representan una referencia concreta, en la medida en que el Consejo Constitucional evalúa la insuficiencia del principio de subsidiariedad para impedir que se vulneren tales condiciones o que las transferencias de competencias sean más amplias de lo que permite el Tratado.⁵¹⁵ La reforma constitucional, según el Consejo Constitucional, se impone con relación a los puntos del Tratado que afectan directamente a las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional, que transfieren competencias a la Unión y las someten al procedimiento legislativo ordinario. La lista de las disposiciones que afectan a las referidas condiciones es, como mínimo, reveladora: artículo III-265, sobre el control de fronteras; artículo III-269, sobre la cooperación judicial en materia civil; artículos III-270 y III-271, sobre cooperación judicial en materia penal, para competencias mencionadas en dichas disposiciones que no están incluidas en los artículos 62

⁵¹³ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004, Considerando N.º 22: “Considerando que se desprende de todo lo que precede que, sea por el contenido de sus artículos, sea por sus efectos sobre las condiciones esenciales relativas al ejercicio de la soberanía nacional, la Carta no implica la necesidad de reformar la Constitución;” (<http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2004/2004505/esp.htm>).

⁵¹⁴ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004, Considerando N.º 24: “Considerando que requieren una reforma constitucional las cláusulas del Tratado que transfieren a la Unión Europea competencias que afecten las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional en ámbitos particulares o según modalidades diversas de aquéllas que hayan sido previstas por los Tratados mencionados en el artículo 88-2;” (*Ibidem*).

⁵¹⁵ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004, Considerando N.º 25: “Considerando que el 'principio de subsidiariedad', enunciado por el artículo I-11 del Tratado, implica que, en los ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Unión, ésta intervendrá sólo en caso 'y en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse de manera más adecuada, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión; que, no obstante, la aplicación de este principio podría no ser suficiente para impedir que las transferencias de competencia autorizadas por el Tratado revistan una mayor amplitud o se produzcan según modalidades que puedan afectar las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional.” (*Ibid.*).

y 65 del TCE, o en los artículos 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea. De la misma forma, el Consejo Constitucional apunta la necesidad de reforma ante la previsión de que se cree un Ministerio Público europeo.

El Consejo Constitucional llama la atención sobre el proceso decisorio que caracterizará las nuevas modalidades normativas de la Unión Europea, además, da privilegio el criterio de la mayoría cualificada en el ámbito del Consejo de Ministros y el procedimiento legislativo ordinario en el ámbito del Parlamento Europeo —institución que pasa a contar con un poder ampliado— y que adoptará con relación a las materias de competencia de la Unión, sobre todo, en lo que concierne al espacio de libertad, seguridad y justicia, con la ratificación del Tratado. De acuerdo con la perspectiva del Consejo Constitucional, la modificación del proceso decisorio con relación a temas pertinentes al ejercicio de la soberanía nacional que, sin embargo, ya dependen de la competencia de la Unión o de la Comunidad, gracias a la sustitución del criterio de unanimidad por el de mayoría cualificada en el Consejo de Ministros, debilita la posición francesa. De la misma forma, una ampliación de la capacidad de decisión del Parlamento incidiría directamente sobre la soberanía nacional ya que no se trata de un órgano que pertenezca a la estructura institucional francesa. De esta forma, es imperativa la reforma constitucional dadas las disposiciones del Tratado Constitucional que efectúan tales modificaciones.⁵¹⁶

Un punto delicado para el Consejo Constitucional, con relación a asuntos inherentes al ejercicio de la soberanía nacional, se refiere a una de las formas

⁵¹⁶ Consejo Constitucional francés, Decisión N.º 2004-505 DC, del 19 de noviembre de 2004, Considerandos N.º 26 y 29: “Considerando que, de acuerdo con el artículo I-34 del Tratado, salvo disposición en contrario, la 'ley europea' y la 'ley marco europea', que se sustituyen al 'reglamento comunitario' y a la 'directiva comunitaria', se adoptarán, a propuesta únicamente de la Comisión, junto con el Consejo de Ministros, resolviendo por mayoría calificada prevista en el artículo I-25, y por el Parlamento Europeo, según el 'procedimiento legislativo ordinario' previsto en el artículo III-396; que, salvo algunas excepciones, dependerán en adelante de este procedimiento todas las materias de la competencia de la Unión, en particular, aquellas que tratan del 'espacio de libertad, seguridad y justicia' siendo objeto del capítulo IV del título II de la tercera parte del Tratado”; (...) “Considerando que requiere una reforma de la Constitución toda disposición del Tratado que, en una materia inherente al ejercicio de la soberanía nacional pero que ya depende de las competencias de la Unión o de la Comunidad, modifica las normas de decisión aplicables, ya sea sustituyendo la regla de la mayoría calificada a la de la unanimidad en el Consejo, privando así a Francia de todo poder de oposición, o bien confiriendo una función de toma de decisiones al Parlamento Europeo, el cual no es la emanación de la soberanía nacional, privando a Francia de todo poder propio de iniciativa;” (*Ibid.*)

del proceso decisorio en el ámbito comunitario que evita tanto el criterio de unanimidad como la etapa de ratificación por parte de los Estados miembros, con lo que sortea la posibilidad de la modalidad de control de constitucionalidad prevista en el artículo 54 de la Constitución francesa. Esta forma de decisión se conoce como “cláusula pasarela”.

Finalmente, el Consejo Constitucional reconoce la necesidad de reforma constitucional en el sentido de incorporar a los poderes del Parlamento francés la capacidad de oponerse al proceso de reforma simplificada mediante el control del principio de subsidiariedad, previsto en el artículo IV-445, del Tratado Constitucional, que se traduce formalmente en la facultad otorgada a las dos cámaras de emitir dictámenes motivados o de recurrir al Tribunal de Justicia en el ejercicio del referido control.

3.3.4. *Analisis*

Se puede verificar en las decisiones referentes al Tratado de Maastricht una inequívoca suavización de las reservas que el Consejo Constitucional expuso en su manifestación de 1976.⁵¹⁷ La principal diferencia, como ya destacamos, se refiere a la lectura que se hace del papel de la soberanía nacional como óbice a la aplicación del Derecho comunitario. Es verdad que en ningún punto de la decisión Maastricht I o Maastricht II se lleva a cabo una defensa o una referencia expresa a las cualidades que el Tribunal de Justicia Europeo atribuye al ordenamiento comunitario. No obstante, es patente que la

⁵¹⁷ Robert Kovar y Denys Simon destacan la naturaleza de la decisión de 1976: “The decision of December 30, 1976 is not limited to defining the relations between the French Constitution and the system under which the European Parliament is elected, but goes on to develop a panoramic view of the nature of France's international commitments, and especially of Community powers in relation to national sovereignty as defined by the letter and the spirit of the Fifth Republic. In more precise terms, the Constitutional Council has declared the constitutionality of elections to the European Parliament by universal suffrage, but has embedded this conclusion in a series of obiter dicta aimed at restricting the development of Community powers. The ambivalence of the decision, attributable to the political considerations described previously, explains why it has been greeted as “a Pyrrhic victory as regards the future of European integration.” (KOVAR, Robert; SIMON, Denys. *Some Reflections on the Decision of the French Constitutional Council of December 30, 1976*. In: *Common Market Law Review*, vol. 14, Holmes Beach, Florida, WM.W. Gaunt & Sons, 1977, p. 531, 532).

desconfianza que impregnaba la decisión de 1976 ya no está presente en 1992.

La distinción entre limitación y transferencia de soberanía efectuada por el Consejo Constitucional en su decisión de 30 de diciembre de 1976 padecía de una seria ambigüedad y de una incómoda imprecisión, ya que, aparentemente, toda transferencia de poderes implica cierta limitación, y no hay ningún elemento que efectivamente ayude a distinguir una de la otra.⁵¹⁸ Causaba perplejidad, sobre todo, que la enunciación de esta distinción tuviera como fundamento la Constitución de 1946, reconocida por su apertura con relación al contexto internacional, que lleva a concluir que el uso de su Preámbulo hubiera sido condicionado por el sistema constitucional de 1958.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Antes de rendirse a la indefinición, presente en la decisión de 1976, respecto a la distinción entre limitación y transferencia, Anne Bonnie se arriesga a hacer un esclarecimiento: "(...) It is generally accepted that limitations of sovereignty can be considered as mere limitations of powers of the state when these limitations are imposed by a treaty giving membership of an international organization. They constitute a delegation of competence to a non-sovereign entity. Conversely, a transfer of sovereignty occurs when the delegation of powers becomes an abandonment of competence to the benefit of a sovereign entity or an entity about to become sovereign. Despite numerous attempts to interpret the Constitutional Council's decision, it remained highly controversial for it was argued that it is virtually impossible to distinguish between a limitation and a transfer of sovereignty, essentially because a limitation is always the result of a transfer of sovereignty." (BONNIE, A. Op. cit. 1998, p. 522). Rober Kovar e Denys Simon, no entanto, são taxativos: "Even if we admit, for the sake of argument, the practical possibility of a distinction between the transfer and limitation of powers, the fact remains that the distinction is far from clear. It is not required by the meaning of the terms themselves, nor do the teachings of comparative constitutional law support such a distinction." (KOVAR, R.; SIMON, D. Op. cit., 1977, p. 544). Peter Oliver destaca con exactitud la perplejidad que genera tal distinción: "The distinction between limitations of sovereignty (which the court held to be lawful) and transfers of sovereignty (which it found to be unconstitutional) has been attacked as being illusory and unworkable. Various authors have also pointed to the paradox whereby a State limits its freedom of manoeuvre each time that it exercises its sovereign powers by concluding a treaty. Luchaire, himself a former member of the Conseil constitutionnel, has gone so far as to describe this ruling as being out of line with the rest of the court's case law, if not downright 'heretical'." (OLIVER, Peter. French Constitution and Maastricht Treaty. In: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43. London: The British Institute of International and Comparative Law, 1994, p. 8).

⁵¹⁹ En este sentido, Robert Kovar y Denys Simon destacan: "The Council, indeed, believes that this reference to the 1946 Preamble can be used to provide support for the argument that present constitutional law forbids any transfer, even partial, of national sovereignty to an international organization. At most, as if to the regret of the Constitutional Council, it allows limitations of this sovereignty which are necessary for the organization and defence of peace. Did the authors of the Constitution of 1946 really intend to contrast 'limitations' with 'transfers' of sovereignty? Nothing could be less certain. (...) The distinction made by the Constitutional Council is the exact opposite of the interpretation officially given by Robert Shuman on November 10, 1952 before the General Assembly of the United Nations: 'France, as her Constitution permits, accepts for herself, on the sole condition of reciprocity, the idea of a transfer and a sharing of sovereignties, feely agreed for the benefit of supranational bodies'. This interpretation could not have been unknown to the members of the Constitutional Council, no more than the meaning usually given to the term 'transfer' in the Community vocabulary. None of the jurists who took part in the discussion preceding the Decision of December 30 ever expected a restrictive interpretation of the preamble to the 1946 Constitution." (KOVAR, R.;

Por otro lado, la decisión de 1992 revela el alejamiento de una noción monolítica de soberanía, indivisible e intransferible, en favor de la fraccionada y relativa idea de transferencia de poderes.⁵²⁰ En efecto, en la decisión de 1976 se dejaba ver un concepto de soberanía incompatible con cualquier avance significativo en el proceso de integración. Hay quien argumenta, con fundamento en el concepto de soberanía engendrado por Carré de Malberg, que el Consejo Constitucional había utilizado, en la decisión de 1976, la primera de las tres nociones de soberanía enunciadas por el célebre autor francés, en el sentido de una cualidad del poder político caracterizada por la supremacía e independencia, atribuidas al Estado. En contrapartida, en la decisión de 1992, se argumenta que la segunda noción de soberanía, en el sentido de una cualidad del poder político que identifica un conjunto de competencias que compone el poder estatal, habría orientado el raciocinio del Consejo Constitucional.⁵²¹ Otras lecturas de la decisión de 1976, no obstante, niegan cualquier vínculo con el concepto de Carré de Malberg y sitúan la manifestación del Consejo Constitucional en un terreno mucho más político y pragmático que teórico.⁵²²

SIMON, D. Op. cit., 1977, p. 542, 543).

⁵²⁰ BONNIE, A. Op. cit. 1998, p. 523.

⁵²¹ Esta es la idea que defiende Annie Bonnie: "Concentrating on the first meaning of the term 'sovereignty' it appears that sovereignty in its original sense is characterized by its indivisibility, for it refers to the very essence of the state. Consequently, transferring the whole or part of state's sovereignty would unavoidably lead to the disappearance of the state. Bearing in mind that, as mentioned above, transfers of sovereignty are equivalent to an abandonment of sovereignty, it logically follows that the French Constitutional Council had initially endorsed a definition of sovereignty close to Carré de Malberg's 'original senses' definition; thus the ruling on the constitutional impossibility of transfers of Sovereignty without amending the Constitution itself. Turning now to Sovereignty in its second sense referred to above as the sum of state powers, sovereignty becomes an entity divisible into as many parts as there are different powers or competences within the sphere of state power. The divisibility of sovereignty understood as a group of powers would therefore explain why, in the Maastricht and Amsterdam decisions, the Constitutional Council refers to transfers of powers as opposed to transfers of Sovereignty." (BONNIE, A. Op. cit. 1998, p. 524). Sin embargo, parte de la doctrina había concebido que el segundo concepto de Carré de Malberg ya resultaba aplicable a la decisión de 1976, conforme señalan Kovar y Simon: "Starting from the ideas of Carré de Malberg, Professors Favoreu and Philip have investigated the exact significance of the Constitutional Council's distinction between 'limitations' and 'transfers' of sovereignty. In their view, the Council had intended to employ sovereignty in the second of the senses distinguished by the writer. It is in this sense that sovereignty can be subject to 'limitations' and 'transfers'." (KOVAR, R. SIMON, D. Op. cit., 1977, p. 549).

⁵²² En este sentido, Robert Kovar y Denys Simon afirman: "The refusal to admit the constitutionality of transfers of sovereignty, in other words, of transfer of powers, stems from anxiety to preserve national independence. Consequently, limitations of sovereignty within the meaning of the decision of December 30 are distinguishable from transfers of that same sovereignty because only in the second case could institutions which do not form part of the institutional system of the French Republic participate in the exercise of the national sovereignty. In more concrete terms, to transfer state powers to international organisations with

En la posición adoptada en 1976, el Consejo Constitucional da una respuesta a la preocupación sobre la legitimidad del sufragio universal directo para el Parlamento Europeo. Preocupación justificada, en primer lugar, porque este órgano no pertenece a la estructura institucional francesa y, en segundo lugar, por el hecho de que, en la formación de su voluntad política incidiría la capacidad decisoria de ciudadanos de otros Estados miembros, ajenos, por tanto, a la influencia de la soberanía francesa. En la medida en que se otorgaba capacidad para que el Parlamento Europeo se asentase en esa legitimidad ampliada, se temía que adquiriera más poder y se transformara, de esta forma, en una entidad soberana, lo que fatalmente pondría en peligro no sólo la división de poderes originalmente establecida en los Tratados fundacionales, sino también la misma soberanía nacional francesa, ya que la acción del Parlamento Europeo compone el proceso decisorio comunitario e incide en la formación de normas aplicables en los diversos Estados miembros.⁵²³

No deja de ser una preocupación oportuna la de que, al representar la voluntad de los pueblos europeos, la modificación en los criterios a favor de la elección directa y universal pudiera ampliar los poderes del Parlamento o implicar una modificación de ámbito simbólico. Por ello, el Consejo Constitucional desvincula, con firmeza, la modificación del sistema electoral de una ampliación de los poderes del Parlamento Europeo tendente a hacer que éste adquiriera una soberanía que, según el Consejo Constitucional, no se

decision-making power is to run the risk of France being bound against her will, a situation running contrary to the principle of national sovereignty. Restrictions on sovereignty proceeding from the treaties would, in the opinion of the Constitutional Council, be considerably less serious since they would not entail subordination to 'outside' wishes, but merely partial renunciation by France of the exercise of some of her sovereign powers. (...) Thus, far from being inspired by the distinctions drawn by Carré de Malberg, the decision of December 30, 1976 would appear to expound a particularly rigorous concept of the indivisibility of sovereignty, forbidding, with some political realism, the granting of state powers to international organizations." (KOVAR, R.; SIMON, D. Op. cit., 1977, p. 550).

⁵²³ Robert Kovar y Denys Simon exponen los argumentos — que encabezaba Michel Debré, ex-Primer Ministro del General de Gaulle — en favor de la inconstitucionalidad de la decisión del Consejo de Ministros que instituyó elecciones directas para el Parlamento Europeo al tiempo de la manifestación del Consejo Constitucional: "How would the transition from indirect to direct elections of the European Parliament affect sovereignty as thus defined? Quite simply because, according to M. Debre, an Assembly elected by universal suffrage will naturally tend to overstep the framework to the powers accorded to it by the Treaties and, consequently, to encroach upon fields which the Member States intended to retain in the area reserved for their sovereign jurisdiction." (*Ibidem*, p. 534).

localiza en el plano supranacional. La soberanía, en su aspecto más esencial solo podría ser nacional.⁵²⁴

Mediante la decisión de 1976 el Consejo Constitucional trató de fijar límites a la expansión de los poderes comunitarios. A semejanza de la sentencia Solange I, dictada dos años antes, la ocasión fue bien aprovechada para enviar un mensaje sobre la relación entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno, así como sobre la rigidez de la estructura política interna en la recepción de cualesquiera cambios institucionales en el ámbito comunitario. La noción de soberanía nacional, como una cualidad indivisible, intransferible e intrínsecamente vinculada al poder político del Estado sirvió como presupuesto para limitar y controlar el avance del proceso de integración,⁵²⁵ dando forma concreta a un contralímite literal a la incidencia del ordenamiento comunitario.⁵²⁶ Por otro lado, al contrario de la sentencia alemana, que al menos condicionaba la cesión de competencias a la adopción de un catálogo de derechos fundamentales y a la gradual democratización en el ámbito institucional comunitario, la decisión del Consejo Constitucional cerraba todas las puertas al prohibir, de forma expresa, toda y cualquier transferencia de soberanía.⁵²⁷ Ante la falta de una distinción normativa concreta entre la limitación permitida y la transferencia vedada, se abría un margen político muy amplio para amoldar la integración a los intereses nacionales.

⁵²⁴ "Similarly, the Constitutional Council thought it appropriate to make it clear that the transition from indirect to direct election does not in any way alter the nature of the Assembly (...). The Constitutional Council holds, on the contrary, that the principle of direct elections does not create any new sovereignty which might call into question the respect due to national sovereignty." (*Ibid.*, p. 536)

⁵²⁵ "On the basis of a concept of national sovereignty, which, to say the least, is very strictly defined, the Constitutional Council proceeds to set limits to the enlargement of Community powers and to define the conditions for effective control of the constitutionality of such enlargement." (*Ibid.*, p. 541).

⁵²⁶ "The Council's concept of national Sovereignty makes it impossible for it to accept the requirements of a solidarity superior to the state collectivity. (...) Its primary significance consists too in the rejection of the institutional disciplines necessary for integration. (...) The final implications of the Constitutional Council's decision can only be construed as contradicting the basic principles developed by the Court of Justice." (*Ibid.* p. 551).

⁵²⁷ "The Karlsruhe Court is not opposed to transfers, even extensive transfers, of state powers; however, it does reserve the essential sovereignty, of the Federal Republic, or, in other words, its identity as a state. The Constitutional Council, on the other hand, questions not only the transfer of national sovereignty, but even that of the 'powers included in the State's prerogative', to borrow the phrase of Carré de Malberg. This is the watershed which separates the two decisions." *Ibid.*, p. 555.

Por otro lado, a partir de 1992, desaparece definitivamente la confusa distinción entre transferencia y límites de la soberanía para entrar en escena las —al menos inicialmente no menos imprecisas— condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional.⁵²⁸ Ya no se trata, a estas alturas, de interpretar la soberanía como una barrera intransponible para neutralizar las intervenciones normativas comunitarias en el ordenamiento interno. Ahora, amparada en la premisa de que su cesión, cuando revele incompatibilidades entre la norma comunitaria y disposiciones constitucionales, puede llevarse a cabo mediante la debida y oportuna enmienda constitucional, la soberanía nacional pasa a un plano abstracto y el Consejo, a trabajar sobre elementos concretos que se traducen en las condiciones esenciales para su ejercicio, cuyo carácter pretoriano, le posibilita un control constante sobre el proceso de integración, ante la falta de una cláusula de integración similar a la del artículo 23.1 de la Constitución alemana.⁵²⁹ La aplicación de este criterio en las

⁵²⁸ Anne Bonnie destaca como el Consejo Constitucional, en la Decisión Protocolo N° 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, intentó, sin suceso, elaborar una definición precisa de tales condiciones: "In the decision on Protocol of the European Convention on Human Rights, the Constitutional Council defined the notion of essential conditions for the exercise of national sovereignty by reference to three aspects of the State's duties. First the duty to ensure respect for French institutions, for example the status and functioning of public powers as established by the Constitution. Secondly, the duty to ensure the guarantee of the citizen's rights and liberties. And thirdly, the duty to ensure the 'continuity of the life of the nation', understood to include the independence of the state, as the fundamental expression of the state's autonomy." (BONNIE, A. Op. cit., 1998, p. 525).

⁵²⁹ Anne Bonnie destaca las ventajas y desventajas de la naturaleza pretoriana de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional: "This approach presents two main advantages. First, the careful scrutiny of the treaties presented for ratification ensures that every new transfer of sovereignty is identified, fully considered in its implications and democratically consented to. Secondly, the case-by-case basis of the authorization of transfers of sovereignty maintains a useful level of flexibility for the adaptation of the Constitution to the integration process. None the less, these positive aspects should not hide the shortcomings arising from the Constitutional Council's case law. In particular, the current approach impliedly excludes the insertion of a general clause of transfer of competences in the French Constitution. As a result, the Constitution will have to be amended not only when new areas of state sovereignty are transferred to the European Community or the European Union, but also each time a further stage of integration is reached within areas of competences already transferred." (BONNIE, A. Op. cit., 1998, p. 530). Por otro lado, al afirmar que el alejamiento de la distinción entre limitación y transferencia de soberanía — a causa de la defensa de la idea de transferencia de poderes — revela un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, Peter Oliver, destaca que el Consejo Constitucional no prescinde de una posición de preeminencia de la Constitución a través de la imposición de una enmienda constitucional para articular la transferencia de poderes: "In a key passage, it held that powers could be transferred to permanent international organisations having legal personality and powers of decision. The term 'transfers powers' is a most welcome, if implicit, reference to *Costa v. ENEL*. Moreover, in this passage of its judgment the court has reversed its controversial ruling of 30 December 1976: as it will be recalled, it was held there that limitations of sovereignty were constitutional, but that transfers of sovereignty were not. Naturally, however, the court could not contemplate that such transfers of power could be boundless: a constitutional amendment would be required, it held, for the ratification of provisions which clashed directly with the Constitution or which 'undermined the essential conditions for the exercise of national sovereignty'." (OLIVER, P. Op.

decisiones Maastricht I, Maastricht II, Ámsterdam y en el Tratado Constitutivo Europeo, reveló, no obstante, una tendencia a delimitarlas tanto con relación a la incidencia material como formal de la transferencia de competencias sobre la soberanía nacional.⁵³⁰

La postura del Consejo Constitucional con relación a la primacía del Derecho comunitario no puede, no obstante, entenderse del todo sin incluir las relevantes decisiones que culminaron con la posición plasmada en la Decisión n.º 2004-505 DC, referente al Tratado Constitucional Europeo. En ellas, el Consejo Constitucional formula un raciocinio común que indica, sin medias tintas, la naturaleza de la postura adoptada:

“Considérant qu’aux termes de l’article 88-1 de la Constitution : 'La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences' ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne.”⁵³¹

cit., 1994, p. 12).

⁵³⁰ Anne Bonnie sugiere la existencia de un test de compatibilidad que lleva a cabo el Consejo Constitucional al decidir sobre la compatibilidad entre las normas comunitarias y la Constitución: “The control of constitutionality of treaties is performed by the Council through the application of a 'compatibility test'. The test is articulated around two key components. First, the essential conditions for the exercise of national sovereignty are affected by the transfer of powers which are sovereign by nature. In this case, the loss of sovereignty entailed by the transfer of powers is measured in substantive terms. Secondly, the essential conditions for the exercise of national sovereignty are also affected by the modalities of the exercise of the transferred powers. In that case, the loss of sovereignty is measured in procedural terms. The two elements of the 'compatibility test' will now be defined and analyzed in turn.” (BONNIE, A. Op. cit., 1998, p. 526). Antonio Segura Serrano, por otro lado, destaca: “(...) en esta última [Decisión Maastricht I] se limita a constatar si el acuerdo internacional que se le somete supone por su naturaleza e importancia, una vulneración de dichas condiciones esenciales, criterios que son sustituidos en la decisión Amsterdam, antes citada, por los de ámbitos y modalidades de la transferencia de competencias operada por el tratado., como confirma la reciente decisión Tratado Constitucional Europeo (...). Dicho de otro modo, las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía constituye un criterio de control de la transferencia de competencias a la Unión Europea que se concreta atendiendo a los elementos formal y material de las competencias que se pretenden transferir.” (SEGURA SERRANO, A. Op. cit., 2005, p. 120).

⁵³¹ Consejo Constitucional francés, Décision N° 2004-494 DC, du 10 juin, 2004, Considerant N° 7.

Este raciocinio no sólo asentó, en bases sólidas, la concepción del Consejo Constitucional en lo que concierne a la relación entre ordenamiento comunitario y Derecho interno, que confirma una tendencia a rechazar el ejercicio del control de constitucionalidad del Derecho comunitario derivado,⁵³² como añadió un nuevo elemento a los contralímites ya formulados hasta entonces. El fragmento antes transcrito revela la existencia de una imposición constitucional en el sentido de transponer la directiva, fuente del Derecho comunitario derivado, al ámbito normativo nacional. Transposición contra la que no se debe poner ningún obstáculo. Derivado de la misma imposición constitucional, se garantiza la competencia del juez comunitario, instado, cuando sea debido, incluso mediante el recurso prejudicial, a juzgar la adecuación del contenido de la norma comunitaria a las competencias referidas y a los derechos fundamentales establecidos en los Tratados fundacionales.⁵³³

⁵³² Si es cierto que el Consejo nunca abandonó la idea de supremacía de la Constitución en favor del principio de primacía, tampoco demostró entusiasmo por ejercer un control de constitucionalidad del Derecho Comunitario Derivado, por la vía del Art. 61.2 de la Constitución Francesa. En este sentido, Claudina Richards destaca: "The Council Constitutionnel has also appeared unwilling to undertake a control the constitutionality of Community legislation. Article 54 actions are not used as it is generally believed that under this provision the Court can only control the constitutionality of international agreements which involve ratification or approval by the State. It does not therefore cover Community legislation. In the case of Community acts requiring implementation by the national legislator, indirect challenges via Art. 61 were not successful. In two decisions of December 30, 1977, the Court rejected such actions against laws implementing Regulations. It held that the repercussions of the division of powers between the Community institutions and national authorities with respect both to the conditions of the exercise of national sovereignty and the application of constitutional provisions relating to the domain of parliamentary laws (...)." (RICHARDS, Claudina. *The Supremacy of Community Law Before the French Constitutional Court*. In: *European Law Review*. August 2006, Sweet and Maxwell, 2006, p. 501, 502). Acerca del contenido de las Decisiones 2004-496, 2004-497, 2004-498 e 2004-499, Antonio Segura Serrano afirma: "Por tanto, de un modo lógico y coherente con el parecer expresado por el C.C. en decisiones anteriores, como la Decisión nº 77-90, Isoglucosa, se confirma una vez más, frente a otras posturas doctrinales expuestas más arriba, que la inmunidad constitucional del Derecho comunitario derivado es una exigencia que resulta del reparto de competencias operado por lo Tratados y sancionado por preceptos constitucionales como el artículo 55 y, ahora también, el artículo 88.1º. (SEGURA SERRANO, A. Op. cit., 2005, p. 124). Angelo Schilacci también advierte para esta nueva postura del Consejo Constitucional, su fundamento y sus consecuencias: "La incompetencia del 'Conseil' [para el control de constitucionalidad de un acto de legislación adoptado en desarrollo de una Directiva, por conflicto con la misma] – y la consiguiente apertura a la intervención de los jueces ordinarios, en cooperación con el TJCE – queda confirmada, asentándose sin embargo sobre bases completamente distintas respecto a la doctrina anterior a 2004: el parámetro de referencia ya no es el art. 55 – en la interpretación del mismo codificada por la dec. 74-54 DC - sino el mismo art. 88-1, lo que implica la consagración de la especificidad del Derecho comunitario." (SCHILACCI, Angelo. *Caminos de la integración material: la "comunitarización" de los "contralímites" en la Decisión "Société Arcelor Atlantique et Lorraine" del "Conseil d'État*. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Granada, Año 4, N.º 8, Julio-Diciembre, 2007).

⁵³³ "The Court denied itself general competence to review Directives, holding that in the case of a doubt as to the validity of a Directive, the national court should seize the Court of Justice by way of preliminary reference. In reaching its decision, the Conseil Constitutionnel took into account the case law of the Court of Justice on this matter. In its working documents

De esta forma, el Consejo Constitucional reconoce de forma inequívoca la primacía del Derecho comunitario derivado con relación al ordenamiento infraconstitucional.⁵³⁴ En el ámbito constitucional, no obstante, las reservas, aunque se hayan suavizado no han desaparecido; y a las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional, el Consejo Constitucional añade la categoría de las disposiciones expresas contrarias a la Constitución,

for the first case, the Conseil Constitutionnel cited Foto Frost in which the Court of Justice ruled that whilst national courts are competent to find a Community measure valid, they may not declare acts do the Community invalid. Such a power falls to the Court of Justice as it is best placed to consider the invalidity of Community acts and to ensure the uniform application of Community law.” (RICHARDS, C. Op. cit., 2006, p. 504). Acerca de la interpretación conferida al Art. 88.1 por el Consejo Constitucional, Gil Carlos Rodríguez Iglesias destaca: “La decisión del Consejo Constitucional se basa en el artículo 88-I de la Constitución francesa. A este respecto es de destacar que interpreta la disposición en cuestión no solamente como un fundamento constitucional suficiente para asumir y aceptar las consecuencias del ejercicio, por las instituciones de la Comunidad, de las competencias que han sido atribuidas a ésta en virtud de los tratados, sino además en el sentido de que implica una exigencia de carácter constitucional de cumplir las obligaciones que se derivan de dicho ejercicio. Ahora bien, la interpretación de la disposición constitucional francesa en el sentido de que excluye la competencia del propio Consejo Constitucional para revisar la validez de una directiva (...) presupone lógicamente, aunque de modo implícito, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que afirma su competencia exclusiva para declarar la invalidez de un acto adoptado por una institución de la Comunidad” (RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del Juez comunitario para examinar la validez de una Directiva. In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N. 18, Mayo – Agosto 2004, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 394, 395).

⁵³⁴ Siguiendo una ruta analítica distinta, Angelo Schilacci, expone con exactitud el cambio de postura del Consejo Constitucional que caracteriza este reconocimiento. Atribuye a su jurisprudencia (77-89 DC (*Isoglucose*), 77-90 (*Cotisation de l'isoglucose*) y 91-298 DC (*Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*)), un carácter predominantemente internacionalista respecto a la relación entre el Derecho Comunitario derivado y el derecho interno, anclado, en un primer momento en el Art. 55 de la Constitución francesa. Al seguir este entendimiento, el Consejo dedica atención a esta relación, en todas las decisiones, utilizando un discurso basado en los paradigmas del Derecho Internacional, a pesar de la abertura constitucional al reconocimiento de la especificidad del proceso de integración europea que contiene el apartado 15 del Preámbulo a la Constitución de 1946. Conforme destaca el autor, si por un lado dicha interpretación de hecho resultaba en el reconocimiento tácito de la autonomía del Derecho Comunitario, por vía interpretativa, lo cierto es que no había cualquier disposición expresa del Consejo favorable al reconocimiento de la especificidad del proceso de integración europea. Esta postura cambiaría ante la propia dinámica del proceso de integración — que profundiza el Tratado de Maastricht — y su recepción en el ámbito constitucional — lo que conducía inexorablemente al reconocimiento de su especificidad e no a su identificación con un proceso exclusivamente adscrito al Derecho Internacional — y sufriría una modificación inequívoca tras las decisiones de 2004, cuando el Consejo Constitucional pasa a reconocer el carácter específico del Derecho Comunitario: “En primer lugar, hay que subrayar, en las tres decisiones citadas, la neta reconducción de la experiencia comunitaria a paradigmas de derecho internacional “puro”, como tal sometido a la previsión del art. 55, lo que resulta con particular evidencia en la decisión 91-298 DC. Asimismo, es destacado – como ya se ha notado hablando de las decisiones de 1977 – que no haya referencia alguna al párrafo 15 del Preámbulo de 1946, es decir, a las limitaciones de soberanía y a sus efectos. En otras palabras, falta un reconocimiento (al menos formal) del carácter específico del proceso de integración comunitaria. (...) En definitiva, la especificidad del proceso de integración comunitaria acaba por imponerse al juez constitucional a pesar de la tentativa de reconducir el mismo al paradigma del Derecho internacional pacticio, que es particularmente evidente en la

cuya amplitud conceptual delimitó de forma significativa la Decisión 2006-540-DC.⁵³⁵

En primer lugar se puede destacar que lo que se interpreta como un giro jurisprudencial del Consejo Constitucional, en verdad, fue una loable actualización de su jurisprudencia frente a los avances del proceso de integración, que se procedió de forma económica y muy cuidadosa.⁵³⁶ El Consejo Constitucional mantuvo, no obstante, en la relación entre Derecho comunitario derivado y ordenamiento interno infraconstitucional una evidente reserva de constitucionalidad que podemos entender como una clara

decisión de 1991, y ella se impone justamente bajo el empuje de las implicaciones institucionales de las limitaciones de soberanía. A través de dicha categoría es posible discriminar entre experiencias de 'participación' en organizaciones internacionales, y experiencias de 'integración'. En efecto, el eje de la distinción, se asienta en la creación, por el cauce de las limitaciones de soberanía, de una institución, es decir de un 'ordenamiento jurídico autónomo', que se expresa por medio de su autonomía de organización y, lo más destacado a nuestros fines, a través de un 'proceso permanente de producción normativa, que no requiere específicas y reiteradas manifestaciones de consentimiento por parte del Estado miembro, y cuyos efectos, sin embargo, llegan hasta la producción de normas jurídicas, directamente eficaces en el territorio del mismo'." (SCHILACCI, A. Op. cit., 2007).

⁵³⁵ "The Court's ruling that there can be no obstacle to the transposition of a Directive was not absolute, holding that an exception exists in the case of an 'express contrary provision of the Constitution'. Where there is a conflict between a Directive and an 'express contrary provision of the Constitution' the constitutional requirement to transpose the Directive does not apply and the transposing law cannot enter into force." (RICHARDS, C. Op. cit., 2006, p. 506). Angelo Schilacci destaca la contribución para esta delimitación que proporciona la Decisión 2006-540 DC: "Sin embargo, en la posterior decisión 2006-540 DC, 'Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information', el 'Conseil' se declara competente para plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE, ya que el art. 61 de la Constitución le impone un plazo de decisión muy reducido; eso contribuye a aclarar la razón por la que no queda espacio por el control de constitucionalidad de un acto de legislación adoptado en desarrollo de una Directiva, por conflicto con la misma, exceptuado el caso de conflicto con la Constitución que, como veremos en seguida, en la decisión 2006-540 DC se articula en una manera más compleja que no en la doctrina de 2004. (...). En esta perspectiva, la individualización de la 'disposición expresa y contraria' de la Constitución no tiene que interpretarse como relativa al conflicto directo entre la Constitución y una disposición positiva de Derecho comunitario derivado - es decir, un resultado normativo del proceso de integración - sino más bien con respecto a una disposición constitucional que expresamente excluya (en este sentido la disposición constitucional sería 'expresamente contraria') la operatividad del vínculo comunitario en ámbitos que se quieren reservar a la disciplina constitucional, impidiendo, en esos espacios normativos, la efectividad compartida de los dos ordenamientos. Así se ha orientado, de hecho, el mismo 'Conseil constitutionnel' en su doctrina sucesiva: en particular, en la citada Decisión 2006-540 DC, se sustituye la referencia a la disposición constitucional expresamente contraria por la afirmación según la cual 'la transposición de una Directiva no podrá infringir una regla o un principio inherentes a la identidad constitucional de Francia, salvo el caso que el constituyente haya prestado su consentimiento.'" (SCHILACCI, A. Op. Cit., 2007).

⁵³⁶ Al analizar la decisión del Consejo Constitucional Gil Carlos Rodríguez Iglesias afirma: "La Decisión del Consejo Constitucional francés de 15 de junio de 2004 se inscribe en el proceso de progresiva convergencia de los tribunales supremos y constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia de la Comunidades europeas con respecto a la articulación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno." (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. Op. cit., 2004, p. 396).

formulación de contralímites.⁵³⁷ Y, pese a que su expresión revele, en una primera lectura, cierta amplitud e imprecisión, su manifestación jurisprudencial permite realizar una construcción evolutiva, en conformidad con el dinamismo que exige el proceso de integración europea y con los parámetros constitucionales dentro de los que se puede efectivamente desarrollar una equilibrada apertura constitucional al proceso de integración.⁵³⁸

El Consejo Constitucional elabora un raciocinio no que no es tan amplio ni tan incisivo como el del Tribunal Constitucional Federal alemán, aunque de naturaleza similar: se reconoce la competencia del juez comunitario para ejercer el control sobre el Derecho comunitario y la obligación de aceptar su transposición al ámbito interno, no obstante, hasta el punto en el que se sospeche que el contenido de la norma comunitaria viola contenido intangible de la Constitución relativo a aspectos esenciales de la identidad estatal francesa.⁵³⁹ Cualquier duda sobre esta construcción se disipa al constatarse

⁵³⁷ En este sentido, Antonio Segura Serrano afirma: “Si se observa, el C.C. establece así una suerte de 'reserva de constitucionalidad', que determina de forma clara el mantenimiento de una cierta relación de jerarquía entre ordenamientos y en donde la Constitución se erige como norma suprema.” (SEGURA SERRANO, A. Op. cit., 2005, p. 127).

⁵³⁸ Al señalar el carácter impreciso del término “disposiciones contrarias expresas” nos referimos al hecho de que, aunque especifique su contenido en las Decisiones 2004-496, 2004-497, 2004-498 e 2004-499, el Consejo Constitucional mantiene la misma naturaleza pretoriana que atribuye a las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional en su delimitación. Ello queda demostrado por el hecho que pese a la indicación expresa de dichas disposiciones en la Decisión 2004-496, sólo encuentran una formulación manejable en la Decisión 2004-498. Por ello, parece sintomático que, en lo que concierne al significado de las “disposiciones contrarias expresas”, Claudina Richards destaca el esfuerzo que hace el Consejo Constitucional al delimitar tales “disposiciones” más por lo que no son de lo que por lo que efectivamente representan: “Clarification on the meaning of the term came in the third decision concerning the law on bioethics. (...) The Conseil Constitutionnel has explained that an express constitutional provision which can stop the transposition of a Directive is necessarily a provision specific to the French constitution and not a fundamental principle figuring in the common catalogue of rights, freedoms and principles which the Member States of the European Union share.” (RICHARDS, C. Op. cit., 2006, p. 507).

⁵³⁹ Respecto al núcleo constitucional intangible de las disposiciones expresas contrarias, Claudina Richards afirma: “It appears that the principles which thus fall within the scope of the term are those which relate to the French 'constitutional structure', found in Art. 1 and the first title of the Constitution on sovereignty (indivisibility of the Republic, secularity, decentralization, French language, conditions relating to the franchise, etc) as well as Art. 6 of the Declaration of 1789. (RICHARDS, C. Op. cit., 2006, p. 507, 508). Antonio Segura Serrano rechaza la identificación entre la postura del Consejo Constitucional y la del Tribunal Constitucional Federal: “Es decir, la posible vulneración, por parte del legislativo comunitario, del principio de atribución de competencias transferidas a la CE o a la UE por los Estados miembros (...) no es una cuestión que deba resolverse en el marco de la Constitución francesa, sino por el TJCE en todo caso, por el juez comunitario (...) Por tanto, desaparece también aquí la sombra de una jurisprudencia vigilante del ejercicio de las competencias atribuidas en el límite establecido expresamente por los Tratados (del estilo de la decisión Maastricht del Tribunal Federal alemán. (...) Por tanto, no cabe que el C.C. ejerza una tutela sobre la jurisprudencia del TJCE en materia de protección de Derechos fundamentales, al estilo de la jurisprudencia Solange del Tribunal Federal alemán, tal y como alguna doctrina sostenía que se

que la llegada de “disposiciones constitucionales expresamente contrarias” a las refiere el Consejo Constitucional, concernientes a la relación entre el Derecho comunitario derivado y el ordenamiento infraconstitucional, así como de “condiciones esenciales para el ejercicio de soberanía nacional” engendradas fundamentalmente en el ámbito de la relación entre el Derecho comunitario originario y la Constitución, impone respetar un contenido material mínimo de la Constitución. Por otro lado, el Consejo Constitucional logró reconocer la cesión de una importante competencia judicial, ciertamente esencial para el ejercicio de la soberanía nacional, sin sacrificar, con ello, la supremacía de la Constitución. Mientras parte del artículo 88.1 para construir su postura, cede la competencia para controlar el contenido de las directivas al juez comunitario en virtud de una disposición constitucional y no porque lo prescriba un tratado comunitario.⁵⁴⁰ Como destaca Claudina Richards,

“(…) according to the Conseil Constitutionnel in adopting Art. 88.1 the constituent power recognized the existence of the Community legal order which is 'distinct from the international legal order'. This explains why (...) the Court ruled that the basis for the position of Community law is governed by Art. 88.1 rather than Art. 55 which expressly provides for the relationship between French law and international law and has traditionally been considered as including Community law.”⁵⁴¹

Al mantener, de esta forma, inalterado el principio de supremacía de la Constitución parece contradictorio que el Consejo Constitucional concluya que

derivaba de la jurisprudencia del C.C., o incluso se preconizaba como un objetivo de política jurisprudencial que el C.C. había que adoptar.” (SEGURA SERRANO, A. Op. cit., 2005, p. 125, 126).

⁵⁴⁰ Claudina Richards destaca con exactitud como la interpretación del Consejo Constitucional mantuvo intacta la supremacía de la Constitución francesa: “Whilst the Conseil Constitutionnel acknowledged the existence of the Community legal order and expressly referred to the role of the Court of Justice, it is not Community law which the Court gave as the legal basis for the obligation to transpose directives into French law, but the French constitution. (...) The legal basis invoked by the Court for its rulings was therefore to be found in the Constitution itself. (...) The implied reasoning of the Court is that as Art. 88.1 states that the Republic shall participate in the Communities and the European Union, it accepts to do so under the terms of the Treaties. The transposition of Directives is included amongst the Community obligations, and thus is part of the application of the constitutional requirement. As Roux notes, it results from this that in practice the Constitution only cedes to a Directive because it consents to this by virtue of Art. 88.1 as interpreted by the Conseil Constitutionnel; at the very moment that the Constitution concedes its own subordination, it demonstrates its supremacy.” (RICHARDS, C. Op. cit., 2006, p. 505, 506).

⁵⁴¹ RICHARD, C. Op. cit., 2006, p. 511.

la primacía del Derecho comunitario, al no sufrir ninguna sustancial modificación en su transposición de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo al texto del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, no justifica la reforma de la Constitución, ya que, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo no llega a distinguir entre Constitución y ordenamiento infraconstitucional cuando enuncia que el Derecho comunitario prima sobre el Derecho de los Estados miembros.⁵⁴² Enfrentando una cuestión jurídica con una connotación política espinosa, la interpretación del Consejo Constitucional del artículo I-6 del Tratado Constitucional Europeo ciertamente revela, dentro de lo posible, una posición, política e institucionalmente, conciliatoria con el Tribunal de Justicia Europeo, pues, partiendo del presupuesto de que el artículo 88.1 fundamenta la constitucionalización de la integración europea, no se rechaza totalmente la primacía atribuida al Derecho comunitario por esta Corte. Por el contrario, al reconocer su existencia, sin atribuir ningún significado distinto derivado de su expresión mediante el Tratado Constitucional Europeo, el Consejo Constitucional, sometiéndola a límites, filtra su significado y la hace constitucionalmente aceptable.⁵⁴³

A primera vista, el Consejo Constitucional parece haber cedido paso al Tribunal de Justicia Europeo, lo que abre de forma definitiva el sistema constitucional a los efectos de la primacía del Derecho comunitario.⁵⁴⁴ Sin

⁵⁴² En este sentido, afirma Claudina Richards: "It is difficult to see how, using this Declaration as an aid to interpretation, the Conseil Constitutionnel could reach its conclusion that the principle of supremacy of Community law as elaborated by the Court of Justice is compatible with its own view on the relationship between Community law and the national legal system as set out in the previous decisions. The well-established case law of the Court of Justice requires national courts to give precedence to Community law in the case of a conflict with national law whatever the status of the national measure within the national legal system, even if it is a provision of constitutional value." (RICHARDS, C. Op. cit., 2006, p. 511).

⁵⁴³ Claudina Richards señala: "Whilst the Conseil Constitutionnel's reasoning is questionable, if it had held that there was a conflict between Art. I-6 of the Constitution of Europe and the French constitution, this would have given rise to legal and political problems within the national legal order. If France wished to ratify the Treaty following such a ruling, the national constitution would first have had to have been amended to remove the incompatibility following the procedure provided for in Art. 89 of the Constitution. With regard to the legal difficulties, a new provision would have had to be inserted into the Constitution expressly granting EU law supremacy over all French law, including the Constitution itself. This would give rise to the problem of the contradiction of the holders of the derived constituent power adopting a constitutional amendment which makes the constitution subordinate to a superior norm. Politically, it is likely that there would be problems in getting the two houses of parliament to agree to such a text. Even if Members of Parliament voted to adopt a revision there would be the risk that it would increase the public's hostility to the Constitution for Europe in the subsequent referendum on ratification." (RICHARDS, C. Op. cit. 2006, p. 511, 512).

⁵⁴⁴ Es oportuno destacar la perspectiva de Antonio Segura Serrano: "En esta última decisión [Decisión N. 2004-505 DC], y teniendo en cuenta la declaración relativa al artículo I-6

embargo, su verdadera postura no podría estar más lejos de esta deducción. Si, por un lado, parece innegable que la decisión Maastricht I aproxima el Consejo Constitucional al proceso de integración, por otro, queda claro que esta aproximación es bastante calculada. La relación entre el Derecho comunitario y la Constitución sigue estando pautada por la prevalencia de la supremacía indiscutible de la última, con el fundamento sustancialmente enraizado, ahora, en el artículo 88.1. Los términos de los considerandos 12 y 13 de la Decisión n.º 2004-505 DC contienen una interpretación que refuerza esta supremacía y que niega cualquier cualidad al principio de primacía que implique su prevalencia sobre normas constitucionales. Si no fuera así, ¿qué sentido tiene desnudar al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de una simbólica naturaleza propiamente constitucional y caracterizarlo como un simple tratado internacional más? De la misma forma, ante el reconocimiento que contiene el Tratado de que su fundamento estaba en la voluntad de los pueblos europeos, el Consejo Constitucional refuerza la idea de que los Estados, en verdad, son los maestros de los Tratados.

Es verdad que ya no nos deparamos con la soberanía nacional desempeñando el papel de barrera intransponible para el proceso de integración europeo, sin embargo, nos parece claro que el *case law* del Consejo Constitucional francés no estipula ninguna aceptación del principio de primacía del Derecho comunitario más allá del ámbito infraconstitucional. Y, incluso en esta esfera, se estipula una inequívoca reserva de constitucionalidad que, junto con las ya tradicionales condiciones esenciales para el ejercicio de la

del Tratado Constitucional, el C.C. acepta expresamente la primacía del Derecho de la Unión, aclarando además que el principio de primacía ya se derivaba del artículo 88.1, tal y como se establecía en las decisiones de junio y julio de 2004 (...). Por esa razón, la aceptación explícita de la primacía del Derecho de la Unión, establecido por primera vez en el Tratado Constitucional Europeo no resulta incompatible con la Constitución nacional y, por tanto, no es necesaria la revisión previa de este texto de cara a la ratificación del nuevo Tratado. Es posible que la formulación de una reserva de constitucionalidad pueda aún ser esgrimida por parte de aquellos interesados en rebajar el tono general de la declaración realizada por el C.C, dando a entender que lo único que ha cambiado en la posición del Alto Tribunal probablemente haya sido la forma en que se ha pronunciado en esta ocasión sobre una cuestión jurídica ya antigua y quizá enquistada para la suerte de la integración europea. Sin embargo, a veces los cambios en las formas no hacen sino adelantar un proceso de cambio en el fondo que se avecina como una realidad no muy lejana en el tiempo.” (SEGURA SERRANO, A.Op. cit., 2005, p. 131). En el mismo sentido, Gil Carlos Rodríguez Iglesias se apura en afirmar que la Decisión del Consejo Constitucional de 15 de junio de 2004 “(...) es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y representa un progreso en la vía hacia la plena aceptación generalizada y sin reservas del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno (...)” (RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. Op. cit., 2004, p. 396, 397).

soberanía nacional impone una clara limitación a los efectos de esta cualidad normativa atribuida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo al Derecho comunitario.

3.4. La Corte Constitucional Italiana y los contralímites a la primacía del Derecho comunitario

La Corte Constitucional italiana también ofrece una significativa contribución a la interpretación de la primacía del Derecho comunitario y, sobre todo, a la formulación de contralímites. De su jurisprudencia merecen una especial atención las decisiones emitidas en los casos *Frontini v. Ministero Delle Finanze* (caso n.º 183/73), *Spa Granital v. Amministrazione Delle Finanze Dello Stato* (caso n.º 170/84), *Fragd v. Amministrazione Delle Finanze Dello Stato* (caso n.º 232/1989), *Referendo sobre Pesticidas* (caso n.º 64/90) y la Sentencia n.º 384/94.⁵⁴⁵

Digno de nota es el hecho de que, a pesar de caracterizarse por una retórica plenamente favorable a la colaboración institucional —lo que las distancia a veces de la jurisprudencia alemana y francesa— las decisiones de la Corte Constitucional sacan a la superficie límites explícitos a la primacía del Derecho comunitario y, al envés de excluir, afirman la posibilidad de controlar su constitucionalidad. También es oportuno destacar, la posición de vanguardia que la Corte italiana asume al defender una relación entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional que se adelanta a la manifestación del

⁵⁴⁵ En lo que concierne a la relación entre Derecho Comunitario y Derecho interno, Alejandro Saiz Arnaiz, en consonancia con la propuesta de F. Sorrentino, divide la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en tres fases históricas. La primera, constituida por las decisiones anteriores a la Sentencia *Frontini*, a las que no dedicaremos atención en este trabajo, se caracterizaría por la adopción de la tradicional perspectiva dualista que propugna la Corte y por la prevalencia del principio *lex posterior derogat priori*. La segunda fase, que inicia la Sentencia *Frontini*, en 1973, establece nuevos paradigmas para esta relación entre los que se puede destacar, el reconocimiento de las cualidades normativas atribuidas por el Tribunal de Justicia Europeo a las normas comunitarias. La tercera fase, según el autor, habría sido iniciada, aunque todavía no concluida, por la Sentencia *Granital*, en 1984. (SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Derecho Comunitario, ¿Parametro de la Constitucionalidad de las Leyes Internas?*. In: *Revista de Instituciones Europeas*, N.º 22, Mayo – Agosto, 1995. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 573 – 578).

Tribunal Constitucional Federal alemán en todos los aspectos y, más de dos décadas, al cambio jurisprudencial francés.

3.4.1. *Frontini*

En 1973, el Tribunal de Turín elevó a la Corte Constitucional, en los términos del artículo 134 de la Constitución italiana,⁵⁴⁶ una cuestión de constitucionalidad en el curso de una demanda judicial promovida por una compañía de importación de quesos, *Commercio Prodotti Alimentari*, y su agente, Franco Frontini, frente al Ministro de Finanzas, Vincenzo Duplicato, Guido Tommasoni y Angelo Manganello, en la que se cuestionaba un impuesto agrícola sobre quesos importados, previsto en normas comunitarias aprobadas por el Consejo de la Comunidad Económica Europea. La cuestión que justificaba la manifestación de la Corte Constitucional trataba del alcance que podría deducirse del artículo 11 de la Constitución⁵⁴⁷ para promover cesiones de soberanía cada vez más amplias, amparadas en la interpretación realizada del artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europe.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Constitución de la República Italiana, Art. 134: “El Tribunal Constitucional juzgará: - las disputas sobre legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones; - los conflictos de atribuciones entre los Poderes del Estado y los que surjan entre el Estado y las Regiones o entre Regiones; - las acusaciones entabladas contra el Presidente de la República según lo previsto en la Constitución.” (RUBIO LLORENTE, F.; DÁRANAS PELÁEZ, M. Op. cit., 1997, p. 362)

⁵⁴⁷ Constitución de la República Italiana, Art. 11: “Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales; accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin.” (RUBIO LLORENTE, F.; DÁRANAS PELÁEZ, M., Op. cit., 1997, p. 344).

⁵⁴⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Art. 189: “Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.” (MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit., 1988, p. 82).

El Tribunal de Turín decidió, en el curso de esta acción judicial, que no era posible cuestionar directamente normas derivadas de esta disposición que, además de no haber sido emitidas por órganos jurídico-políticos italianos, estarían dotadas de efecto directo. Por otro lado, en conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se podría someter el artículo 189, de forma indirecta, al control de constitucionalidad mediante el examen de la Sección 2 de la Ley de Ratificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que le otorgaba efecto y pertenencia, a su vez, al ordenamiento jurídico italiano.

En su consulta, el Tribunal de Turín, por un lado, destacaba la posible incompatibilidad entre la Sección 2 de la Ley de Ratificación y el artículo 23 de la Constitución italiana⁵⁴⁹ (principio de reserva de ley con relación a obligaciones personales y financieras), pues el establecimiento de impuestos agrícolas mediante normas comunitarias sería contrario al principio consagrado en esta disposición de la Carta Magna, al imponer obligaciones monetarias. Por otro lado, se cuestionaba si ya no existía un contexto de conflicto, dado que el artículo 189 del Tratado otorgaba fuerza legislativa a la Comunidad Económica Europea en prácticamente todos los campos, dotándola de un alcance ilimitado a fin de concretar los objetivos comunitarios, sin someterse a las limitaciones a las que la Constitución italiana sujetaba a las leyes ordinarias. Esta situación, además de generar una contradicción con los artículos 70 a 75 de la Carta Magna italiana,⁵⁵⁰ suscitaría una configuración de poderes de la Comunidad que no abarca la previsión del artículo 11 de la misma Constitución.

A esta consulta se sumaron otras tres, de la misma naturaleza, por parte del Tribunal de Génova, en las que se llamaba la atención sobre el hecho de que la adición al sistema italiano, por medio de ley ordinaria, de un proceso legislativo no incluido en las previsiones de los artículos 70 a 77 de la Constitución vulneraría la delimitación del Poder Legislativo en ella consagrada.

⁵⁴⁹ Constitución de la República Italiana, Art. 23: "No se podrá imponer prestación personal o patrimonial sino em virtud de lo dispuesto em la ley." (RUBIO LLORENTE, F.; DÁRANAS PÉLAEZ, M. Op.cit., 1997, p. 345).

⁵⁵⁰ En estos artículos de la Constitución italiana queda establecido el régimen de elaboración de las leyes.

La Corte Constitucional rechazaría tales argumentos excluyendo la tesis de inconstitucionalidad de la Sección n.º 2 de la Ley de Ratificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Según la Corte, la validez de esta norma estaría plena y sólidamente fundada en el artículo 11 de la Constitución.⁵⁵¹ La disposición en favor de un amplio diálogo normativo e institucional con otros Estados y organizaciones internacionales, de acuerdo con la Corte Constitucional, había animado a los fundadores de la Constitución en el proceso de su creación, lo que podría demostrarse por su dimensión inequívocamente internacionalizante. El proceso europeo de integración constituiría, ciertamente de forma singular, una actualización de este contexto internacional. Así, el contenido de normas del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, referentes a los principios, fundamentos y políticas que la animaban, revelarían una compatibilidad indiscutible con una Constitución impregnada, en el ejercicio del Poder Constituyente que le dio lugar, por una clara intención en pro de la integración.⁵⁵² Esta “buena voluntad”

⁵⁵¹ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 183/73: “The EEC Treaty Ratification Act 1957, whereby the Italian Parliament gave full and complete execution to the Treaty instituting the EEC, has a sure basis of validity in Article 11 of the Constitution whereby Italy 'consents, on condition of reciprocity with other States, to limitations of sovereignty necessary for an arrangement which may ensure peace and justice between the nations' and then 'promotes and favours the international organisations directed to such aim'.” (GRENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, E. Op. cit. 1993, p. 519).

⁵⁵² Sin embargo, Respecto a la forja del Art. 11 a lo largo del proceso constituyente italiano, Marta Cartabia e Joseph Weiler, señalan: “In realtà, da quanto emerge dai lavori preparatori della Costituzione, tale norma non era stata pensata con specifico riferimento alle organizzazioni europee. Del resto, all'epoca, l'integrazione europea non aveva ancora visto la luce, dal momento che la stessa CECA fu fondata in un momento successivo alla entrata in vigore della Costituzione. Anzi, dal dibattito in assemblea costituente relativo al futuro art. 11 Cost., emerge che solo a tratti l'attenzione era stata rivolta ad un possibile sviluppo dell'Europa unita, ma la posizione prevalente fu quella di escludere un riferimento esplicito alla dimensione europea delle relazioni internazionali, per non limitare in un ambito troppo angusto la sfera di applicazione della norma in questione. Il risultato fu l'approvazione dell'attuale art. 11 Cost., che contiene una norma permissiva, di contenuto tutto sommato generico: il suo significato è quello di consentire l'adesione dell'Italia alle più svariate organizzazioni internazionali – dall'ONU, alla Comunità europea, ad altre ancora – anche se queste comportano limitazioni e condizionamenti ai poteri e agli organi dello Stato. Stando all'intento originario, non si poteva, dunque, ravvisare nell'art. 11 Cost. una specifica base costituzionale per l'adesione alla Comunità europea, ma l'intenzione soggettiva del legislatore originario, si sa, non è affatto decisiva nell'interpretazione delle norme giuridiche, tanto meno di quelle costituzionali. Malgrado l'intento originario, l'art. 11 Cost., con il riferimento alle 'limitazioni di sovranità' e agli scopi di 'pace e giustizia fra le nazioni' che esso contiene, si prestava ad essere invocato per consentire le forti limitazioni di competenza introdotte dai trattati comunitari. Per questo, come si è detto, la Corte costituzionale, sin dalla prima sua pronuncia in materia comunitaria, ha avuto buon gioco ad invocare l'art. 11 Cost. come fondamento costituzionale della adesione alla Comunità europea.” (CARTABIA, Marta; WEILER, Joseph. *L'Italia in Europa*. Bologna: Mulino, 2000, p. 134). Paola Mori, por otro lado, destaca el avance que representa la Sentencia Frontini en la configuración de este contexto normativo: “El Tribunal Constitucional resolvía con la sentencia número 183 cualquier duda que quedase a propósito: al ratificar la legitimidad de la participación italiana en las organizaciones comunitarias, identificaba el fundamento en el artículo 11 de la Constitución.

constituyente con relación a los proceso de interpenetración entre los Estados se encontraría establecida en el artículo 11. Dado su contenido se entenderían como autorizadas las limitaciones de soberanía.⁵⁵³

La Corte Constitucional, a partir de este punto, no duda en reconocer el carácter autónomo e independiente del ordenamiento comunitario y el efecto obligatorio y directo de las normas de él derivadas, no sólo con relación a los Estados sino también con relación a los sus ciudadanos, acogiendo los fundamentos normativos del Derecho comunitario engendrados por el Tribunal de Justicia Europeo.⁵⁵⁴ Por otro lado, esta afirmación lleva consigo una salvedad inequívoca, pues en la medida en que se afirma que la Comunidad estaría dotada de poderes soberanos, es decir, a pesar de su conformación innovadora, no se debería olvidar que tales Estados seguirían como dueños de los Tratados, ya que estos otorgan tales poderes.

Se interpretaba esta última norma en el sentido de hacer posible las limitaciones a los poderes del Estado, con vistas al ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional necesarias para la institución de las Comunidades europeas. Además, de la misma disposición se hacía derivar la idoneidad de otro modo inexistente por la adopción de aquel acto por ley ordinaria." (MORI, Paola. Derecho Comunitario y Derecho Interno em uma Sentencia Reciente del Tribunal Constitucional Italiano. In: *Revista de Instituciones Europeas*, N° 12, Septiembre – Diciembre, 1985. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 683, 684)

⁵⁵³ Corte Constitucional italiana, Caso N.° 183/73: "That provision [Art. 11], which not by chance is included in the 'fundamental principles' of the Constitution, indicates a clear and precise political aim the makers of the Constitution referred, in the preamble, to the adherence of Italy to the United Nations Organisation, but were inspired by policy principles of general validity, of which the Economic Community and the other European regional organisations constitute a concrete actualisation. (...) The makers of the Constitution, after having stated in Article 10 that the Italian legal system was in conformity with the rules of general international law, intended in Article 11 to define the opening of Italy to the most binding forms of international collaboration and organisation, and to that end formally authorised the acceptance through treaty, on conditions of equality with the other States and for the ends there set out of necessary 'limitations of sovereignty'. That formula legitimises those limitations of the powers of the state in the exercise of the legislative, executive and judicial functions as are made necessary by the setting up of a Community among the European States, or rather of a new inter-States organisation, of a supranational type, permanent, with legal personality and capacity of international representation" (GRENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, E. Op. cit. 1993, p. 519, 520).

⁵⁵⁴ Corte Constitucional italiana, Caso N.° 183/73: "(...) Italy and the other promoting States have conferred and recognised certain sovereign powers, constituting it as an institution characterised by its own autonomous and independent legal order. In particular, by Article 189 of the instituting Treaty, the power is given to the Council and the Comission of issuing regulations of general application, or rather, according to the interpretation given by the Community case law, and by that of the various member-States, as well as by prevalent doctrine, acts having a general normative content on the same level as national statutes, being of obligatory effect in all their elements and directly applicable in each of the member-States, i.e. immediately binding on the States and their citizens, without the necessity of internal norms of adaptation or reception." (*Ibid.*, p. 520)

Sin embargo, este contexto no impediría que reconocer la transferencia parcial de la función legislativa, condición sin la que el desarrollo del proceso de integración sería, sin duda, raquítico. Y la verdad, conforme destaca con propiedad la Corte italiana, es que al condescender en tales concesiones de poderes a la Comunidad, el Estado italiano pasa a ser cotitular de poder en una escala más amplia, en el ámbito de las instituciones comunitarias.⁵⁵⁵

Según la Corte Constitucional, la limitación de soberanía derivada de la ratificación del Tratado de Roma, prescindiría de una reforma constitucional que expresamente la autorizara. Su efectivación se entendía como consecuencia de la previsión del artículo 11 de la Constitución italiana, que estaría dotado no sólo de un valor sustantivo, sino también procedimental.⁵⁵⁶ Si no fuera así el contenido de esta disposición constitucional se vaciaría.

La Corte Constitucional afirma que los ordenamientos interno y comunitario son autónomos e independientes, aunque es imprescindible que estén coordinados en conformidad con la división de poderes consagrada en el Tratado de Roma. Las normas comunitarias, que no derivan del Derecho internacional, estarían dotadas, en virtud del principio de certeza jurídica, de eficacia directa y aplicabilidad inmediata, cualidades que las normas internas no pueden minar, por lo que se impide que éstas puedan revocar el contenido de aquéllas.⁵⁵⁷ De esta forma, las disposiciones constitucionales reguladoras

⁵⁵⁵ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 183/73: "In signing the Rome Treaty Italy freely made a political choice of historical importance and has acquired, with its participation in the European Economic Community the right to nominate its own representatives in the institutions of the Community — the Assembly and the Council — and to take part in the appointments to the Commission and the Court of Justice. The limitations on its sovereignty to which it has agreed have therefore their equivalent in the powers acquired in the much bigger Community of which Italy is part and with which has been actively initiated the process of integration of the States of Europe." (*Ibid.*, p. 521).

⁵⁵⁶ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 183/73: "(...) Article 11 means that, when its pre-conditions are met, it is possible to sign treaties which involve limitation of sovereignty and to agree to make them executory by an ordinary statute. The provision would finish emptied of its specific normative content if it were held that for every limitation of sovereignty covered by Article 11 recourse had to be had to a constitutional statute. It is clear that it has not only a substantive but also a procedural value, in the sense that it permits such limitations of sovereignty, on the conditions and for the ends therein set out, releasing Parliament from the necessity of making use of its power of constitutional amendment." (*Ibid.*, p. 521).

⁵⁵⁷ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 183/73: "The regulations issuing from the organs of the EEC within the meaning of Article 189 of the Treaty of Rome belong to the Community's own order: its laws and the internal law of the individual member-States can be described as autonomous and distinct legal systems, albeit co-ordinated in accordance with the division of power laid down and guaranteed by the treaty. Fundamental requirements of equality and legal certainty demand that the Community norms, which cannot be characterised as a source of international law, nor of foreign law, nor of internal law of the individual States, ought

del proceso legislativo no se extenderían a las normas comunitarias, sujetas a un régimen propio establecido en el Tratado de Roma —entendido como el estatuto fundamental de la Comunidad— que cumple, adecuadamente, los requisitos constitucionales que condicionan la actividad legislativa del Estado y que otorga al proceso normativo comunitario un perfil compatible con los principios del Estado de Derecho, división de poderes y con la exigencia de participación do Gobierno italiano en la formación de la voluntad política comunitaria.⁵⁵⁸

Al tratar específicamente la supuesta incompatibilidad entre la Sección n.º 2 de la Ley de Ratificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el artículo 23 de la Constitución italiana, la Corte Constitucional aplica el raciocinio antes referido, para concluir que la reserva de ley, consagrada en aquella disposición constitucional no estaba amenazada por las normas comunitarias, plenamente acordes a los principios establecidos en el Tratado de Roma y procedentes de una fuente normativa autónoma, no incluida en el orden interno.⁵⁵⁹

to have full compulsory efficacy and direct application in all the member-States, without the necessity of reception and implementation statutes, as acts having the force and value of statute in every country of the Community, to the extent of entering into force everywhere simultaneously and receiving equal and uniform application to all their addressees.” (*Ibid.*, p. 522).

⁵⁵⁸ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 183/73: “In so far as concerns particularly the regulations referred to in Article 189, apart from the already stated limits of sectoral competence *ratione materiae* imposed on the legislative power of the Council and the Commission by the provisions of the Treaty, it should be mentioned that the actions of those organs are subject to the supervision of the Assembly, comprising representatives delegated by the member-States, and intended, in the hoped-for later development of the process of integration, to assume a more direct political representativeness and wider powers, and that, on the other hand, the actions of the Council and Commission take place with the constant and direct participation of our Government, and so also under the indirect, but not thereby the less vigilant and attentive, supervision of the Italian Parliament. According to the Treaty, regulations, like directives and decisions of the Council and the Commission, must state the reasons on which they are based and shall refer to any proposals or opinions which were required to be obtained pursuant to the Treaty (Article 190), and are to be properly published in the Official Journal of the Community, and only after this do they enter into force on the date specified in them or, in the absence thereof, on the twentieth day following their publication (Article 191).” (*Ibid.*, p. 523).

⁵⁵⁹ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 183/73: “That does not involve a derogation from the statute monopoly (*riserva di legge*) laid down in Article 23 of the Constitution, since that provision is not formally applicable to the Community legislation, which comes out of an autonomous production source, part of an order which is distinct from the internal order. On the other hand, from the substantive viewpoint also, it seems obvious to observe that the historical guarantee could not be said to be violated so long as the Community regulations have statutorily to conform to the guiding principles and criteria of the Treaty instituting the Community.” (*Ibid.*, p. 524).

En este punto, la Corte Constitucional pasa a considerar la tesis de que, ante el contexto comunitario presentado, le faltaría capacidad para controlar la protección de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados a los individuos. A partir de este supuesto reproche se establece, en la argumentación de la Corte, un contrapunto por el que se entreen límites explícitos al principio de primacía del Derecho comunitario, afirmado tan categóricamente a lo largo de la decisión. La línea de raciocinio, sin embargo, no está en desarmonía con la retórica de colaboración institucional, presente a lo largo de la argumentación, de modo que la Corte toma como punto de partida la amplia red de protección jurisdiccional existente en el ámbito comunitario para ejercer tal control. Las distintas formas de actuación del Tribunal de Justicia Europeo en la protección de derechos individuales se destacan debidamente en un primer momento y se vislumbra con mucha dificultad la eventualidad de un conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho interno.⁵⁶⁰ Sin embargo, destaca la Corte Constitucional, la primacía del ordenamiento comunitario, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata atribuida a sus normas no tendrían carácter absoluto y no excluirían la competencia de la Corte italiana para reevaluar la compatibilidad entre la norma comunitaria originaria y la Constitución, ante la eventualidad de que se vulneren los principios constitucionales fundamentales y los derechos fundamentales. En verdad, según la Corte Constitucional, estos elementos constituirían límites al propio ejercicio de la parte de soberanía cedida por parte de los Estados miembros a la Comunidad. De esta forma, la amplitud de la interpretación del artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea encontraría un límite concreto e intransponible los límites establecidos por la Corte Constitucional.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 183/73: "It should be remembered particularly that the order of the European Economic community contains a special system of court supervision, characterised by the fullness of jurisdiction attributed to the Court of Justice by Articles 164 et seq. of the Treaty. (...) The amplitude of the judicial protection which the Community order assures against the acts of its organs which may harm the rights or interests of individual citizens has already been recognized by this Court in *SOC. ACCIAIERIE SAN MICHELE v. HIGH AUTHORITY* (1965), which declared unfounded the question of constitutionality raised in connection with Articles 102 and 113 of the Constitution with regard to the alleged special nature of the Court of Justice as a judicial organ and to the content of the judicial protection guaranteed by it." (*Ibid.*, p. 524, 525).

⁵⁶¹ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "It is hardly necessary to add that by Article 11 of the Constitution limitations of sovereignty are allowed solely for the purpose of the ends indicated therein, and it should therefore be excluded that such limitations of sovereignty, concretely set out in the Rome Treaty, signed by the countries whose systems are based on the

3.4.2. *Granital*

La Corte Constitucional emitiría otra decisión, en esta ocasión, paradigmática, once años más tarde, nuevamente en el curso de un complejo proceso que afectaba a la aplicación de un impuesto agrícola, esta vez sobre cinco toneladas de malta que fueron importadas de Canadá por la compañía Spa Granital en 1972. Inicialmente favorecida por un Decreto Presidencial de 1965 que concedía, para calcular el impuesto, el derecho de elegir la fecha más favorable, la referida compañía recurrió al Tribunal de Génova ante el cobro, en 1977, de una diferencia relativa al impuesto debido, en razón de la aplicación, por parte de las autoridades italianas, del Reglamento 120/67 de la Comunidad Económica Europea que exigía, en conformidad con una interpretación que contenía una decisión de 1976 del Tribunal de Justicia Europeo, calcular tal impuesto en un fecha diferente y menos favorable que la elegida por Spa Granital.

La interpretación dada al Reglamento 120/67 se introdujo, de forma textual, en el ordenamiento italiano en virtud del Decreto Presidencial n.º 695 de 1978, aunque sólo se reconocerían sus efectos a partir de la fecha de la publicación de la decisión del Tribunal de Justicia, en septiembre de 1976. Con posterioridad, por tanto, al pago del impuesto debido por la compañía Spa Granital.

En 1979, el Tribunal de Génova instó a la Corte Constitucional a manifestarse sobre la constitucionalidad del Decreto Presidencial de 1978, específicamente, sobre la Sección n.º 3, con el argumento de que su contenido infringía el artículo 11 de la Constitución y atentaba no sólo contra la cualidad normativa del efecto directo, otorgada a los Reglamentos comunitarios por el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, sino también contra la exigencia de conferir efecto retroactivo a las decisiones

principles of the rule of law and guarantee the essential liberties of citizens, can nevertheless give the organs of the EEC an unacceptable power to violate the fundamental principles of our constitutional order or the inalienable rights of man. An it is obvious that if ever Article 189 had to be given such an aberrant interpretation, in such a case the guarantee would always be assured that this Court would control the continuing compatibility of the Treaty with the above-mentioned fundamental principles." (*Ibid.*, p. 525).

interpretativas del Tribunal de Justicia Europeo, en virtud del artículo 177 del mismo Tratado.

Adoptando una postura inequívocamente dualista, la Corte Constitucional rechazó la consulta. En su decisión, reiteró el reconocimiento de la primacía de las normas comunitarias sobre las normas internas, apuntando la existencia de una presunción de compatibilidad que orienta la interpretación de estas últimas.⁵⁶² No obstante, si no es posible excluir la posibilidad de un conflicto, la norma comunitaria debería prevalecer sobre la norma interna, en esta eventualidad.

La operacionalización de esta relación, sin embargo, seguía, hasta entonces, reglas distintas, conforme la norma comunitaria precediese a la norma interna o la sucediera. En este último caso, el efecto verificado era el de revocación de la norma interna, que suscitaría, incluso, efectos retroactivos. En la primera situación, no obstante, la incompatibilidad entre una norma interna y otra, comunitaria, no provocaría la inmediata ineficacia de aquella, sino un marco de inconstitucionalidad por revelarse incompatible con el artículo 11 de la Constitución italiana.⁵⁶³ De esta forma, basándose en la premisa de que la transferencia de competencias operada en favor de la Comunidad no había supuesto la pérdida radical de la soberanía estatal, la Corte resalta como, en decisiones previas, había creado una inequívoca reserva de competencias, al

⁵⁶² Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "The organization of the relationship between Community law and municipal law (...) has undergone an evolution and is now based around the principle that Community regulations prevail over the contrary provisions of national legislation. This solution must be examined from a number of standpoints. Firstly, in so far as interpretation is concerned, there is a presumption that municipal law is consistent with Community regulations. As between different possible interpretations of the text of legislation enacted by national institutions, the text must be selected which is in conformity with Community regulations." (*Ibid.*, p. 531).

⁵⁶³ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "Where there is an unavoidable conflict between the provision of municipal law and the Community rule, the latter must prevail in all circumstances. But this principle operates differently according to whether the regulation follows or precedes in time the national legislation. In the former case, the municipal legislation must be considered as abrogated as a result of the conflicting solution subsequently adopted in the Community regulation, which must be applied by the national judge. As indicated by this Court in its most recent decisions, this abrogation is also retroactive if the Community rule confirms a solution previously adopted by the institutions of the Community in relation to the same subject matter, prior to the entry into force of the conflicting national legislation. (...) A different solution has been adopted hitherto in the jurisprudence of this Court in cases where the provision of municipal law was in conflict with pre-existing Community regulation. It was held that, because it was in conflict with the Community regulation, or else derogated from it or reproduced its content, the provision of municipal law infringed Article 11 of the Constitution and could only therefore be eliminated by a declaration that it was unconstitutional." (*Ibid.*, p. 531).

fundamentar la participación italiana en el proceso de integración en la propia Constitución y no en el ordenamiento comunitario, acabando por desplazar el centro de decisión de esta esfera y situarlo en el ámbito estrictamente intern.⁵⁶⁴

La Corte Constitucional pasa entonces a reconsiderar los principios orientadores de la postura pertinente a la relación entre Derecho comunitario y Derecho interno. La posición que contiene la decisión del caso 183/73 (*Frontini*), sobre todo en lo que concierne al reconocimiento de la separación y del carácter autónomo de los ordenamientos interno y comunitario, es reiterada. Este contexto, así como la necesaria coordinación entre ambos ordenamientos, encontraría respaldo constitucional en el artículo 11 de la Constitución italiana, de modo que las normas comunitarias no podrían estar pautadas por principios aplicables a conflicto normativos que se hayan producido en el ámbito interno.⁵⁶⁵ En efecto, mediante esta disposición, se consagraría una apertura de la Constitución en favor de la aplicabilidad directa de las normas comunitarias en el territorio italiano, el reglamento sería el acto formal reconocido por el ordenamiento italiano como dotado de fuerza de ley y directamente aplicable, sin estar sujeto, por el principio de separación de ambos ordenamientos, antes referido, a las reglas que regulan las normas internas.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "The transfer of powers to the Community did not imply, in the devolved spheres of competence, the radical abolition of State sovereignty. Consequently it followed that the national judge did not have the power to establish and declare a provision of national law void in relation to the provisions enacted in a Community regulation in so far as there was 'an absolute lack of competence for the national legislator'. In such circumstances the national judge was required to make a reference to the Constitutional Court concerning the possible unconstitutionality of the provision in question by reason of the violation of Article 11 of the Constitution." (*Ibid.*, p. 531., 532).

⁵⁶⁵ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "The two legal orders are autonomous and separate, even though there is co-ordination between them on the basis of the division of competences established and guaranteed by the Treaty. (...) The rules derived from the Community legal order must, pursuant to Article 11 of the Constitution, be given direct applicability on Italian territory whilst at the same time remaining external to the municipal legal order. It follows logically that Community rules cannot be governed by the framework applicable for the resolution of conflicts between different rules of the municipal legal order." (*Ibid.*, p. 533).

⁵⁶⁶ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "The rules established in such a regulation are directly applicable on Italian territory by virtue of the regulation itself. It is neither necessary nor possible to reproduce or transform the rules as corresponding provisions under the national legal order. The separation between the national and Community legal orders also implies that the rules in question do not form part of municipal law and are in no way subject to the regime governing municipal laws or other acts with the force of law. (...) Regulations are recognized as having exactly the same 'force of law' as in their legal order of origin." (*Ibid.*, p. 533, 534).

Enunciadas estas premisas, la Corte Constitucional construye el argumento que caracterizará la sentencia Granital como un paso adelante en la jurisprudencia concerniente a la relación entre Derecho comunitario y Derecho interno: en caso de que el órgano jurisdiccional competente esté convencido de que un determinado conflicto de intereses debería resolverse por aplicación exclusiva de normas comunitarias, cabría descartar eventuales normas internas contrarias como un impedimento para su decisión. Aquellas, una vez que cumplieran los requisitos para manifestar la cualidad normativa del efecto directo, entrarían en el territorio italiano inalteradas por el ordenamiento interno con independencia de que precedan o sucedan a norma interna.⁵⁶⁷ El ordenamiento interno, a pesar de garantizar el respeto al Derecho comunitario en el territorio nacional no tendría como objeto imponer un control sobre las normas derivadas de esta esfera.⁵⁶⁸ En caso de contradicción, la norma comunitaria sobrevenida provocaría la inaplicabilidad de la norma interna, que evitaría que los órganos jurisdiccionales competentes la tuvieran en consideración para resolver conflictos de intereses deducidos en juicio.

Al posicionarse de esta forma, la Corte Constitucional acaba matizando una afirmación efectuada pocas líneas antes, al destacar que la revocación, antes defendida, no podría entenderse como un ataque a la validez de la norma interna sino como un desplazamiento en pro de otra norma.⁵⁶⁹ El efecto

⁵⁶⁷ Este reconocimiento que posibilita la Sentencia Granital le confiere una relevancia histórica en la concepción de Marta Cartabia y Joseph Weiler: "Emblematica di questa posizione è la sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984. Questa decisione (...) è di portata storica, perché con essa la Corte costituzionale ha posto fine a una annosa querelle con la Corte di giustizia, relativa al primato e all'effetto diretto delle norme europee. Più specificamente, con la sentenza n. 170 del 1984 la Corte costituzionale italiana accoglieva i principi elaborati dalla Corte di giustizia europea, secondo i quali le norme comunitarie dotate di effetti diretti devono entrare e permanere nell'ordinamento italiano, senza che la loro efficacia possa essere intaccata immediata applicazione dai giudici italiani, pur in presenza di confligenti disposizioni di legge interna." (CARTABIA, M.; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 131).

⁵⁶⁸ Corte Constitucional italiana, Caso N.° 170/84: "Where the Italian judge establishes that a regulation derived from that source [Community derived law] governs the case before him, he must consequently apply its provisions by exclusive reference to the legal system of the supranational organization, that is to say the system governing the act requiring application and determining its effects. The conflicting provisions of municipal law cannot constitute an obstacle to the recognition of the 'force of law' which the Treaty confers on the Community regulation by defining it as a source of directly applicable rules. In relation to the sphere of application of such regulations, municipal law forms an order which does not seek to superimpose its control over rules produced by the separate and autonomous Community system, even though the municipal legal order does guarantee the observance of those rules on national territory." (GRENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, E. Op. cit. 1993, p. 534).

⁵⁶⁹ Corte Constitucional italiana, Caso N.° 170/84: "The effect of a Community regulation is therefore not to abrogate an incompatible provision of municipal law, in the proper sense of that word, but rather to prevent that provision from being taken into consideration for the

generado sería el favorecer la aplicación de una norma válida en detrimento de una norma también válida, que no encontraría cabida en el ámbito jurídico de aplicación, pero cuya validez sólo podría ser puesta en jaque mediante una declaración de la Corte Constitucional. La premisa de que los ordenamientos están separados y son autónomos conduciría, de forma inevitable, a esta conclusión. Al considerar que los ordenamientos en cuestión, interno y comunitario, no forman una unidad, la Corte excluye la jerarquía como el criterio que preside esta relación; al afirmar que la primacía se ampararía en esta supuesta autonomía y que, por tanto, la nulidad no podría ser una consecuencia derivada de la relación entre normas internas y comunitarias.⁵⁷⁰

Así, los reglamentos comunitarios, según el raciocinio de la Corte, siempre deberían aplicarse, con independencia de su posición cronológica con relación a la norma interna; la duda que suscite su aplicación debería conducirse, en los términos del artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, al Tribunal de Justicia Europeo, órgano jurisdiccional competente para juzgar tales cuestiones. Este contexto, afirma la Corte italiana, lo impondría el principio de certeza jurídica, que constituye una conclusión a la que se podría llegar tanto partiendo de su perspectiva como desde la perspectiva del Tribunal comunitario.⁵⁷¹ En este punto, se vislumbra un

solution of the dispute before the national court." (*Ibid.*, p. 534). Paola Mori entiende que neste ponto a Corte Constitucional incorreu numa inequívoca contradição: "La contradicción con cuanto se ha afirmado poco antes es notoria. Lo que urge subrayar sin embargo, no es tanto el contraste entre las dos afirmaciones, cuanto la coherencia mayor de esta última, inspirada en una visión unitaria de los posibles conflictos entre norma estatal y reglamento comunitario." (MORI, P. Op. cit., 1985, p. 692).

⁵⁷⁰ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "As already stated by this Court (...) a provision of municipal law which is in conflict with Community law is not affected by any form of nullity which may be determined and declared by an ordinary court. It must be recalled that regulations take effect by the very fact that they are formal Community enactments and they cannot be abrogated or modified by contrary national provisions, nor can they derogate from or invalidate those provisions. The position would be different if the Community and national legal orders, and their respective procedures for enacting legislation, formed a unified whole. (...) Consequently, precisely by reason of the separation between the two legal orders, the primacy of regulations enacted by the Community must be understood in the manner explained in the present judgment, that is to say that municipal law does not operate in the domain covered by such regulations and that domain is governed entirely by Community law." (GRENEWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, E. Op. cit. 1993, p. 534, 535).

⁵⁷¹ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: "National courts responsible for the application of such regulations are entitled to have recourse to the procedure for obtaining a preliminary ruling on questions of interpretation under article 177 of the Treaty. The fundamental requirement of legal certainty, consistently acknowledged in the jurisprudence of this Court, can only be satisfied this way. That requirement imposes an obligation to ensure equality and uniformity in the criteria adopted for the application of Community regulations throughout the territory of the European Community. This statement is supported by two independent reflections which lead to the same conclusion." (*Ibid.*, p. 535).

cierto esfuerzo de la Corte Constitucional en pro de una colaboración institucional: aunque constate que la comprensión —derivada de su jurisprudencia— de que el fundamento de la primacía del Derecho comunitario encuentra su fundamento, en Italia, en el artículo 11 de la Constitución es irreconciliable con la perspectiva del Tribunal de Justicia, que, a su vez, entiende que las normas internas y comunitarias se fundan en un único sistema,⁵⁷² la Corte italiana resalta, como un punto de convergencia, la concordancia interinstitucional que debe garantizar y el efecto directo del Derecho comunitario derivado.⁵⁷³

El epílogo de la decisión Granital, a semejanza de la decisión Frontini, se caracteriza por afirmar los contralímites. Pese a resaltar la improbabilidad de conflicto normativo, la Corte Constitucional reitera su competencia para juzgar la compatibilidad entre el Derecho comunitario originario y la Constitución, mediante el enjuiciamiento, en esta ocasión, de la norma de ratificación de los Tratados Comunitarios, siempre que los principios básicos del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales estén amenazados.⁵⁷⁴

⁵⁷² Cartabia e Weiler resaltan que la misma conclusión se alcanza tanto desde una perspectiva monista, que defiende la Corte comunitaria, como desde una postura dualista, que caracteriza la postura de la Corte Constitucional: “Nella prospettiva della Corte di giustizia, il regime delle norme europee dipende dal fatto che il sistema comunitario europeo ha ormai generato un unico ordinamento giuridico, al cui interno si dispiega una costruzione gerarchica delle fonti, che vede al vertice le norme comunitarie, in posizione sovraordinata alle norme nazionali. Alle medesime conclusioni sul regime giuridico delle norme comunitarie giunge la Corte costituzionale italiana in base invece ad una impostazione dualistica dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno (...). La Corte costituzionale raggiunge, dunque, la Corte di giustizia sull'obiettivo – costituito dall' riconoscimento dell' immediata applicabilità da parte dei giudici comuni delle norme comunitarie, anche a preferenza di eventuali norme interne confliggenti – ma radica la propria giurisprudenza su principi diversi e percorre consapevolmente strade alternative a quelle prescelte dalla Corte di giustizia.” (CARTABIA, M.; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 131, 132).

⁵⁷³ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: “The Court of Justice certainly considers that the source of legal norms of the Community and that of each member State are founded on a single system. The premises upon which the conclusions of the Court of Justice are based are therefore different from those contained in the jurisprudence of the Constitutional Court. Nevertheless it is possible for this Court to agree with the Court of Justice that the direct and continuous effect of the law derived from the Treaty, and in particular the regulations at issue, must be ensured. It is therefore possible to agree upon the principle that Community regulations are always directly applicable by the Italian judge, even in the presence of conflicting provisions of municipal law.” (*Ibid.*, p. 535, 536).

⁵⁷⁴ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 170/84: “It must not be concluded from the above considerations, however, that this Court has no competence over any aspect of the relationship between Community law and municipal law. In the judgment of this Court in case N.º 183/73, it was indicated that the law implementing the Treaty could be the subject of review by this Court with regard to the basic principles of the municipal legal order and the inalienable rights of man in the, albeit unlikely possibility, envisaged in paragraph 9 of that judgment.” (*Ibid.*, p. 536).

El avance singular, en este aspecto específico, que la decisión Granital establece con relación a la decisión que la precede, consiste en afirmar, por parte de la Corte Constitucional, su competencia para juzgar la constitucionalidad de una norma interna que, en su caso, comprometa la observancia y el cumplimiento de un Tratado Comunitario. Conclusión a la que llega al partir de la premisa de que en esta ocasión, la norma interna, al envés de infringir la norma comunitaria estaría atentando contra el contenido del artículo 11 de la Constitución italiana.⁵⁷⁵

3.4.3. *Fragd, el caso del referéndum sobre pesticidas y la Sentencia n.º 384/94*

La Corte Constitucional volvería a destacar la existencia de límites a la primacía del Derecho comunitario y a afirmar su competencia para controlar indirectamente normas comunitarias en la decisión emitida en el caso n.º 232/1989 (*Fragd v. Amministrazione Delle Finanze Dello Stato*). Por otro lado, establecería sólidas premisas en referencia a la relación entre Derecho interno y Derecho comunitario derivado al manifestar en el caso n.º 64/90 (caso del referéndum sobre pesticidas) y en la Sentencia n.º 384/94.

En lo que concierne al caso *Fragd*, el Tribunal de Venecia efectuó una consulta a la Corte Constitucional en el curso de una acción promovida por una compañía que, al exportar glucosa en polvo a la República Federal de Alemania, en julio de 1980, y pagar las debidas compensaciones monetarias fijadas por la legislación comunitaria, se vio sorprendida por una decisión del Tribunal de Justicia Europeo de 15 de octubre de 1980, que declaraba inválida la referida legislación, aunque impedía que tal declaración justificara que se

⁵⁷⁵ Corte Constitucional italiana, Caso N° 170/84: "A reference must be made to the Constitutional Court regarding provisions of municipal law which are considered to be unconstitutional to the extent that they seek to prevent or compromise the continued observance of the Treaty, whether in relation to its system or the nub of its essential principles. Such a situation is clearly different from that of an incompatibility between the provisions of municipal law and simple Community regulations. In the case envisaged here, the Constitutional Court would be called upon to verify whether the ordinary legislature had unjustifiably overstepped the limits of its national sovereignty defined by that legislature itself in the law implementing the Treaty, in direct and precise compliance with article 11 of the Constitution." (*Ibid.*, p. 536).

cuestionaran las compensaciones monetarias efectuadas en favor de las autoridades nacionales antes del presente juicio. La referida compañía requirió el reembolso de parte de la cuantía pagada, basándose en la decisión de la Corte comunitaria, al Tribunal de Venecia, que, a su vez, solicitó a aquella Corte que se manifestara sobre la validez y el efecto de las normas comunitarias en cuestión. En la decisión emitida en mayo de 1985, el Tribunal de Justicia reafirmó la invalidez de la referida legislación, limitada temporalmente, con el fin de impedir que se cuestionaran de cualquier forma las compensaciones pagadas antes de su decisión anterior.

En la cuestión de constitucionalidad sometida a la Corte Constitucional, el Tribunal de Venecia preveía la incompatibilidad entre la interpretación dada por el Tribunal de Justicia Europeo al artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en consonancia con el artículo 174.2 del mismo título legal,⁵⁷⁶ y el artículo 24 de la Constitución italiana,⁵⁷⁷ mediante el que se consagra el libre y pleno acceso a la justicia. En suma, el órgano jurisdiccional veneciano no conseguía deducir la armonía entre la Constitución y una situación en la que el Tribunal de Justicia Europeo, en el curso de un recurso prejudicial, al declarar la invalidez de una norma comunitaria, determinara que tal efecto sólo se manifestaría a partir de la fecha de la decisión en cuestión, de modo que en el caso que generó tal declaración de invalidez, su contenido fuera plenamente aplicable.

La Corte Constitucional, con una retórica más incisiva que la de las manifestaciones anteriores, decidió no admitir la cuestión de constitucionalidad por falta de relevancia, aunque reconoció que el contexto que había provocado la sorpresa del Tribunal de Venecia y que correspondía efectivamente a la interpretación, llevada a cabo por el Tribunal de Justicia Europeo, del contenido de las disposiciones comunitarias antes mencionadas, constituía una violación

⁵⁷⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Art. 174: “1. Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. 2. Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.” (MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit., 1988, p. 81).

⁵⁷⁷ Constitución de la República italiana, Art. 24: “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses.” (RUBIO LLORENTE, F; DÁRANAS PELÁEZ, M. Op. cit., 1997, p. 345).

del artículo 24 de la Constitución italiana.⁵⁷⁸ En el caso en cuestión, no obstante, la decisión de la Corte comunitaria no había incurrido en tal previsión y se limitó a confirmar una declaración de invalidez ya efectuada y, de cualquier forma, anterior al propio caso objeto del recurso prejudicial en análisis.⁵⁷⁹

Por otro lado, al emitir su decisión, la Corte Constitucional tuvo que resolver la preliminar de inadmisibilidad instada por el Fiscal General y aprovechó la ocasión para hacer consideraciones y, en cierta forma, refinar su ya sedimentada posición relativa a la primacía del Derecho comunitario.

La Corte Constitucional rechaza la preliminar promovida por el Fiscal General, según la cual, aunque no hubiera duda de que la Corte Constitucional tenía competencia para juzgar eventuales infracciones de los principios constitucionales fundamentales y de los derechos fundamentales derivados de la aplicación de normas derivadas del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, sería improbable que el Tribunal de Justicia Europeo llevara a cabo una interpretación que facilitara tales violaciones, lo que bastaba para rechazar la cuestión de constitucionalidad. La Corte reafirma su competencia —a pesar del marco de garantía de derechos proporcionado por el ordenamiento comunitario mediante la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia Europeo— para juzgar la compatibilidad entre el contenido de una

⁵⁷⁸ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 232/1989: “Where, however, the Court of Justice reaches the conclusion that the effects of the declaration of invalidity of the Community act are not to be extended to the facts which form the subject matter of the dispute which provoked the preliminary reference to the Court of Justice by the national judge, serious doubts arise with regard to the compatibility of such a rule with the essential elements of the right to judicial protection. (...) The conclusion to be drawn is that the Court of Justice acknowledges the peculiar position of the mains proceedings in respect of a preliminary ruling made at the request of a referring court. On the other hand, the Court affirms that in principle the effects of a declaration of invalidity do not extend to the main proceedings since events prior to the declaration are unaffected by it. (...) If such considerations were well-founded, they could lead to the part of Implementing Law N.º 1203 of 1957 giving effect to the provisions of Article 177 of the EEC Treaty (which thereby became an integral part of the Italian legal system) being held to be unconstitutional for violation of Article 24 of the Constitution on the ground that those provisions allowed the Court of Justice to limit the effects of a preliminary ruling containing a declaration of invalidity of a regulation, so as not to cover the facts at issue in the mains proceedings.” (GRENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, E. Op. cit. 1993, p. 544, 546, 547).

⁵⁷⁹ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 232/1989: “But such a violation would only occur on the assumption that the preliminary ruling issued by the Court of Justice would not be applicable to the main proceedings in which a decision must be reached by the national judge a quo. This is not, in fact, the case here. In an earlier decision (Case 145/79 of 15 October 1980) the Court of Justice had already declared that the provisions of the regulation at issue were invalid and the preliminary ruling in this case, made at the request of the referring judge, was simply limited to confirming that a declaration of invalidity had been made.” (*Idib.*, p. 547).

norma de Derecho comunitario originario y principios constitucionales fundamentales y derechos humanos inalienables.

De acuerdo con la Corte Constitucional, si era cierto que este marco de garantía de derechos, en el ámbito comunitario, se constituía en consonancia con el abanico de derechos fundamentales amparados por los sistemas jurídicos de los Estados miembros, también cabría salvaguardar que no había una garantía absoluta de que todos los principios fundamentales del orden constitucional italiano estuvieran presentes en el sistema jurídico de todos y cada uno de los Estados miembros. El control abogado por la Corte Constitucional en defensa de los principios constitucionales fundamentales y de los derechos fundamentales inalienables, a su vez, se operaría mediante el enjuiciamiento de las normas de ratificación, en el caso en cuestión, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, con lo que se caracterizaría como un control indirecto de la constitucionalidad de las normas de Derecho comunitario originario, como sería el caso de la decisión *Fragd*, por incompatibilidad entre la norma interna que otorgaba efecto al artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el artículo 24 de la Constitución italiana, conforme destaca la Corte Constitucional, si al envés de afirmar la declaración previa de invalidez el Tribunal de Justicia Europeo hubiera aplicado su interpretación de las disposiciones comunitarias ya destacadas.⁵⁸⁰

El tono poco amistoso de la sentencia *Fragd*, sobre todo si se compara con las sentencias *Frontini* y *Granital*, no pasa desapercibido para Tania Groppi, que subraya que la “(...) Corte Constitucional (...), deja relucir, entre líneas, la impresión de no haber querido 'ir más allá', por no entrar en un conflicto abierto con el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas y con

⁵⁸⁰ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 232/1989: “On the other hand, it is equally true that the fundamental rights guaranteed by the legal system of the Member States constitute, according to the jurisprudence of the Court of Justice of the EEC, an essential and integral part of the Community legal order. It cannot therefore be stated that the Constitutional Court has no competence to verify whether or not a treaty norm, as interpreted and applied by the institutions and organs of the EEC is in conflict with the fundamental principles of the Italian Constitution or violates the inalienable rights of man. The Constitutional Court is competent to verify the position in this regard by examining the constitutionality of the laws implementing such norms. (...) Moreover, it must be taken into account that, at least theoretically, it cannot be stated absolutely that all the fundamental principles of the Italian constitutional order are to be found amongst the principles which are common to the legal orders of the other Member States and are therefore included in the Community legal order.” (*Ibid.*, p. 542. 543).

el ordenamiento comunitario, aun habiendo querido reafirmar de todos modos y decididamente su propio poder para garantizar los contralímites a la incorporación del derecho comunitario.”⁵⁸¹

Se muestra, de esta forma, lo que la autora denomina lógica compromisoria por parte de la Corte Constitucional, que consiste en la voluntad de la Corte Constitucional de “(...) reafirmar y conservar la posibilidad de opinar sobre el derecho comunitario, pero (...), al mismo tiempo, evitar colocarse en una posición abierta de enfrentamiento con el sistema comunitario e, *in primis*, con el Tribunal de Justicia.”⁵⁸²

En el caso n.º 64/90 (caso del referéndum sobre pesticidas), la Corte Constitucional se enfrentó a una solicitud de aprobación de un referendo, en los términos del artículo 75 de la Constitución italiana,⁵⁸³ por la revocación de una disposición que otorgaba al ministro de salud italiano un poder discrecional previsto y, en cierta forma, restringido, en varias directivas comunitarias (Directivas n.ºs 76/895, 86/362 y 86/363), pero por medio del que se lograba implementar el contenido de tales normas mediante actos administrativos.

La Corte Constitucional tendría que decidir si mediante un referendo sería posible limitar la implementación, en Italia, del Derecho comunitario derivado, que obstaculizara sus obligaciones con la Comunidad, y su respuesta fue negativa. De acuerdo con su raciocinio, en conformidad con la jurisprudencia comunitaria, el contenido de las directivas comunitarias, dado que está dotado de suficiente precisión y clareza, sería directamente aplicable en el ordenamiento interno prescindiendo de medidas normativas de implementación en el orden jurídico italiano, al primar sobre cualquier norma interna y, ciertamente, sobre la fuente de algunas de estas normas, constituida por el referendo.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ CELOTTO, A.; GROPPi, T. Op cit., 2005, p. 329, 330.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 330.

⁵⁸³ Constitución italiana, Art. 75: “Se celebrará referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500.000 (quinientos mil) electores o cinco consejos regionales. No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto ni de autorización para ratificar tratados internacionales (...).” (RUBIO LLORENTE, F; DÁRANAS PELÁEZ, M. Op. cit., 1997, p. 352).

⁵⁸⁴ Corte Constitucional italiana, Caso N.º 64/90: “The provisions in question 'appear to be unconditional and sufficiently precise so that in the absence of implementing measures adopted within the prescribed period, they may be relied upon by individuals as against any

Finalmente, la Sentencia n.º 384, dictada en 1994, cuyo objeto era el juicio de constitucionalidad promovido por el Gobierno, en los términos del artículo 127 de la Constitución italiana, de cara a una ley del región de Umbría —que aún no estaba en vigor— sobre la replantación de viñedos en zonas con denominación de origen controlada y/o con denominación de origen controlada y garantizada, llevaría a la Corte Constitucional a manifestarse sobre el papel de la legislación regional en la relación entre Derecho interno y Derecho comunitario, que establece cierta ampliación de su competencia con relación a lo que estableció la sentencia Frontini y consolidó la sentencia Granital.⁵⁸⁵

Al acoger los argumentos esgrimidos por el Gobierno y declarar que el contenido de la ley regional efectivamente confrontaba disposiciones del Reglamento n.º 822/87, con lo que infringía los artículos 11 y 117 de la Constitución, la Corte Constitucional estudia a fondo, en opinión de Saiz Arnaiz,⁵⁸⁶ el proceso de “nacionalización” del Derecho comunitario y reconoce que el incumplimiento de normas comunitarias derivado de la legislación regional no mitiga la responsabilidad del Estado con relación a la violación del Derecho comunitario, de modo que las competencias regionales sólo pueden

national provision which is incompatible with the directive (judgment of 24 March 1987 in Case 206/85). Those provisions can therefore also be relied upon as against a referendum which is an act or source (Constitutional Court, judgment M.º 29 of 1987) of internal law and which must consequently, in the same way as other sources of law, be co-ordinated with Community rules 'in accordance with the division of competences fixed and guaranteed by the Treaty (Constitutional Court, Case N.º 170/84). By virtue of their direct applicability, these Community provisions take precedence in all cases over the absolute prohibition contained in Article 5(1) (h) of Law N.º 283 of 30 April 1962 (...).” (GRENWOOD, C.J.; LAUTERPACHT, E. Op. cit. 1993, p. 552).

⁵⁸⁵ Según Alejandro Saiz Arnaiz, esta ampliación se configura porque además “(...) de las hipótesis que se deducen de la Sentencia 170/84 (...), también las leyes regionales (rectius: los proyectos y proposiciones de leyes regionales aprobados por los respectivos Parlamentos) pueden ser fiscalizadas por la Corte, en su adecuación al artículo 11 del texto constitucional, mediante el recurso previo ex artículo 127.4 Cost. en aquellos supuestos en los que su contenido pueda resultar no conforme al Derecho comunitario directamente aplicable por cualquier motivo — y no sólo por vulneración de los aspectos o principios esenciales del mismo — y, precisamente, para evitar la responsabilidad del Estado a la que daría lugar la incorporación al propio ordenamiento de normativa legal contraria a aquel derecho. Seguramente la respuesta de la Corte Costituzionale no podía ser otra. El mencionado control a priori puede servir para evitar no pocos problemas de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario.” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 1995, p. 584).

⁵⁸⁶ “No creo que esta decisión pueda interpretarse en clave de revirement que implicaría una vuelta a la jurisprudencia anterior a 1984. Parece más lógico entender que la misma se enmarca en un proceso que algunos estudiosos italianos han definido como de 'nacionalización' del Derecho comunitario; un proceso que, ignorando las características propias de aquel Derecho, puede actuar en un doble y contradictorio sentido: si, por un lado, puede hacer de la Corte Costituzionale garante de la observancia del Derecho comunitario (...), por otro, y en sentido contrario, puede también implicar riesgos para la efectiva aplicación de éste (...).” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 1995, p. 590).

ejercerse en la medida en que sean compatibles con el ordenamiento supraestatal y con el conjunto normativo orientado a su operatividad.⁵⁸⁷

3.4.4. *Análisis*

Encontramos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana un debate interinstitucional con el Tribunal de Justicia Europeo comparable, en complejidad e intensidad, al llevado a cabo por el Tribunal Constitucional Federal alemán. De este debate surge la lapidación de una forma de entender la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno marcada por el delicado y no siempre alcanzado equilibrio entre la necesidad de preservar un contexto favorable al cumplimiento de los compromisos políticos del Estado y la coherencia jurídica que debe emanar de un órgano jurisdiccional responsable de salvaguardar la Constitución. Fruto de este equilibrio es, al mismo tiempo, una retórica favorable a la colaboración, en forma de una búsqueda de los puntos de convergencia, con el Tribunal de Justicia Europeo, acompañada del reconocimiento de cualidades atribuidas por este órgano jurisdiccional a las normas comunitarias y a la construcción de límites a la primacía del Derecho comunitario, tanto de carácter originario como derivado.

En lo que concierne al Derecho comunitario derivado, conforme destacamos, a partir de la sentencia *Frontini*, se reconocen el carácter autónomo del ordenamiento comunitario, el efecto directo de las normas de este ordenamiento y la primacía sobre las normas internas, que reiteran, con considerable perfección, las sentencias *Granital*, *Fragd*, en el caso del referendo sobre pesticidas y en la Sentencia n.º 384/94. Sobre todo con

⁵⁸⁷ Corte Constitucional, Caso N.º 384/94: “Va considerato che di fronte alla Comunità europea è lo Stato a essere responsabili delle violazioni del diritto comunitario, anche quando derivino dall'esercizio della potestà legislativa della Regione, e che il mantenimento, nell'ordinamento interno, di un provvedimento incompatibile con le disposizioni del Trattato – oltre a creare situazioni di fatto ambigue – è considerato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europea quale trasgressione degli obblighi posti dal Trattato stesso. Per quanto, poi, attiene specificamente alle competenze regionali, questa Corte há chiarito che esse sono suscetibili di operare solo ovei loro contenuti no risultino contrastanti com le discipline e i limiti introdotti dalla normativa comunitaria e dai conseguenti provvedimenti attuativi (...).”

relación a esta última cualidad normativa, no obstante, la Corte Constitucional complementa su análisis limitándose a la cesión de soberanía con base en lo que se conocerá como contralímites.⁵⁸⁸

A la prevalencia de las normas de Derecho comunitario derivado sobre normas del ordenamiento interno, incluso de nivel constitucional, se aplica una limitación general forjada por la Corte Constitucional,⁵⁸⁹ constituida por los principios constitucionales fundamentales y los derechos humanos inviolables —sobre la que volveremos más adelante— de forma que, a pesar del reconocimiento de la plena autonomía de las normas de Derecho comunitario derivado, no se descarta completamente el control sobre su constitucionalidad, concretado mediante el juicio de legitimidad de las normas internas de ratificación, ya que un principio establecido a partir de la sentencia Frontini fue el de la imposibilidad de sujetar las normas comunitarias a un control por parte de las normas internas.⁵⁹⁰ Le competará, por tanto, ejercitarlo de forma indirecta, sobre la norma de derecho interno, a fin de someter el Derecho comunitario derivado a los contralímites forjados por la Corte Constitucional.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ En este sentido Cartabia y Weiler señalan: “Se in nome dele 'limitazioni della sovranità' consentite dall'art. 11 Cost. il diritto comunitario gode della prevalenza su tutto il diritto nazionale, comprese le norme costituzionali, tali limitazioni incontrano, però, a loro volta dei limiti, costituiti dai principi e dai diritti inviolabili della Costituzione, che sono sottratti alla prevalenza del diritto europeo e che perciò vengono usualmente qualificati come 'controlimiti'.” (CARTABIA, M; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 169).

⁵⁸⁹ “Se, dunque, in un breve volgere di tempo la Corte costituzionale si è adeguata in linea di massima alle posizioni della Corte di giustizia che esigevano il riconoscimento della prevalenza del diritto comunitario sui diritti nazionali, essa peraltro ha individuato e mantenuto una riserva a tale principio, perché non consente che la prevalenza del diritto comunitario possa giungere ad intaccare i valori costituzionali fondamentali, che costituiscono altrettanti 'controlimiti' alle limitazioni di sovranità accettate in base all'art. 11 Cost. Nel sistema italiano le norme comunitarie godono di un 'primato con riserva' sulle norme interne, dato che prevalgono su tutte le norme interne, comprese quelle di rango costituzionale, eccezion fatta, però, per i diritti inviolabili e i principi inderogabili contenuti nella Costituzione.” (CARTABIA, M; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 167, 168).

⁵⁹⁰ Pablo Pérez Tremps, al analizar la configuración de los derechos fundamentales como límites a la actuación del juez ordinario como una de las consecuencias de la Sentencia Granital, afirma: “Esta doctrina ha sido confirmada por la Sentencia de 8 de junio de 1984, suponiendo, no sólo un 'contralímite' a la aplicación inmediata del Derecho comunitario, sino también a la potestad del Juez ordinario de resolver conflictos entre normas estatales y comunitarias. El Juez que considere que un reglamento comunitario es contrario a derechos o principios fundamentales consagrados constitucionalmente debe plantear en Italia la cuestión de inconstitucionalidad por violación del Art. 11 de la Constitución por parte de la ley de ejecución del tratado fundacional.” (PÉREZ TREMP, Pablo. Justicia Comunitaria, Justicia Constitucional y Tribunales Ordinarios Frente al Derecho Comunitario. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, N.º 13, Enero-Abril, 1985, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 173)

⁵⁹¹ En este sentido, Cartabia y Weiler destacan: “Ocorre anzitutto ricordare, come da sempre ha sottolineato la dottrina, che in forza della separazione degli ordinamenti, il giudizio di legittimità costituzionale non può avere ad oggetto direttamente le norme comunitarie ritenute

La relación existente entre normas internas y comunitarias, según propugna la Corte Constitucional, no se ampara en el criterio de jerarquía sino en la supuesta autonomía existente entre ambos ordenamientos, alejándose, así, de la perspectiva monista que caracteriza la jurisprudencia comunitaria.⁵⁹² Esta autonomía, a su vez, suscita un marco de inaplicabilidad de la norma interna eventualmente incompatible con la norma comunitaria. Este marco, sin embargo, no es consecuencia exclusiva del desarrollo del Derecho comunitario sino de la cláusula constitucional de apertura al proceso de integración europeo, que consagra la voluntad del Constituyente de coordinar el ordenamiento jurídico italiano con el de otros Estados o con el de organizaciones internacionales. Por consiguiente, el artículo 11 de la Constitución italiana representa el fundamento sobre el que se levanta la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno.⁵⁹³ De esta forma, paradójicamente, la solución de cualquier incompatibilidad entre normas

in contrasto con i principi e diritti fondamentali della Costituzione italiana, ma deve vertere sulle norme interne che danno loro esecuzione. Nel 1973 la Corte muove proprio da questa posizione, escludendo esplicitamente di volere e di potere esercitare un sindacato di costituzionalità sui singoli regolamenti comunitari, dato che il giudizio di legittimità costituzionale può essere esplicato solo su leggi o atti forza di legge dell'ordinamento interno (...). Il giudizio della Corte costituzionale sul rispetto dei 'controlimiti' da parte delle istituzioni comunitarie, no potendosi dispiegare direttamente sulle norme europee, può avere come oggetto solo le leggi di esecuzione dei trattati." (CARTABIA, M.; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 169, 170). Alfonso Celotto e Tania Groppi, por otro lado, resaltan, sobretodo ante la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional que ésta "(...) parece perfeccionar todavía el alcance de su propio control indirecto, orientándolo hacia el concreto acto comunitario derivado: no es (rectius no sería) ya la norma del Tratado constitutivo la que se somete a escrutinio — mediante el 'filtro' de la ley de ejecución del propio Tratado — en la parte en la que ha permitido la recepción de un principio sobre cuya base se ha emanado un acto comunitario que entra en conflicto con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o con los derechos inviolables del hombre; sino que el control apunta (rectius apuntaría) directamente al concreto acto comunitario, obviamente siempre a través de la interposición de la ley de ejecución del Tratado." (CELOTTO, A.; GROPPI, T. Op. cit., 2005, p. 333).

⁵⁹² Sin embargo, Alejandro Saiz Arnaiz, entiende que este criterio fue revertido por la Sentencia N.º 384/94: "En segundo lugar, resulta evidente la superación del criterio de la 'neta autonomía' entre el ordenamiento interno y el comunitario; la Corte, sin embargo, salvando los postulados de la precedente Sentencia 170/84 parece mantener el principio de la separación interordinamental a pesar de resultar, en este caso, contradictorio con su propia argumentación." (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 1995, p. 591).

⁵⁹³ Precisamente en este sentido, Paola Mori afirma que "(...) el Tribunal Constitucional moviéndose desde la perspectiva del sistema jurídico italiano, mantiene un enfoque dualista. Y es por eso por lo que, sobre la base del presupuesto de la autonomía de los dos ordenamientos jurídicos — el del Estado y el de la Comunidad — se ve obligado a identificar en el artículo 11 de la Constitución italiana, correlato con la ley ejecutiva del Tratado el fundamento de la aplicabilidad de las normas comunitarias dentro del ordenamiento jurídico italiano (...). Para el juez constitucional la primacía de los reglamentos sobre las leyes internas no encuentra por tanto su origen en el ordenamiento comunitario en cuanto tal, sino más bien en el estatal. Es decir es el mismo ordenamiento jurídico nacional el que decide autolimitarse en un acto soberano propio, participando en la organización comunitaria." (MORI, P. Op. cit., 1985, p. 687).

internas y comunitarias que, en virtud del principio de primacía, presuponga la prevalencia de éstas, está presidida no por disposiciones comunitarias sino por el artículo 11.

Aunque se manifieste en todas las decisiones a partir de la sentencia Frontini, esta interpretación se agudiza, sobre todo, en un primer momento, que lleva a la Corte Constitucional a estipular una inequívoca reserva de competencia al apuntar la configuración de un marco de inconstitucionalidad resultante de la incompatibilidad entre la norma interna contraria al Derecho comunitario y el artículo 11, que da forma a la voluntad constituyente de limitar la soberanía en pro de la integración comunitaria.⁵⁹⁴ Esta comprensión conducirá a la posibilidad de enjuiciar normas internas que estén en conflicto con normas comunitarias.⁵⁹⁵

La negación de la existencia de nulidad derivada de la incompatibilidad entre norma interna y norma comunitaria es la premisa sobre la que la Corte Constitucional reconstruye su interpretación. En este nuevo contexto, el juez ya no se ve más forzado a proponer la cuestión de inconstitucionalidad frente a

⁵⁹⁴ Según Saiz Arnaiz, sin embargo, el contexto basado en el Art. 11 habría sido relativizado por la Sentencia N.º 384/94, ya que en el intento de resguardar la responsabilidad del Estado ante el inminente incumplimiento de sus obligaciones comunitarias, la Corte Constitucional habría proferido su decisión utilizando la norma comunitaria como parámetro de inconstitucionalidad de la norma interna regional, atribuyéndole subrepticamente el carácter de norma interpuesta — al ser esta la norma que por atribución formal de la Constitución actúa como condición de validez de otras normas en el ordenamiento— retomando una postura superada por la Sentencia Granital: “Es oportuno destacar que la Corte Costituzionale no utiliza en ningún momento los conceptos de 'norma interpuesta' o de índice de no conformidad”; da la sensación de que evita cuidadosamente el empleo de los mismos. Queda claro, no obstante, de cuanto se acaba de decir que sólo la oposición entre el Reglamento CEE y la ley regional no promulgada hace posible la declaración de inconstitucionalidad de esta última. Con independencia de los términos que quieran utilizarse el parámetro inmediato en el juicio de constitucionalidad no es otro que la norma comunitaria directamente aplicable. (...) El parámetro utilizado en el juicio de constitucionalidad es el artículo 11 de la Constitución italiana. Pero lo es sólo indirectamente: la vulneración por la ley regional de dicho precepto constitucional no existiría de no manifestarse previamente una neta oposición entre los contenidos de la norma legal interna y el Reglamento CEE. Afirmar, así, que el Derecho comunitario implicado se comporta como verdadera norma interpuesta parece una conclusión obligada.” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., p. 588, 589, 590)

⁵⁹⁵ En este sentido, Giancarlo Rolla afirma: “(...) en efecto, el juez constitucional, desde el primer pronunciamiento, deduce que las relaciones entre la normativa comunitaria y normas emanadas de fuentes internas deben ser resueltas en base al principio de competencia, antes que al de jerarquía. Consecuentemente cualquier oposición entre reglamentos comunitarios y leyes nacionales supone una violación del artículo 11 de la Constitución, de modo que la competencia para resolver la antinomia corresponde no a los jueces ordinarios sino solamente al juez constitucional que debe ser expresamente requerido, elevando una cuestión de inconstitucionalidad.” (ROLLA, Giancarlo. Relaciones entre Ordenamientos en el Sistema Constitucional Italiano. In: *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Enero-Junio, 2004, Granada: Universidad de Granada, p. 164)

una norma interna contraria a las prescripciones comunitarias. Sin embargo, esto no significa que la actuación de un juez nacional, como órgano jurisdiccional comunitario, pueda fulminar la validez de normas internas basada en la posición jerárquicamente superior del Derecho comunitario. El juez comunitario, al prescindir, en el ejercicio de la jurisdicción, de la aplicación de la norma interna en favor de la norma comunitaria contraria, no desencadena su nulidad. Como destaca, con cierto énfasis, Antonio La Pergola, el "(...) Estado se autolimita, (...) y retira a su propio ordenamiento del campo ocupado por el derecho comunitario susceptible de inmediata aplicación. En este ámbito, la ley italiana desaparece: es por tanto invisible, más que inaplicable, a los ojos del juez nacional, que deberá así aplicar la regla comunitaria pertinente para la resolución del caso en cuestión."⁵⁹⁶ Por tanto, la actuación jurisdiccional afecta a la norma interna en el ámbito de su aplicabilidad y deja incólume su validez.⁵⁹⁷ De tal modo que no se cuestionan sus efectos en aquella esfera que no esté cubierta por la norma comunitaria.⁵⁹⁸ La validez, como cualidad normativa, sólo podría sustraerse, en el ámbito jurisdiccional, mediante declaración de inconstitucionalidad, configurada por infracción del contenido del artículo 11 de la Constitución italiana, que recae en el ámbito de competencia

⁵⁹⁶ LA PERGOLA, Antonio. El Juez constitucional italiano ante la primacía y el efecto directo del Derecho Comunitario. Notas sobre unas jornadas de estudio. In: *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 261.

⁵⁹⁷ Esa es la consecuencia que destaca Paola Mori: "Los reglamentos comunitarios, y más en general las disposiciones directamente aplicables, siguen siendo ajenas al sistema de las fuentes estatales y a sus reglas, por lo que deben ser tenidas en consideración en cuanto tales. En consecuencia el juez italiano comprueba que tales normas regulan el caso sometido a su examen y aplica lo dispuesto sin tener en cuenta las eventuales disposiciones legislativas que puedan interferir. La no aplicación de estas últimas disposiciones no es, sin embargo, una consecuencia del hecho — explícitamente excluido por el Tribunal Constitucional — de que vayan a ser consideradas nulas. Mucho menos puede mantenerse que el efecto de la norma comunitaria sobre la estatal sea el de determinar la 'caducidad' o mejor la abrogación, efecto que sería por lo demás completamente ilógico en el caso en que la segunda siga en el tiempo a la primera. La norma estatal permanecerá en vigor, pero confinada en la práctica a una especie de 'limbo' en el cual no podrá ni ser aplicada por los jueces, ni desarrollados sus efectos naturales." (MORI, P. Op. cit., 1985, p. 693).

⁵⁹⁸ En este sentido se manifiesta Raffaella Mauro Petriccione: "In this way there is no question of the abrogation, or nullity, of national law: it must simply be ignored, because the field in which it is supposed to operate has been pre-empted by the intervention of Community Institutions, whose competence, in the areas provided for by the Treaty, prevails over that of the national legislature. The national provisions survive, and they still govern the subject-matter in all the aspects which are beyond the scope of the relevant Community act, though it might well be argued that their only practical value is to fill a gap in the regulation of the matter, should Community rules not cover all possible cases, or should they lose their force." (MAURO PETRICCIONE, Raffaella. Member States of the European Communities – Italy. In: *European Law Review*, vol. 11, London: Sweet & Maxwell, 1986, p. 325).

de la Corte Constitucional.⁵⁹⁹ Por consiguiente, si, por un lado, es verdad que la competencia exclusiva de la Corte Constitucional para manifestarse sobre la incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma interna posterior⁶⁰⁰ fue sustancialmente matizada a partir de la sentencia Granital —al reconocerse la competencia del juez ordinario para aplicar la norma comunitaria en detrimento de la norma interna, consultando, cuando fuera necesario, al Tribunal de Justicia Europeo, por medio de la cuestión prejudicial—, no es

⁵⁹⁹ Adelina Adinolfi, destaca con exactitud esa problemática: “Whenever a certain sector is pre-empted by a regulation, this precludes the national statute from being applied; but, the legitimacy of the latter cannot be prejudged by the regulation owing to this sparteness of the two legal orders. (...) The solution devised by the Court cannot easily avoid the objection that since the 'non-application' of a statute derives from its incompatibility with Article 11 of the Constitution, that statute should consequently be subject to a review of its constitutional legitimacy. This solution does not however imply that the national statute conflicting with a Community regulation is illegitimate; even if the statute has to be set aside, it nevertheless remains in force until repealed. In a further judgement the Court stated that since the conflicting statute remain in force, 'there's a need for member States to ensure that statutes are modified or repealed in order to cleanse national law from any incompatibilities or discordancies with the prevailing Community law.'” (ADINOLFI, Adelina. *The Judicial Application of Community Law in Italy (1981 – 1997)*. In: *Common Market Law Review*, vol. 35, N.º 6, December 1998, Leiden: Kluwer Law International, p. 1314, 1315). Por otro lado, respecto a la perspectiva de que la interpretación de la Corte Constitucional acerca de los efectos que genera el Art. 11 de la Constitución en la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho interno fue perfeccionada, aunque no abandonada, es oportuno destacar la postura de Mauro Cappelletti, que, al analizar la configuración que a este dispositivo constitucional atribuía el contexto pre-Granital, y que, en último análisis, sigue en vigencia, la entiende, según sus propias palabras, como “injustificable y gravemente perniciosa” bajo varios puntos de vista, entre los que destacan los que tienen relación con el aspecto de la interpretación normativa, de la practicidad, de la viabilidad procesal y de la política comparada: “Desde el punto de vista de la interpretación normativa, parece difícil discrepar del Tribunal europeo cuando afirma que la tesis del Tribunal Constitucional italiano es incompatible con los artículos 177.2 y 189.2 del Tratado CEE. (...) La aplicabilidad directa vendría a ser limitada indebidamente si sólo pudiese operar una vez que la cuestión de inconstitucionalidad comunitaria llegase al Tribunal Constitucional y fuera resuelta por él. (...) Desde un punto de vista práctico, la tesis del Tribunal Constitucional se muestra, además, como peligrosa para la subsistencia misma de un sistema de justicia constitucional eficaz en Italia. Ante un órgano de justicia constitucional sofocado ya por miles de cuestiones de inconstitucionalidad (genuinas) y donde dichas cuestiones penden durante algún que otro año antes de poder ser resueltas, parece al menos poco razonable querer atribuir al Tribunal mismo cuestiones de la llamada inconstitucionalidad indirecta, es decir, de una violación del artículo 11 de la Constitución motivada por la violación directa de la ley comunitaria. (...) Desde el punto de vista procesal, resulta que, planteada la cuestión de inconstitucionalidad (...), el Tribunal Constitucional estaría obligado numerosas veces a plantear, a su vez, ante el Tribunal europeo, otra nueva cuestión sobre la interpretación o validez del Derecho comunitario. (...) Los inconvenientes tienen magnitud suficiente como para hacer del sistema algo deforme e inviable. (...) Desde el punto de vista de la política comparada, la tesis que aquí se critica aislaría completamente nuestro país de aquellos otros que, como Italia, han reconocido la primacía del Derecho comunitario (...).” (CAPPELLETTI, Mauro. *El Tribunal Constitucional en el Sistema Político Italiano: sus Relaciones con el Ordenamiento Comunitario Europeo*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N.º 4, Enero – abril, 1982, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).

⁶⁰⁰ Pablo Perez Tremps destaca que hasta emitir la Sentencia Granital la postura de la Corte Constitucional respecto a la eficacia directa del Derecho Comunitario consistía en: “(...) 1.º Que el derecho comunitario se impone a las normas estatales de rango infraconstitucional. 2.º Que si las normas son infralegales cualquier juez puede y debe aplicar la norma comunitaria. 3.º Que si las normas nacionales son leyes anteriores a la norma comunitaria

posible afirmar que la centralidad del artículo 11 de la Constitución italiana en la relación entre Derecho comunitario y Derecho interno haya sido descartada.⁶⁰¹

Cabe destacar, al mismo tiempo, la clara distinción asociada al diálogo que la Corte Constitucional establece entre el contenido del artículo 11 de la Constitución italiana y la previsión de reforma constitucional. Esta distinción está inequívocamente presente en la sentencia Frontini. En esta decisión, la Corte establece que recurrir a la reforma constitucional para regular la incidencia del ordenamiento comunitario sobre el orden jurídico interno significaría vaciar el contenido del artículo 11 de la Constitución. La solución que da la Corte Constitucional, con relación a este aspecto, se distancia sustancialmente de la proporcionada por el Consejo Constitucional francés que, si bien reconoce en el contenido del artículo 88.1 de la Constitución francesa la misma naturaleza atribuida por la Corte Constitucional al artículo 11, no prescinde de efectivizar un constante vínculo entre tal apertura y la necesidad de reformar la Constitución, llegando a fundamentar en la disposición de la Constitución francesa la necesidad de reforma en pro del proceso de integración europeo.

Conforme ya destacamos, según la Corte Constitucional, el artículo 11 de la Carta Magna italiana sería la representación normativa de una voluntad constituyente y, por tanto, no podría eludirse mediante el recurso de la reforma constitucional. No sería posible, por tanto, dar una rigidez mayor de la atribuida por el Poder Constituyente originario al sistema constitucional italiano a fin de operar la integración. En este sentido, la reforma constitucional no debería concretar lo que pueda viabilizarse por intermedio del artículo 11. La previsión constitucional de la apertura de la Constitución italiana a una dimensión

cualquier juez debe aplicar esta última por considerarse derogada la nacional. 4.º Que si la norma nacional tiene fuerza de ley y es posterior al reglamento comunitario habrá de plantearse ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de dicha ley por violación del reparto de competencias realizado por el legislador según el artículo 11 de la Constitución, correspondiendo a la Corte Constitucional la potestad de declarar la inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley.” (PÉREZ TREMPES, P. Op. cit., 1985, p. 168).

⁶⁰¹ En este sentido, conforme destaca Giancarlo Rolla: “La diferencia interpretativa [entre el Tribunal de Justicia Europeo y la Corte Constitucional italiana] se va progresivamente atemperando y la jurisprudencia constitucional en material comunitaria ha terminado por alinearse con los planteamientos del Tribunal de Justicia, si bien siguiendo un diverso iter argumentativo: nuestro juez constitucional ha reconocido la potestad del juez común de inaplicar la norma interna contraria a un reglamento comunitario, pero manteniendo un razonamiento en términos de competencia, más que de jerarquía de la fuente comunitaria.” (ROLLA, G. Op. cit., 2004, p. 164).

internacional hace posible que todo desarrollo normativo que se insiera en este ámbito, como es el caso de aplicación, en territorio italiano, de normas comunitarias dotadas de primacía y efecto directo, se entienda como la aplicación y concreción de un principio constitucional fundamental, sin justificar el recurso a un procedimiento normativo más complejo que el deseado por el Constituyente.

Hay una cierta coherencia forzada en este raciocinio de la Corte Constitucional, aunque es necesario notar que la tendencia a la integración, que contiene el artículo 11, no puede operar como una panacea, para resolver toda y cualquier situación. En este sentido, ignorar la aptitud para solucionar eventuales conflictos normativos proporcionada por la ampliación del diálogo entre la apertura constitucional a la dimensión internacional y la reforma constitucional, ante la falta de una disposición constitucional concreta que delimite la relación entre Derecho interno y Derecho comunitario, no suena como una postura razonable.⁶⁰² Un marco distinto, no obstante, se manifestaría con relación a la limitación que representan los principios constitucionales fundamentales y los derechos inviolables, que, según podemos deducir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no podrían subvertirse por la interpretación dada al artículo 11, o por el ejercicio de la reforma constitucional a fin de ampliar la integración.

El hecho es que la argumentación de la Corte en pro de la apertura constitucional al proceso de integración es temperada por un gradual enraizamiento de los presupuestos de la relación entre normas comunitarias y normas internas en un ámbito fundamentado en la Constitución italiana, de modo que permita una autonomía plena y una eficacia directa del ordenamiento comunitario derivado, pasible de control en casos de conflicto con los principios

⁶⁰² Acerca de esta problemática, que perdura pese a la reciente reforma de la Constitución italiana, es oportuno verificar la exposición que desarrolla Giancarlo Rolla al afirmar: "El sistema institucional, todavía *in fieri*, se presenta con lagunas e incompleto cuando se considera que en el texto de la Constitución falta una disposición explícita que defina la relación entre ordenamiento nacional y comunitario: parece, en efecto, evidente que la formulación del artículo 11 de la Constitución (...) se revela del todo inadecuado a la nueva dimensión de los problemas institucionales conexos al incremento del proceso de unificación europea. Mientras, por el contrario, la mención a la Unión europea — presente en la nueva formulación del art. 117.1 de la Constitución — se limita a recalcar que la normativa comunitaria constituye un límite constitucional para las leyes nacionales, sean estatales o regionales." (ROLLA, G. Op. cit., 2004, p. 143).

constitucionales fundamentales y con los derechos humanos inviolables, en razón de la prevalencia del artículo 11 de la Constitución sobre esta relación. De esta forma, partiendo de la voluntad constituyente concretada en esta disposición, la Corte reconoce el carácter legal del reglamento comunitario, lo que lo caracteriza como norma con eficacia directa, plenamente aplicable en territorio italiano, y la capacidad de la directiva comunitaria que satisfaga criterios de clareza y precisión de prescindir de cualquier desarrollo normativo para ser aplicada, primando ambas normas, sobre cualesquiera disposiciones internas contrarias, aunque deriven del ejercicio de competencias regionales.

En lo que concierne al Derecho comunitario originario, la postura de la Corte Constitucional, basada en la interpretación dada al artículo 11 de la Constitución italiana, antes destacada, también resguarda para sí una cierta parcela del control de la compatibilidad entre el Derecho comunitario y el Derecho interno —mediante la posibilidad de enjuiciar la norma de ratificación—, que rellena el vacío derivado de la falta de una cláusula específica y detallada sobre el proceso de integración, a ejemplo del artículo 24 de la Constitución alemana o del artículo 88.1 de la Constitución francesa.⁶⁰³ Cabe resaltar, por otro lado, el reconocimiento, por parte de la Corte Constitucional, del papel de la jurisdicción comunitaria en la defensa de derechos fundamentales y de la conformación del ordenamiento comunitario en conformidad con los cánones del Estado de Derecho y de la separación de poderes, lo que, de acuerdo con el entendimiento de la Corte, hace improbable la posibilidad de un conflicto entre disposiciones de los Tratados fundacionales y la Constitución.⁶⁰⁴

⁶⁰³ Marta Cartabia y Joseph Weiler destacan este contexto: “Mentre molti altri Stati membri hanno provveduto ad introdurre specifiche norme costituzionali per delineare le condizioni per la partecipazione alla costruzione comunitaria, vuoi in occasione della loro adesione, specie se avvenuta in epoca successiva alla nascita delle Comunità, vuoi in occasione della ratifica del trattato di Maastricht sul l'Unione europea, in Italia de evoluzioni del sistema comunitario sono sempre state ricondotte all'ombra dell'art. 11 Cost. Né il legislatore, né la Corte costituzionale hanno finora ritenuto indispensabile una revisione costituzionale per accettare i significativi approfondimenti del vincolo comunitario che si sono verificati nel corso del tempo, pur riconoscendo esplicitamente che la partecipazione alla Comunità comporta deroghe e influenze sui principi costituzionali in vigori. Si è ritenuto e si ritiene tuttora che l'art. 11 Cost. fornisca una copertura sufficiente anche alla incidenza che le istituzioni comunitarie esercitano sul sistema costituzionale e che in quella stessa norma costituzionale si possano individuare i limiti alle incidenze comunitarie sul sistema costituzionale (...)” (CARTABIA, M.; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 134, 135).

⁶⁰⁴ Cartabia y Weiler afirman que el tono amistoso de la retórica de la Corte, sobretodo en la Sentença Frontini, revela que la aplicación de la doctrina de los contralímites se caracteriza como una medida extrema, a fin de proteger el ordenamiento de una aplicación del

Sin embargo, en conformidad con el raciocinio de la Corte Constitucional, a pesar de la apertura proporcionada por el artículo 11 de la Carta Magna italiana, habría una esfera material que serviría de parapeto a la primacía del Derecho comunitario y a cualquier interpretación que de él se haga.⁶⁰⁵ Esta limitación estaría constituida por lo que la Corte Constitucional llama “principios constitucionales fundamentales” y “derechos inviolables de la persona”, acerca de los cuales no es posible encontrar una delimitación en la Constitución o una comprensión doctrinal homogénea, de modo que su contenido y naturaleza, aunque susceptibles de una comprensión parcial, quedan sujetos a la enunciación casuística por parte de la Corte Constitucional.⁶⁰⁶

Derecho Comunitario que, en un supuesto en todo caso improbable, contrarie principios constitucionales fundamentales y derechos inviolables del ser humano: “(...) Seguendo le considerazioni contenute nella sentenza del 1973, sembra che la riserva dei 'controlimiti' sia stata concepita come strumento da estrarre come extrema ratio per contrastare eventuali orientamenti antidemocratici del sistema comunitario, tali da giustificare la dichiarazione di incostituzionalità della intera legge di esecuzione del trattato e tali quindi da provocare la revoca dell'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Anche il tono utilizzato nella decisione lascia intendere che la Corte nel 1973 si riferiva ad ipotesi estreme ed eccezionali: la Corte parla infatti di una improbabile ipotesi in cui venga data al trattato una aberrante interpretazione tale da provocare pregiudizio ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o ai diritti inalienabili della persona.” (CARTABIA, M.; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 170).

⁶⁰⁵ Acerca de esta limitación a la apertura que efectúa el Art. 11, Paola Mori destaca: “En efecto, es necesario entenderse sobre el alcance del artículo 11 de la Constitución. Si es cierto que contiene una 'autorización preventiva' a la asunción de limitaciones a la soberanía en favor de las organizaciones internacionales entre cuyas finalidades prevalecen las de la conservación de la paz y del bienestar entre las naciones, no parece posible mantener, sin embargo, que estas limitaciones puedan determinar una alteración radical de los equilibrios constitucionales internos. En otros términos, las limitaciones de soberanía que autoriza tal artículo pueden implicar muy bien la atribución de determinadas competencias estatales a la Comunidad — en cuanto expresión de la cooperación internacional institucionalizada — pero hay que preguntarse si pueden llegar hasta consentir que la actividad de la Comunidad cause una alteración indebida de los equilibrios constitucionales exclusivamente internos.” (MORI, P. Op. cit., 1985, p. 696).

⁶⁰⁶ En este sentido, Cartabia y Weiler destacan: “La Costituzione non enuncia esplicitamente quali siano i principi e i diritti fondamentali sottratti a ogni modifica e deroga, né una elencazione esplicita ed esaustiva di tali principi e diritti è reperibile nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che fino ad oggi ha avuto occasione di riconoscere la qualifica di diritto inviolabile, nel senso forte di cui ragiona in queste pagine, al solo diritto di difesa e alla tutela giurisdizionale, protetto dall'art. 24 della Costituzione. Quanto alla dottrina, bisogna riconoscere che i diversi autori sono giunti a risultati parzialmente diversi gli uni dagli altri: alcuni menzionano tutti i diritti fondamentali protetti dalla Costituzione italiana, ai quali aggiungono la forma repubblicana, esplicitamente sottratta a revisione costituzionale dall'art. 139 Cost., e la struttura regionale dello Stato; altri aggiungono la rigidità della Costituzione; altri ancora annoverano il pluralismo, l'indipendenza della magistratura, il suffragio universale, eguale, libero e segreto; altri sottolineano il principio personalista, il pluralismo, il principio democratico, il principio garantistico e l'apertura sovranazionale dello Stato. (...) Tuttavia di fronte ai margini di incertezza che permangono, si produce l'effetto di esaltare il ruolo della Corte costituzionale, interprete privilegiato e custode dei principi costituzionali, anche nella identificazione e nella determinazione del contenuto dei 'controlimiti'.” (CARTABIA, M.; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 172, 173). Alfonso Celotto y Tania Groppi resaltan la naturaleza doctrinal y jurisprudencial de esta construcción: “En ausencia de disposiciones constitucionales explícitas, han sido la

No obstante, en el caso de un roce normativo semejante que recaiga sobre tales disposiciones constitucionales, la Corte no duda en dejar patente su disposición de controlar la legitimidad no sólo del Derecho comunitario derivado sino también del Derecho comunitario originario ante la Constitución italiana. En este sentido, cabe destacar que a pesar de sucintos cambios en la retórica de la Corte, desde la sentencia Frontini hasta la sentencia Fragd, siempre destacó la posibilidad de ejercer tal control en tales circunstancias.⁶⁰⁷ En esa última decisión, en especial, la Corte Constitucional enfatiza, incluso, la inexistencia de cualquier garantía de plena y exhaustiva compatibilidad entre la supuesta tradición constitucional de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea —presupuesto a partir del que el Tribunal de Justicia Europeo erige su jurisprudencia en pro de la garantía de los derechos fundamentales— y la Constitución italiana. De modo que nunca se podría prescindir de forma definitiva de la posibilidad de llevar a cabo un atento control de la compatibilidad entre el Derecho comunitario originario y la Carta Magna italiana, por parte de la Corte Constitucional.⁶⁰⁸ Este control, competencia

doctrina y la jurisprudencia constitucional las que han debido buscar fatigosamente una reconstrucción compatible con el modelo constitucional, a través de la (ingeniosa) individuación de una cobertura constitucional para dichas leyes en las 'limitaciones de soberanía, permitidas por el art. 11 de la Constitución y la paralela formulación de una teoría de los 'contralímites', entendiendo como tales los límites a estas limitaciones de soberanía, deducidos y explicados implícitamente desde el ordenamiento." (CELOTTO, A.; GROPPi, T. Op. cit., 2005, p. 325).

⁶⁰⁷ Es oportuno destacar aquí la concepción opuesta que defiende Giorgio Gaja, según la cuál la Sentencia Fragd representa más que un simple matiz de una sólida postura de la Corte Constitucional. Gaja entiende que la aplicación casuística de dispositivos de la Constitución italiana en cuanto principios que sirven como parámetro del control de constitucionalidad de normas comunitarias, que concretiza esta decisión, aunque de forma hipotética, provoca una ampliación sustancial de la posibilidad de control de constitucionalidad que de hecho defiende la Corte Constitucional desde la sentencia Frontini: "In Fragd the Constitutional Court referred to Article 24 of the Constitution, which concerns judicial protection, but similar arguments could be developed with regard to other principles in the Constitution that the Court considers as equally fundamental. This is not a simple repetition of the line traditionally held since Frontini. Unlike Frontini, the Fragd decision shows that the Constitutional Court is willing to test the consistency of individual rules of Community law with the fundamental principles for the protection of human rights that are contained in the Italian Constitution. This significantly widens the way for the exercise by the Constitutional Court of a control which has hitherto been only theoretical." (GAJA, Giorgio. *New Developments in a Continuing Story: the Relationship Between EEC Law and Italian Law*. In: *Common Market Law Review*, vol. 27, 1990, Leyden: Kluwer Academic Publishers, p. 95).

⁶⁰⁸ Respecto a esta postura, asumida en la Sentença Fragd, Cartabia y Weiler afirman: "Mentre nei casi precedenti la Corte sembrava ipotizzare una dichiarazione di icostituzionalità dell'intera legge di esecuzione del trattato, nella decisione del 1989 essa istituisce un controllo di costituzionalità su qualsiasi norma del trattato così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni comunitarie. Attraverso questa diversa 'sfumatura' la Corte, correggendo le sue precedenti statuizioni con le quali dichiarava di non voler esercitare il controllo di costituzionalità sui singoli atti comunitari, in realtà si pone in condizione di esercitare un controllo permanente sulla costituzionalità di ogni atto comunitario. Il controllo di legittimità esercitato dalla Corte secondo la sentenza n. 232 del 1989, ha cambiato oggetto, rispetto a quello ipotizzato

ineludible de la Corte Constitucional, cuando sea necesaria, se ejercería mediante el enjuiciamiento de las normas internas de ratificación de tales Tratados.

La primacía del Derecho comunitario, en el sistema italiano, es asimilada gracias a una interpretación constitucional amparada en el contenido del artículo 11, que hace posible su desarrollo junto con el principio de eficacia directa y el de plena aplicabilidad del Derecho comunitario derivado, sin, pese a ello, prescindir definitivamente de la competencia de la Corte Constitucional para decidir sobre la compatibilidad entre los ordenamientos, aunque sea por medio de la declaración de inconstitucionalidad de una norma interna que obstaculice el pleno desarrollo normativo de las obligaciones comunitarias del Estado italiano;⁶⁰⁹ aunque la norma interna derive del ejercicio de competencias

precedentemente: la Corte non pretende più soltanto di svolgere un controllo, necessariamente di carattere eccezionale, sul rispetto delle condizioni di costituzionalità dell'adesione dell'Italia alla Comunità europea, ma si riserva la possibilità di svolgere un ordinario controllo di legittimità costituzionale del diritto comunitario, anche se in riferimento ai soli principi e diritti fondamentali della Costituzione. In breve, i 'controlimiti' concepiti all'origine come condizioni delle limitazioni di sovranità divengono una limitazione al primato del diritto comunitario." (CARTABIA, M.; WEILER, J. Op. cit., 2000, p. 171, 172). Alejandro Saiz Arnaiz, a pesar de señalar una tendencia conciliatoria que permea la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la sentencia Frontini hasta la sentencia Granital, también destaca este cambio de tono en la sentencia Fragd: "En Italia, la Corte Costituzionale, en el conocido como caso Granital (...) mantiene en sustancia su doctrina Frontini, reconociendo la primacía del Derecho Comunitario al tiempo que se anuncia como 'improbable' la vulneración por el mismo de los principios constitucionales fundamentales o de los derechos inalienables de la persona. Una actitud sustancialmente reafirmada en el [sic] Sentencia Fragd, de 21 de abril de 1989, en la que más bien parece ponerse en tela de juicio la primacía hasta entonces incuestionada." (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005, p. 552).

⁶⁰⁹ Acerca de esta específica y peculiar reserva de competencia que forja la Corte Constitucional, Paola Mori señala su intención de asumir la tarea de decidir con exclusividad en casos de gran relevancia política: "En realidad, la conclusión que parece más fundada es que (...) el Tribunal había querido reservarse no obstante todo, y más allá de cualquier distinción formal, la competencia para decidir sobre aquellos casos en los que el conflicto entre derecho interno y derecho comunitario tuviera un valor político institucional mayor, dejando en cambio a los jueces ordinarios la tarea de resolver ellos mismos todos los aspectos de menor relieve del conflicto." (MORI, P. Op. cit., 1985, p. 697). Un contrapunto a esta postura ofrece Alejandro Saiz Arnaiz, respecto a la Decisión 286-1986 de la Corte Constitucional: "La doctrina italiana estaba de acuerdo en considerar, al menos hasta ese momento, que las vulneraciones del Derecho comunitario a las que se refería la sentencia Granital de 1984 eran sólo las 'macroscópicas'; las que impedirían el respeto a los Tratados 'in via generale'; o las que fueran el resultado de leyes 'que evidente e inequívocamente quieren impedir la aplicación del derecho comunitario [...], de leyes que configuran una rebelión del legislador nacional'. Y, sin embargo, la alta Corte italiana consideró en esta ocasión, al admitir la cuestión de inconstitucionalidad que luego rechazaría en cuanto al fondo, que también la conculcación de unas disposiciones singulares (...) del orden comunitario podía ser susceptible de control por su parte, produciéndose de este modo 'una mal ocultada equiparación de las leyes internas contrarias al derecho comunitario con las leyes que tienden a la remoción de las limitaciones de soberanía aceptadas mediante la ejecución del Tratado CEE'. Se abrían así las puertas a una aplicación de las posibilidades de control por parte de la Corte Constitucional del respeto por las leyes nacionales al ordenamiento comunitario." (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 1995, p. 576,

regionales. Por otro lado, como sería de esperar, tanto con relación al Derecho comunitario derivado como al originario, la Corte Constitucional no prescinde de establecer límites y de afirmar su competencia cuando éstos estén franqueados por normas comunitarias o por cualquier interpretación efectuada a partir de ellas.

En términos puramente jurídicos, podemos afirmar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se refiere a la relación entre Derecho comunitario y Derecho interno, revela una faceta problemática al imponer de forma continua, aunque matizada a lo largo de los años, un obstáculo al pleno alcance del principio de primacía, según lo entiende el Tribunal de Justicia Europeo.⁶¹⁰ En efecto, no se puede deducir una revolución copernicana a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A pesar del dualismo profesado al abordarse la incidencia de normas comunitarias sobre el ordenamiento interno, el centro de gravedad de esta relación sigue siendo, en Italia, la Constitución. Es verdad que el proceso de integración europea no depende de ella para existir, aunque la inclusión de Italia en dicho proceso sólo continúa siendo posible a partir del contenido de la Constitución y en estricta conformidad con ciertas disposiciones o con determinadas interpretaciones que sobre ellos pueda llevar a cabo la Corte. La falta de un enfrentamiento directo entre la Corte Constitucional y el Tribunal de Justicia no es ningún consuelo para las posturas comunitaristas más radicales. La centralidad normativa sigue descansando en la Constitución, aunque todo y cualquier desarrollo normativo comunitario se haga, en verdad, al margen de ella. La integración europea es una realidad en Italia por voluntad del Constituyente, insculpida en el texto constitucional, aunque en la Constitución italiana no haya una cláusula europea a semejanza de las existentes en constituciones, como la alemana o la francesa, y se articule en función de una disposición, desde todas las

577).

⁶¹⁰ Adelina Adinolfi destaca este carácter problemático: "The review of a Treaty provision, or of an act of the institutions, in order to verify their conformity with fundamental principles granted by the Italian Constitution appears to be highly problematic in the Community law perspective. If the Court reaches the conclusion that a Community norm is not compatible with these principles, one may assume that the norm could not be applied in Italy; this would normally imply a violation on the part of Italy of its obligations under EC Law." (ADINOLFI, A., Op cit., 1998).

perspectivas, completamente dissociada, en su origen, de lo que vendría a ser la realidad que se vive en la actualidad en el proceso de integración.⁶¹¹

La construcción de la teoría de los contralímites enfrenta de forma inequívoca la Corte Comunitaria al Alto Tribunal italiano, sin embargo, al mismo tiempo, hace posible una dinámica de diálogo derivada de la naturaleza política contenida en sentencias como *Frontini*, *Granital* o *Fragd*. Esta dinámica dialógica puede deducirse de la inexistencia de una decisión, por parte de la Corte Constitucional, que establezca un *impasse* normativo en lo que concierne a la relación entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno, aunque el presupuesto del que parta, es decir, la centralidad del artículo 11 de la Constitución italiana como fundamento de esta relación, favorezca tal *impasse*. En este sentido, Alfonso Celotto y Tania Groppi resaltan, con precisión, que la finalidad de la Corte Constitucional parece ser “(...) más bien la (...) de mantener siempre y de cualquier modo alguna posibilidad de interactuar con el ordenamiento comunitario, no tanto mediante pronunciamientos prescriptivos y vinculantes, sino mediante intervenciones de un alcance esencialmente monitorio y con fines de cooperación, orientados tanto a los órganos comunitarios como a los jueces y a los operadores nacionales.”⁶¹²

El esfuerzo para adecuar a la Constitución italiana la radicalización del proceso de integración está continuamente verificándose. En este proceso, la rigidez derivada del carácter jurídico de la Constitución tiene que dialogar con la flexibilidad y el pragmatismo resultante de la predominante faceta política del proceso de integración. La jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y, en especial, de la Corte Constitucional italiana, junto con la

⁶¹¹ En este sentido, Francesca Astengo destaca: “Despite the fact that, in the beginning, the declared aim of the European Communities was purely economic, there was no doubt that they would fall within such a category. Thus, article 11, which was originally conceived in view of Italy's participation in the United Nations, has been used first by the Parliament and then by the Constitutional Court as the constitutional 'door of access' for Europe into the national system. However, the utilisation of an already existing norm as opposed to either the introduction of a new ad hoc norm in the Constitution, specifically designed for the European Communities, or else the adoption of a constitutional statute to implement the Community Treaties has been the origin of the difficulties in dealing with the European phenomenon from the Italian standpoint.” (ASTENGO, Francesca. The Europeanisation of the Italian Constitutional Court. In: *Journal of European Integration*, vol. 26, N.º 2, June, 2004, p. 126)

⁶¹² CELOTTO, A.; GROPPPI, T. Op. cit., 2005, p. 330, 331.

jurisprudencia do Tribunal de Justicia Europeo representa la gramática de este diálogo.

Por último, del análisis de la jurisprudencia de la Corte italiana no se puede deducir que haya margen siquiera para imaginar un Poder Constituyente europeo. El supuesto Poder Constituyente por detrás de la expansión constitucional europea, en Italia, es el mismo Poder Constituyente por el que se engendró la Constitución nacional. Por otro lado, aunque sea verdad que Corte Constitucional admite la primacía de normas comunitarias, incluso sobre disposiciones constitucionales, falta saber cuando la tensión existente entre un proceso de integración, que cada día se vuelve más complejo y radical, y las disposiciones de la Constitución italiana pondrá en evidencia la necesidad de abrir un diálogo normativo constante entre la relación ordenamiento comunitario/ordenamiento interno y la reforma constitucional.

3.5. La contribución española

3.5.1. Aspectos introductorios

La forja de contralímites por parte del Tribunal Constitucional español carece de una profundidad y un impacto similares a los que encontramos en las manifestaciones similares llevadas a cabo en Alemania, Italia o, incluso, en Francia. La contribución española al desarrollo de contralímites, no obstante, está marcada por peculiaridades presentes en el sistema constitucional introducido en el país en 1978.

Dos ámbitos de esta Constitución merecen un rápido destaque antes de adentrarnos en el análisis de las principales decisiones del Tribunal Constitucional español, acompañadas de los respectivos dictámenes del Consejo de Estado. El primero de ellos se refiere al margen de apertura que la Carta Magna española da a la esfera comunitaria. Este margen se expresa en

el Capítulo III del Título III de la Constitución de 1978, que contiene las disposiciones relativas a los tratados internacionales. Entre estas disposiciones destacan dos que suscitan curiosidad. La primera es el artículo 93, que autoriza, mediante ley orgánica, la cesión del ejercicio de competencias a organizaciones o instituciones internacionales. La forja de este artículo se llevó a cabo “(...) con la mirada puesta en la integración de España en Europa.”⁶¹³ Se sigue, por tanto, un modelo normativo ya consolidado en las constituciones de los Estados que entraron a formar parte de las Comunidades Europeas antes de 1992.⁶¹⁴ Mediante esta disposición se abre la Constitución a una dimensión internacional y, más precisamente, a una dimensión comunitaria, puesto que consta en la Carta Magna la posibilidad que el conjunto normativo supraestatal, filtrado formalmente por mecanismos internos y sin necesidad de revisión constitucional, incida en el orden interno. La otra disposición que suscita interés es el artículo 95, que exige la reforma previa de la Constitución para poder celebrar un tratado que sea incompatible con ella, para ello se faculta el

⁶¹³ GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. 2. Ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 1328.

⁶¹⁴ Es oportuno señalar que, antes del Tratado de Maastricht y de las subsecuentes ampliaciones de la Unión Europea, 91% de las constituciones escritas de los Estados Miembros contenía una disposición que autorizaba la cesión de competencias o derechos de soberanía a instituciones o organizaciones internacionales. Solamente la Constitución irlandesa silenciaba acerca del tema. Respecto a esta tendencia del constituyente español en favor de la adopción de este sistema, Araceli Mangas Martín destaca: “El legislador constitucional tuvo muy en cuenta las Constituciones de algunos Estados miembros (Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, Holanda, etc) a fin de prever un sistema análogo de cesión del ejercicio de soberanía. La técnica de nuestro art. 93 sigue el sistema mayoritario basado en la previsión de la atribución de ámbitos constitucionales en favor de las Comunidades Europeas.” (MANGAS MARTÍN, Araceli. Los tratados internacionales (Arts. 93 a 96 de la CE). Especial referencia a la ciudadanía europea. In: *Revista de Derecho Político*, N.º 36, Universidade Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992, p. 422). Asimismo, señala Pablo Pérez Tremps: “Los cambios en las formas de relación entre las distintas naciones no sólo han influido en la labor doctrinal del Derecho Constitucional de este siglo, sino que han encontrado reflejo en los propios textos fundamentales europeos. Si la Constitución, en una de sus concepciones tradicionales, es la norma básica del Estado, en cuanto tal, se ha hecho eco expresamente de la modificación que éste ha sufrido, abriendo las puertas a la superación misma de sus fronteras. La mayoría de las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial reflejan este hecho. Al margen de otro tipo de enunciados, son de destacar aquí los preceptos que, mediante un sistema u otro, permiten la incorporación del respectivo Estado a organizaciones supranacionales, constitucionalizando un auténtico 'poder de integración'. La mayoría de estas previsiones han sido diseñadas con ese fin; algunas, en cambio, aunque pensadas en términos de relaciones internacionales generales, han servido para amparar procesos de integración: es el caso del Preámbulo de la Constitución francesa y del art. 11 de la Constitución italiana. La Constitución española, con independencia del mayor o menor acierto técnico y político en la regulación de los aspectos internacionales, manifiesta la necesidad de apertura hacia nuevas formas de relaciones internacionales en diversos pasajes. (...) Como concreción de este principio general, y siguiendo la línea del constitucionalismo europeo anteriormente descrita, dedica su art. 93 a regular la posibilidad de la integración española en entes supranacionales.” (PÉREZ TREMP, Pablo. *Constitución española y Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 1994, p. 24-25).

Gobierno o a las Cámaras para requerir una declaración del Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de tal incompatibilidad. Este artículo posibilita un control de constitucionalidad del contenido de los tratados sin defraudar las obligaciones internacionales del Estado español. En este caso, no se niega la posibilidad de que el contenido de una norma internacional sea contrario a la Constitución. No obstante, para evitar el *impasse* generado por una situación en la que la supuesta autorización para celebrar un tratado se viera invalidada por una declaración de inconstitucionalidad, *a posteriori*, se transfiere este control jurídico a una etapa previa a la referida celebración, que exige la reforma de la Constitución a fin de preservar el principio de supremacía. En este sentido, de este artículo “(...) se deduce que el tratado tiene inferior rango a la Constitución, ocupando, por tanto, una posición intermedia entre ésta y la ley.”⁶¹⁵

Es precisamente en este punto que se destaca el otro ámbito que merece nuestra atención: el de la reforma de la Constitución. La Constitución española prevé una compleja sistemática de modificación de su texto. El tema se dispone en el Título X. La regulación sobreviene, en un primer momento, en virtud de las disposiciones establecidas en los artículos 166 a 169. Sin embargo, inmediatamente, se hace referencia a los párrafos 1 y 2, del artículo 87, que hace posible constatar los órganos que tienen el poder de iniciativa de reforma constitucional.⁶¹⁶

Acto seguido, se establecen dos procedimientos distintos para modificar el texto constitucional. Ambos tienen carácter puramente formal, es decir, en términos textuales no es posible concluir que haya limitaciones de carácter material al poder de reforma en el sistema constitucional español. El primero de estos procedimientos se encuentra plasmado en el artículo 167,⁶¹⁷ que

⁶¹⁵ GARRIDO FALLA, F. Op. cit., 1985, p. 1344.

⁶¹⁶ Constitución Española, Art. 166: “La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87”; Art. 87. 1. “La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras; Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargada de su defensa.”

⁶¹⁷ Constitución española, Art. 167. 1. “Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por

establece un rito que somete el proyecto de reforma a la aprobación del Congreso de los Diputados y del Senado, con exigencia de un quórum de tres quintos, en cada Cámara. En caso de disenso, se creará una Comisión para intentar la composición, que presentará un texto que debe votarse de nuevo. Si permanece el *impasse*, se considerará aprobado con la aquiescencia de la mayoría absoluta en el Senado y la mayoría de 2/3 en el Congreso. Al final, aún existe la posibilidad de sujetar el proyecto de reforma constitucional a un referendo facultativo.⁶¹⁸

Por otro lado, el artículo 168,⁶¹⁹ de la Constitución española prevé un segundo procedimiento, aún más dificultoso, aplicable a la revisión total de la Constitución, o a la de carácter parcial, cuando afecte al Título Preliminar, a los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, o a la Corona. En este caso, la aprobación del proyecto de reforma estará sujeta a una aprobación inicial de dos tercios de cada Cámara y su subsiguiente ratificación, intercaladas por una disolución de ambas Cámaras. A esta etapa sigue el estudio del texto del proyecto de reforma y la aprobación final de su contenido por dos tercios de los miembros de ambas Cámaras, para, a continuación, someterlo a un referendo, para su ratificación. El procedimiento del artículo 168 presenta una rigidez impar; así, es bastante justificable la observación de Pedro de Vega, cuando afirma que el "(...) mecanismo es tan complejo y

el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras."

⁶¹⁸ Respecto a este referéndum, Pedro de Vega destaca: "Primero, que porque el referéndum no es obligatorio, es perfectamente lógico admitir la posibilidad de reformas constitucionales sin ratificación popular. La reforma aparece entonces como una operación llevada a cabo exclusivamente por las Cámaras(...) En segundo lugar, es igualmente incuestionable que, porque el referéndum no actúa de elemento legitimador, su única función es de garantía. Con él se intenta proteger a las minorías frente a posibles e hipotéticos abusos de las mayorías parlamentarias, que encontrarán en l'appel au peuple el freno más efectivo a cualquier veleidad de convertirse en poder constituyente y soberano." (DE VEGA, P. Op. cit., 1985, p.144, 145).

⁶¹⁹ Constitución española, Art. 168. 1. "Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo 2º, Sección 1ª del Título I o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación."

políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás.”⁶²⁰

La complejidad de ambos procedimientos de reforma consagrados en la Constitución española traduce una cierta resistencia a la modificación del texto constitucional por razones que no corresponde aquí sugerir.⁶²¹ Pero que las causas, los efectos de esta resistencia son pasibles de comparación, sobre todo, cuando se percibe que tras veintinueve años, sólo se efectuó una alteración en la Constitución, con relación al derecho de sufragio pasivo, que contiene el artículo 13.2, como veremos a continuación. Esa modificación fue el resultado de una incompatibilidad entre disposiciones que formarían parte del Tratado de Maastricht y el texto promulgado en 1978. En este trabajo, nuestro análisis de la contribución del Tribunal Constitucional a la forja de contralímites se circunscribe a la Sentencia n.º 28/1991, de 14 de febrero de 1991 y a las dos declaraciones (DTC 1/1992 y DTC 1/2004) emitidas en conformidad con lo previsto en el artículo 95.2. En estas decisiones se puede vislumbrar la posición adoptada por este órgano en lo que concierne a la relación directa e indirecta entre el Derecho comunitario y la Constitución española.

⁶²⁰ DE VEGA, Pedro. Op. cit., 1985, p. 148.

⁶²¹ Acerca de este aspecto de la Constitución española, el Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma: “Certamente, não se pode dizer que a única reforma produzida até agora, exigida pela ratificação do Tratado da União Européia, e que só afetou um preceito constitucional seja prova da capacidade de adaptação formal, via reforma, da Constituição às necessidades constitucionais da sociedade. No sistema constitucional espanhol, a reforma sempre foi evitada: em tempos de instabilidade política as reformas não são promovidas devido a esta instabilidade. Em tempos de estabilidade não são promovidas para não provocar instabilidade. Todas as soluções tentadas para fazer frente aos problemas de ordenação constitucional parecem ter como inspiração essencial a vontade de evitar a reforma constitucional para não se abordar novamente o pacto constituinte (especialmente no que se refere à estrutura territorial do Estado). No entanto, por esta via, a normatividade da Constituição acaba se debilitando e o pacto constituinte passa a ser abordado de maneira permanente no processo político. Não parece que esta tendência vá se modificar no futuro imediato. O déficit constitucional terá que se resolver, enquanto for possível, mediante a intervenção do Tribunal Constitucional u através de pactos políticos.” (BALAGUER CALLEJON, F. Op. cit., 2008, En prensa, Brasil)

3.5.2. La Sentencia n.º 28/1991 y la Declaración 1/1991

I. La Sentencia n.º 28/1991

La sentencia dictada el 14 de febrero de 1991, en el Recurso de Inconstitucionalidad n.º 852/1987, exterioriza la primera manifestación del Tribunal Constitucional en lo que se refiere a la relación entre el Derecho comunitario y la Constitución, que precede a las dos declaraciones a las que dedicaremos atención más adelante. El referido recurso fue promovido por el Parlamento Vasco contra los artículos 211.2, “d” y 214, que introducía la Ley Orgánica n.º 1/1987, de 2 de abril, para regular las elecciones al Parlamento Europeo, en la Ley Orgánica n.º 5/1985 de 19 de junio, que regulaba el Régimen Electoral General (LOREG). Las referidas disposiciones legales prescribían la incompatibilidad entre la ocupación simultánea de los cargos de diputado europeo y miembro de asambleas legislativas de comunidades autónomas y la delimitación del territorio nacional como circunscripción para la elección de diputados del Parlamento Europeo.⁶²²

Según el recurrente, el estado de flagrante contradicción entre las disposiciones cuestionadas y el artículo 5 de la Decisión 76/787/CECA, CEE, EURATOM, del Consejo de las Comunidades Europeas —que, aunque autorizara la fijación de criterios internos de incompatibilidad mientras no se hubiera creado un sistema electoral uniforme, permitía el mandato doble— vulneraba los artículos 93, 96.1 y 9.1 de la Constitución de 1978. Ya que la adhesión española a las Comunidades Europeas había implicado la obligación de recibir el Derecho comunitario derivado, incluida la decisión, como forma

⁶²² Ley Orgánica 2 de Abril 1987, núm. 1/1987 (Jefatura del Estado). ELECCIONES-PARLAMENTO EUROPEO. Modificación de la Ley Orgánica 19 de junio 1985, del Régimen Electoral General. “(...) TITULO VI, (...) CAPITULO II, Artículo doscientos once: 1. Las causas de inelegibilidad de los Diputados al Parlamento Europeo lo son también de incompatibilidad. 2. Son también incompatibles: (...) d) Quienes sean miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. (...) Artículo doscientos catorce: La circunscripción para la elección de los Diputados del Parlamento Europeo es el territorio nacional.” (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 3 de abril de 1987 (número 80), In: ARANZADI, Repertorio Oficial de Legislación. Pamplona: Aranzadi, 1987, p. 883).

normativa, y dado que al Gobierno y a las Cortes se les encomendó la garantía de cumplimiento del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas y de las normas que de ellas emanan, en los términos del artículo 93 de la Constitución de 1978, y considerando que la propia Constitución regulaba de forma genérica, en el artículo 96.1, la introducción, en el orden interno, de normas de naturaleza exterior que, por fuerza del contenido del artículo 9.1, sometían a los sujetos de los poderes públicos, se generaba un marco de inconstitucionalidad derivada, resultante no del enfrentamiento directo entre los artículos 211.2, “d” y 214, introducidos por la Ley Orgánica n.º 1/1987, y la Constitución, sino de la contradicción entre una norma comunitaria y una norma interna, lo que supuestamente afectaba, indirectamente, las disposiciones constitucionales destacadas.

La naturaleza indirecta de la supuesta inconstitucionalidad entonces suscitada no pasó desapercibida para el Tribunal Constitucional. En los fundamentos jurídicos de la sentencia en la que se desestima el recurso, la Corte delimita, con precisión, la pretensión del recurrente, al indicar, con propiedad, que para admitir tal argumento sería imperativo entender que el artículo 5 del Acta Electoral Europea integraba el corpus constitucional aplicable al caso, puesto que sólo así sería posible deducir su capacidad de condicionar, aunque indirectamente, la norma cuestionada y, por consiguiente, la justificación del examen de la supuesta incompatibilidad, por parte de la Corte. Esta premisa es precisamente la que se rechaza de forma vehemente. Al destacar la naturaleza de principio dispositivo tanto del artículo 96.1 como del artículo 93 de la Constitución de 1978 que, según el Parlamento Vasco, estarían siendo infringidos, el Tribunal Constitucional deslinda el contenido normativo de este último y delinea su triple naturaleza.⁶²³

⁶²³ “(...) a) la celebración de determinado tipo de tratados internacionales sólo podrá autorizarse mediante ley orgánica; b) dichos tratados son aquellos 'por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución', y c) 'la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión' corresponderá, según los casos, a las Cortes Generales o al Gobierno.” (Sentencia 14 de febrero 1991. (Pleno.) Recurso de inconstitucionalidad núm. 852/1987. Ponente: Don Jesús Leguina Villa. B.O.E de 15 de marzo 1990, In: ARANZADI. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Tomo I. Pamplona: Aranzadi, 1991, p. 317).

El Tribunal Constitucional, no obstante, niega que por fuerza del contenido del artículo 93, las normas de Derecho comunitario europeo hayan adquirido cualidades típicas y exclusivas de normas constitucionales, o que su incompatibilidad con normas internas españolas suscite la contradicción con aquella disposición constitucional. Esta imposibilidad se impone pese a la vinculación de España al Derecho originario y derivado de las Comunidades Europeas a partir de su adhesión en virtud del Tratado firmado el 12 de junio de 1985 y ratificado por autorización de la Ley Orgánica n.º 10/1985, de 2 de agosto, así como, pese al reconocimiento, por parte del Tribunal Constitucional, de los atributos que Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas otorga al Derecho comunitario en la sentencia *Costa vs. E.N.E.L.*⁶²⁴ Cabe señalar que el reconocimiento de las cualidades que atribuye el Tribunal de Justicia Europeo al ordenamiento comunitario será posteriormente ampliado por el Tribunal Constitucional en la STC 130/1995, de 11 de septiembre.⁶²⁵

El raciocinio del Tribunal Constitucional todavía es más amplio y, partiendo de la premisa de que la apertura autorizada por el contenido orgánico-procedimental del artículo 93 representaba, en última instancia, la inequívoca expresión de la soberanía estatal, como fundamento de la vinculación española al proceso de integración europeo y, por tanto, fuente de validez formal de un determinado tipo de tratado, roza la admisión de la posibilidad de un eventual control de constitucionalidad de tales tratados, frente

⁶²⁴ “En resumidas cuentas, a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual — por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas — constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (Sentencia *Costa/E.N.E.L.*, de 15 de julio de 1964). Ahora bien, la vinculación señalada no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 de la Constitución.” (ARANZADI. Op. cit., 1991, p. 317).

⁶²⁵ En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional: “(...) ha de tenerse en cuenta que España es Estado miembro de las Comunidades Europeas desde el 1 de enero de 1986, de conformidad con las previsiones del art. 93 CE y, por tanto, sujeto a las normas del ordenamiento comunitario que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas, como así se ha declarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias de 5 de febrero de 1963, en el asunto *Van Gend and Loos* y de 15 de julio de 1964, asunto *Costa contra ENEL*) y ha sido reconocido por este Tribunal SSTC 28/1991 (...), entre otras.” (PULIDO QUECEDO, Manuel. *La Constitución española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2. ed., Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 1347).

al artículo 93.⁶²⁶ Sin embargo, la contradicción sobrevenida entre la legislación nacional y el ordenamiento comunitario, sobre todo en el caso en cuestión, no atendería a requisitos para justificar ese tipo de control, pues este “enredo” normativo escaparía tanto al objeto como al contenido del artículo 93.⁶²⁷ En último término, no cabría suscitar que esta disposición constitucional fuera vulnerada por la configuración de tal incompatibilidad. Ni siquiera con relación a su inciso final, según la Corte, sería posible vislumbrar tal vulneración, con lo que establece la diferencia entre ésta y la garantía de cumplimiento del Tratado de Adhesión y del Derecho comunitario europeo.⁶²⁸

⁶²⁶ “Este precepto [Art. 93] constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma — instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato — expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, de índole orgánico-procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 de la Constitución en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos.” Sentencia 14 de febrero 1991. (Pleno.) Recurso de inconstitucionalidad núm. 852/1987. Ponente: Don Jesús Leguina Villa. B.O.E de 15 de marzo 1990, In: ARANZADI. Op. cit., 1991, p. 317.

⁶²⁷ Posteriormente, como se puede verificar en la STC 64/1991, el Tribunal Constitucional afirmará su competencia para examinar la eventual relación entre normas internas y comunitarias que por casualidad haya provocado lesiones a derechos fundamentales, incidiendo, por tanto, indirectamente, sobre la constitucionalidad de estas últimas: “(...) La adhesión de España a las Comunidades Europeas no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como 'intérprete supremo de la Constitución' (art. 1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios, la atribución del 'ejercicio de competencias derivadas de la Constitución' (art. 93 de la CE). En efecto, la vinculación al Derecho comunitario — instrumentada, con fundamento en el art. 93 de la CE, en el Tratado de Adhesión — y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los arts. 53.2 y 161.1, b), de la CE. (...) En conclusión, pues, es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución” (STC 64/1991, de 22 de marzo (RTC 1991, 64). In: ARANZADI. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Tomo I. Pamplona: Aranzadi, 1991, p. 714).

⁶²⁸ “Así, en el caso que nos ocupa, producida la adhesión a las Comunidades Europeas mediante un Tratado de esta naturaleza, autorizado a través de la Ley Orgánica 10/1985, y una vez utilizado, por tanto, el mecanismo del art. 93, dicha norma constitucional no resulta afectada por la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional — estatal o autonómica — respecto del ordenamiento comunitario cuestión esta que escapa al objeto y contenido de esa norma. Ni siquiera el inciso final de este precepto constitucional podría servir de apoyo a tal afectación (...), ya que una cosa es la previsión de que las Cortes o el Gobierno garanticen el cumplimiento del Tratado de Adhesión y del Derecho comunitario europeo (...) y otra bien distinta que la infracción del Derecho comunitario europeo por leyes o normas posteriores al Tratado de Adhesión implique eo ipso la vulneración de dicho inciso final del art. 93 de la Constitución, pues, como ya se ha señalado, este precepto determina simplemente los órganos estatales a los que, según el tipo de actividad que demanda la puesta en práctica de las decisiones comunitarias, se encomienda la garantía del cumplimiento de la legislación comunitaria europea.” (*Ibidem*, p. 317, 318).

El Tribunal Constitucional analiza la supuesta vulneración indirecta también del artículo 96.1 de la Constitución y, así, aprovecha para reforzar su entendimiento acerca de la naturaleza infraconstitucional de las normas de Derecho comunitario originario o derivado. Niega que el contenido del artículo 96.1 suscite la integración de estas al canon de constitucionalidad que sirve de referencia a las leyes emanadas del Estado español. La Corte argumenta que, en verdad, esta disposición prevé la inserción de dichas normas en el ordenamiento interno, por lo que no cabría ver un marco de inconstitucionalidad de una ley o de cualquier otra disposición normativa posterior como resultado de su incompatibilidad con un tratado, en este caso sería tan sólo una cuestión de selección del Derecho aplicable al caso concreto, sin que se pueda, por tanto, aplicar la jurisdicción constitucional a un problema cuya resolución debería corresponder a los órganos judiciales en los litigios específicos de sus competencias.⁶²⁹ Ni siquiera en el caso de que el contenido de una ley infringiera derechos fundamentales, ante el mandamiento constitucional de interpretarlos a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales sobre idénticas materias ratificados por España, sería posible deducir que los tratados hubieran ganado cualidades constitucionales, pues, según destaca el Tribunal Constitucional, la supuesta contradicción seguiría entre la disposición constitucional que establece los parámetros interpretativos y la ley ordinaria; y no entre ésta y el tratado a través del que, con permiso constitucional, se interpreta el derecho subjetivo.⁶³⁰

⁶²⁹ “ (...) es evidente que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan que examinarse las leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 de la Constitución más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (...), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.” (*Ibidem*, p. 318).

⁶³⁰ “Problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse ‘de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España’ (art. 10.2 de la Constitución). Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o

II. La Declaración 1/1992

i. Los dictámenes del Consejo de Estado

La cuestión que ocupa el lugar central en esta manifestación del Tribunal Constitucional tiene su origen en los debates de la Conferencia Intergubernamental iniciada el 14 de diciembre de 1990. Como el aspecto central de esta CIG era revisar los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, con la subsiguiente ampliación del objeto del proceso de integración a una dimensión política, el tema de la ciudadanía europea aparecía como una de las principales cuestiones y se amparaba en la iniciativa formal de la delegación española, en esta CIG, de proponer su inclusión en los Tratados constitutivos, concretada el 20 de febrero de 1991. La Presidencia de la Conferencia abrazó esta propuesta mediante la elaboración de dos “non-papers” (Documento CONF-UP 1800/91 R/LIMITE y Documento CONF-UP 1807/91 R/LIMITE) en los que se preveía, entre otras cosas, el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en favor de ciudadanos de la Unión, en el Estado miembro en el que residieran, tanto en elecciones municipales como para el Parlamento Europeo. Esta previsión se introduciría posteriormente en el Tratado de Maastricht, en el artículo 8B. Sin embargo, el hecho era que esta disposición, aunque gozara de la posición favorable de España, era contraria a lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Constitución española, que rezaba: “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el sufragio activo en las elecciones municipales.” Ante esta situación el Ministerio de Asuntos Exteriores remitió una consulta al Consejo de Estado, dado que es el órgano consultivo del Gobierno, sobre la compatibilidad entre la previsión del sufragio activo y pasivo destacada y la Carta Magna y sobre la posibilidad de autorizar la celebración

libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional.” (*Ibidem*, p. 318).

de un tratado con un contenido nítidamente opuesto a una disposición constitucional con base en lo estipulado en el artículo 93.

Para emitir su posición, el Consejo parte de una breve referencia a los distintos procedimientos constitucionales para celebrar tratados por parte del Estado español, consagrados en los artículos 93, 94.1, 94.2 y 95 de la Constitución española. Específicamente con relación al artículo 93, el Consejo de Estado llama la atención sobre el hecho de que, aunque su razón de ser se deba a la previsión de adhesión de España a las Comunidades Europeas, la concreción de esta adhesión no supuso que tanto sus efectos como su relevancia se agotaran. Al mismo tiempo, destaca la naturaleza orgánica y evolutiva de la construcción europea, al destacar la dificultad de prever la forma definitiva que, con el tiempo, este proyecto adquirirá. Por ello, ante la constatación de que España había firmado el Acta Única Europea por medio de una autorización que contenía la Ley Orgánica 4/1986, a la luz del artículo 93 de la Carta Magna, y al considerar que esta disposición operaba originariamente la conexión entre la Constitución y la Comunidad Europea, el Consejo lo entiende como un medio idóneo para ampliar el ámbito de las competencias cuyo ejercicio se atribuyera a ésta, caracterizándolo, así, como una vía para la continua apertura del ordenamiento al Derecho comunitario.⁶³¹

El Consejo pasa, entonces, a intentar delimitar el alcance no sólo del artículo 93 de la Constitución —que no se aplicaría a toda y cualquier modificación de los Tratados constitutivos comunitarios— sino del artículo 95, cuyo contenido podría eventualmente imponerse en razón de la trascendencia y magnitud de las modificaciones de tales tratados. En su dictamen no profundiza de forma significativa en esta disposición, aunque, con relación al artículo 93, sobre todo en el párrafo 1, el Consejo va más lejos y, por considerar que su contenido haría viable, mediante ley orgánica, la celebración

⁶³¹ Consejo de Estado, Dictamen N.º 850/1991: “Limitando el análisis al campo comunitario, cabe decir que una de las notas esenciales de la construcción europea es su naturaleza orgánica y evolutiva. La idea europea, que viene de muy lejos, ha atravesado diversas etapas y no es fácil hoy predecir su cristalización en una forma definitiva. De ahí que resulte perfectamente concebible una ulterior utilización de las posibilidades que encierra el artículo 93 de la Constitución, para ensanchar el ámbito de las competencias de ella derivadas cuyo ejercicio se atribuya a la Comunidad Europea. El artículo 93, conducto de la conexión original de la Constitución con la Comunidad puede servir de vía para sucesivas aperturas de nuestro ordenamiento al Derecho Comunitario.”

de tratados que afectaran competencias derivadas de la Constitución, ve la ruptura de la rigidez como algo intrínseco a los mecanismos de reforma constitucional. La lógica de este raciocinio derivaría de la constatación de la posibilidad, en último término, de que una norma infraconstitucional afectara competencias constitucionales. La limitación de esta posibilidad de driblar la rigidez constitucional se configuraría a partir del momento en el que la ley orgánica que autorizara un tratado por el que se atribuyeran competencias derivadas de la Constitución a una organización internacional, tratase de materias constitucionales cuya reforma sólo pudiera llevarse a cabo mediante el procedimiento más gravoso, que figura en el artículo 168 de la Constitución española y está fuera del alcance de Cortes ordinarias.⁶³²

El Consejo debería opinar si, en lo que concierne al reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales de ciudadanos de Estados miembros de la Comunidad residentes en España, sería exigible una revisión constitucional previa, en los moldes de la previsión del artículo 95.1 de la Constitución española, o si el contenido del artículo 93 del mismo título legal sería suficiente para reconocer el carácter normativo del referido tratado mediante ley orgánica. Curiosamente, el Consejo de Estado vuelve a esgrimir el argumento en pro de la tangibilidad de contenidos blindados por el artículo 167 de la Carta Magna española y su consecuente flexibilización, que sitúa como elemento central de la discusión el artículo 23 de la Constitución española al envés del artículo 13.2, ya que, según su raciocinio, aquella disposición estaría cubierta por la protección especial proporcionada por el artículo 168 del mismo título legal, mientras que el artículo 13.2, por operar simplemente sobre un principio de organización política, al delimitar los titulares de derechos fundamentales enunciados en el artículo 23 sin inmiscuirse en su contenido esencial, estaría fuera de esta protección especial, así, quedaría sujeto al régimen ordinario de reforma constitucional y, en consecuencia, al procedimiento del artículo 93. Ésta sería la conclusión lógica a la que se podría

⁶³² Consejo de Estado, Dictamen N.º 850/1991: “Ahora bien, esa posibilidad de eludir la rigidez constitucional no es ilimitada. En efecto, una ley orgánica de las previstas en el artículo 93, aprobada por unas Cortes ordinarias, puede autorizar un tratado que atribuya a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución siempre que dicha atribución no afecte a materias constitucionales cuya reforma sólo puede efectuarse mediante el poder de revisión del artículo 168 de la Constitución, que está excluido de la competencia de unas Cortes ordinarias.”

llegar a la luz de la teoría de la dilución de la rigidez constitucional, que nos hace deducir que la cesión del ejercicio de competencias que afectara aquello que estuviera bajo el manto protector del artículo 168 de la Constitución española justificaría la aplicación del artículo 95.1 y suscitaría una revisión constitucional, mientras que la cesión que alcanzara lo que estuviera sujeto al procedimiento ordinario de reforma del artículo 167 de la Carta Magna podría llevarse a cabo, en virtud del mecanismo del artículo 93, mediante una norma infraconstitucional.

No cuesta mucho percibir que este argumento es problemático porque presupone una ruptura literal de la Constitución, ya que el Consejo no se refería a una relación normativa que motivara la sucesión en el tiempo de normas de un mismo nivel jerárquico sino a la relativización de la supremacía de la Constitución frente al contenido de una ley orgánica. Para el Consejo de Estado, por tanto, el contenido de la Constitución podría ser vulnerado por una expansión normativa comunitaria que provocara, mediante los mecanismos de autorización internos, la incidencia de la norma supraestatal sobre contenidos salvaguardados por uno de los mecanismos de reforma constitucional. De hecho, según su línea argumentativa —y abusando de los excesos que la comparación permite—, el artículo 93 de la Constitución se configuraría como un Caballo de Troya en el texto de una Carta Magna que se suponía rígida y, por tanto, formalmente distinta y jerárquicamente superior a cualquier norma y, en especial, a cualquier ley orgánica. Su consecuencia sería la de virtualmente situar en un mismo nivel Constitución y ley orgánica en materia comunitaria, en todo lo que no estuviera bajo el amparo del artículo 168 de la Carta Magna. En este sentido, esta disposición pasaría a constituir la única limitación a esta posibilidad ya que las Cortes a las que se sometía el procedimiento de reforma agravado no serían formalmente idénticas a las que procedían a aprobar una ley orgánica. De modo que podríamos afirmar que, según el entendimiento del Consejo de Estado, el artículo 168 serviría como un contralímite relativo procedimental a la incidencia de la expansión normativa comunitaria sobre el ordenamiento interno y sobre el propio texto de la Constitución, salvaguardando un significativo contenido material de la Carta Política. En este sentido, como destaca el dictamen del Consejo de Estado, cabría “(...) decir, en

suma que por vía del artículo 93 no pueden alterarse los valores superiores del ordenamiento, ni la forma y la estructura del Estado, ni sus bases institucionales, ni los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, Sección primera del Título I de la Constitución.”⁶³³

Al concluir que el contenido del artículo 13.2 no se incluía entre las materias protegidas por el artículo 168 de la Constitución española, el Consejo vaciaba la relevancia de la discusión, haciendo innecesaria la polémica en torno de la revisión constitucional que, en su caso, tuviera que llevarse a cabo. Como no se amenazaba ningún contenido protegido por el procedimiento agravado de reforma, el Consejo decide que la celebración del Tratado de Unión Política podría autorizarse mediante ley orgánica, en los términos del artículo 93, ya que cualquier modificación sobrevenida del contenido del artículo 13.2 de la Constitución no afectaría derechos declarados en el artículo 23 o principios orgánicos contenidos en el Título Preliminar.⁶³⁴ El otro lado de la cuestión, no obstante, es que, al opinar de esta forma, el Consejo abría la puerta para que el contenido de la Constitución pudiera ser explícitamente vulnerado mediante ley orgánica. La profundidad de esta conclusión debe ponerse en evidencia al constatarse que la expansión normativa que acciona el mecanismo constitucional que fundamenta tal ley orgánica procede de una esfera supraestatal. Es cierto que el artículo 93 representa un filtro formal a la incidencia de esta norma externa, aunque el contexto que estipule que una norma infraconstitucional pueda provocar la modificación material de una disposición constitucional en virtud de la apertura facilitada por el artículo 93 no es menos perturbadora gracias a este reconocimiento. El debido alcance de este artículo y su relación con los procedimientos de reforma que, a su vez, están conectados directamente al artículo 95 pasan a constituir, por tanto, el punto neurálgico del debate llevado a cabo en ambas decisiones del Tribunal Constitucional.

⁶³³ Consejo de Estado, Dictamen N.º 850/1991.

⁶³⁴ Consejo de Estado, Dictamen N.º 850/1991: “En síntesis: el reconocimiento en un futuro Tratado de Unión Política del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a favor de los ciudadanos de la Unión residentes en España no afectaría al contenido de los derechos declarados en el artículo 23 de la Constitución, ni tampoco conmovría los principios orgánicos básicos contenidos en su Título preliminar. Y de ello se sigue que la celebración del Tratado, por lo que respecta a esta cuestión, podría lícitamente ser autorizada mediante ley orgánica aprobada en los términos previstos en el artículo 93 de nuestra ley fundamental.”

El Consejo de Estado volvería a manifestarse sobre el mismo tema al emitir el Dictamen 421/1992, en el que opina sobre la ratificación del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 07 de febrero de 1992. Mantuvo, en esta ocasión, la misma postura adoptada anteriormente, al argumentar que dicha ratificación podría ser autorizada mediante ley orgánica, conforme lo previsto en el artículo 93 de la Constitución de 1978. En su dictamen el Consejo hizo referencia continua al Dictamen 850/1991, realzando su posicionamiento al afirmar que la apertura de la Constitución a la influencia del Derecho internacional fuera manifestación de la voluntad del Constituyente, extendiéndose desde el Preámbulo hasta los artículos 93 a 96. De la misma forma, supone que al Constituyente no se le había escapado la naturaleza evolutiva del fenómeno comunitario, razón por la que había creado una disposición como el artículo 93, sujeta a límites, pero que no se podrían interpretar literalmente. En este sentido, no habría duda acerca de su potencialidad para servir de puerta a las distintas manifestaciones derivadas de la integración europea, aunque el Consejo relativiza esta capacidad con un argumento que constituye el centro de la teoría de los contralímites al afirmar que:

“Es cierto que la virtualidad del artículo 93 tiene sus límites; pero esos límites no deducen de la fórmula literal que dicho precepto emplea, ni dependen tampoco de la caracterización formal que mejor convenga a las instituciones comunitarias que se reciben, sino que han de trazarse, como a continuación se intenta, a la vista de la materia constitucional digna de una especial protección que pueda verse afectada por la recepción del Derecho Comunitario. En realidad, el propio Tratado de la Unión Europea se inspira en el principio de que hay determinados reductos constitucionales de los Estados miembros en los que el Derecho comunitario no debe entrar.”

Pese a esta salvedad, el Consejo de Estado rescata la premisa defendida en el Dictamen 850/91, de que el artículo 93 de la Constitución de 1978 habría relativizado la rigidez constitucional, y de que el artículo 168 del mismo título legal representaría el baluarte de las limitaciones materiales a la incidencia del Derecho comunitario sobre el contenido constitucional, que impone la necesidad de una revisión constitucional para autorizar la

celebración o ratificar el contenido de cualquier tratado que, en su caso, afectara el catálogo de asuntos blindados por el procedimiento agravado de reforma constitucional. Por último, en medio del débil argumento de un supuesto paralelismo entre integración de ordenamientos e integración de cuerpos electorales, reconoce al artículo 93 de la Carta Magna española como medio idóneo para ratificar el Tratado de la Unión Europea y, expresa, tal vez, la decisión más sabia hasta entonces adoptada, al recomendar que la cuestión se eleve al Tribunal Constitucional, para que éste, amparado en el artículo 95.2 de la Constitución, pudiera emitir una declaración sobre el tema.

El posicionamiento del Consejo de Estado suscitó un, hasta cierto punto, unísono rechazo doctrinal. La tesis de relativización de la rigidez constitucional, en razón de la previsión del artículo 93 de la Constitución no llega a ser extravagante si interpretamos literalmente su contenido. No es absurdo que un documento, sobre todo una constitución, elaborada mediante un proceso que muchas veces se inclina por la ambigüedad de los términos en ella incluidos, exprese inconsistencias textuales o vacíos doctrinales. El problema es que la interpretación constitucional no puede convertir tales vacíos en la regla que orienta la exégesis del texto constitucional. Por esta razón se exige una interpretación sistemática, para hacer frente a tales inconsistencias, que no son absurdas, pero que deben limitarse siempre que sea posible.

La interpretación abrazada por el Alto Órgano Consultivo, no obstante, denota cierta pirotecnia y avanza hasta un contexto que claramente no se configura. Como problematización, sin embargo, el argumento del Consejo de Estado es plenamente válido y debe tomarse en serio, al menos en lo que concierne a su capacidad de tender un puente entre la apertura de la Norma Fundamental a la dimensión internacional en un marco de intensificación del proceso de integración y el instituto de la reforma constitucional. Por otro lado, también surge de su construcción argumentativa, la inequívoca afirmación de que del artículo 168 podría deducirse la existencia de límites materiales a la incidencia del Derecho comunitario sobre el orden interno y, específicamente, sobre la Constitución.

ii. El posicionamiento del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, no obstante, en atención a la consulta elevada por el Gobierno, en conformidad con el acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de abril de 1992, emitió una declaración en términos materiales diametralmente opuesta al Dictamen 421/1992.

Prescindiendo del orden en el que se exponen, las dudas formuladas por el Gobierno revelaban la intención de evitar la reforma constitucional. Entre tales dudas se encontraba el supuesto de usar la técnica normativa de las ficciones, partiendo de la indefinición material del artículo 11 de la Constitución de 1978, por intermedio de una ley que prescribiera que, con relación al sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y europeas, los ciudadanos de la Unión residentes en España fueran entendidos como españoles, con lo que excluía, al no modificar el artículo 13.2, tanto la posibilidad de ampliar a ciudadanos no comunitarios el derecho de sufragio pasivo, como la probabilidad de provocar un efecto dominó en lo que concierne a las reformas subsecuentes en otros puntos del ordenamiento interno. Por otro lado, el Gobierno también manifiesta el entendimiento de que la vía de ratificación del Tratado de Unión pudiera ser la del artículo 93 de la Constitución. No se vislumbraría, de acuerdo con esta perspectiva, una incompatibilidad entre los artículos 13.2 de la Norma Fundamental y el 8B del Tratado. Las incertidumbres con relación al uso de esta vía tendrían, como punto neurálgico, la cuestión de los límites materiales internos a la cesión de competencias. Y, en este sentido, incluso considerándose que habría límites implícitos a esta cesión, no se podría incluir el artículo 13.2 entre ellos. Cualesquiera relaciones entre ambas disposiciones serían dictadas por los principios que rigen la coordinación entre los dos ordenamientos —distintos e independientes entre sí— sin haber derogación resultante de la prevalencia de uno sobre el otro. En el caso de que ninguno de los supuestos se considerara viable, el Gobierno preguntaba cuál sería el procedimiento de reforma constitucional que debería seguir, si el del artículo 168 o el del artículo 167. En este punto, acogía una de las premisas de la posición del Consejo de Estado, aunque no se vinculara a la

misma conclusión. Hemos visto anteriormente que el Alto Órgano Consultivo había desviado la atención del artículo 13.2 al artículo 23 de la Constitución de 1978 para afirmar que, por no afectar el contenido esencial del derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos como manifestación del principio de representación política, circunscribiéndose exclusivamente a la delimitación de los habilitados para su ejercicio (Art. 13.2), no se justificaba la reforma constitucional pues, al no haber incompatibilidad entre la norma comunitaria y el artículo 23, se evitaba el límite material impuesto por el artículo 168, haciéndose viable la ratificación por ley orgánica, en el caso de que hubiera roce tan sólo con el contenido del artículo 13.2. El Gobierno usa esta misma argumentación, pero concluye que, por esta razón, se justificaba el uso del artículo 167, con lo que en este caso se imponía la reforma ordinaria.

Al analizar el caso, el Tribunal Constitucional, de inmediato, invierte el orden lógico de las cuestiones planteadas por el Gobierno y prioriza el análisis de la existencia o no de incompatibilidad, no sólo entre el artículo 13.2 de la Constitución y el artículo 8B1 del Tratado, sino también entre esta disposición y la Constitución como un todo, ya que, según pondera, ésta, y no sólo el artículo 13.2, se erigía como referencia para ejercer su función. Partiendo de esta premisa, el Tribunal Constitucional apunta tres disposiciones constitucionales contra las que podría chocar el artículo 8B.1 del Tratado de Maastricht, que son el artículo 13.2, que representaba el núcleo de la consulta, el artículo 1.2 y el artículo 23.

El Tribunal Constitucional no ve contradicción entre los dos últimos preceptos y el artículo 8B.1 del Tratado. Con relación al artículo 23, acoge el argumento de que la limitación subjetiva de la extensión de la titularidad de derechos fundamentales no se ampara en este artículo, sino en el 13, en el que ciertos derechos estaban restringidos, conforme la redacción del segundo párrafo.⁶³⁵ Ya que de él no se podría deducir la prohibición de la extensión de

⁶³⁵ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/1991: “En efecto, no es el art. 23 el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales. En nuestra Constitución dicha norma, atinente a este requisito de la capacidad, no es el art. 23, sino el art. 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el art. 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles.”

derechos a ciudadanos de la Unión Europea, no cabría deducir, teniendo en cuenta su contenido, la invalidez de la disposición comunitaria en cuestión. Por otro lado, tampoco se verificaba una inconstitucionalidad presidida por el artículo 1.2, pues el Tribunal concluye que, como los órganos municipales no son instituciones supremas por medio de las que se exprese la soberanía, la atribución del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales no suscitaba ninguna inconstitucionalidad, contexto que sólo se verificaría en el supuesto de referirnos, por el contrario, a órganos que ostentaran potestades atribuidas directamente por la Constitución.⁶³⁶ Al reducir, de esta forma, el catálogo de incompatibilidades entre disposiciones constitucionales y el artículo 8B.1 del Tratado de Maastricht, el Tribunal Constitucional lograba excluir la compleja modalidad de reforma constitucional del artículo 168 de la Constitución de 1978.

Frente al artículo 13.2 de la Norma Fundamental española, no obstante, el Tribunal Constitucional afirma la recepción tan sólo parcial del contenido del artículo 8B.1 del Tratado de Maastricht, al apuntar la existencia de una incompatibilidad que únicamente podría resolverse mediante el mecanismo previsto en el artículo 95.1, ya que, pese a no prohibirse la configuración de una ciudadanía europea, no se contemplaba constitucionalmente la posibilidad de ampliar el sufragio pasivo a no nacionales en ninguno de los procedimientos electorales.

Aunque ya se hubiera resuelto la problemática suscitada por la consulta, la declaración se extendía al supuesto, defendido tanto por el Consejo de Estado como por la Abogacía General del Estado, de ratificar el Tratado por medio de la vía abierta por el artículo 93, mediante ley orgánica. El rechazo del Tribunal Constitucional a esta posibilidad fue vehemente.

⁶³⁶ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/1991: “Sin entrar en otras consideraciones, ahora ociosas, sea suficiente advertir, para fundamentar lo dicho, que la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía. No tendría sentido alguno, como es obvio, formular ahora juicios hipotéticos, de modo que basta con advertir que ese no es el caso de los municipios, para descartar toda duda sobre la constitucionalidad, en cuanto a este extremo, de lo prevenido en la estipulación aquí examinada.”

De inmediato la Corte utiliza la diferencia entre la cesión del ejercicio de la competencia derivada de la Constitución y la cesión de la titularidad de esta competencia, siendo esta última impasible de transferencia. Además, la delimitación del alcance material del artículo 93 de la Constitución española y, por consiguiente, de la posibilidad constitucionalmente permitida de ceder competencias derivadas de la Constitución sólo podría valorarse ante una concreta cesión del ejercicio de tales competencias, lo que no ocurría en el caso del artículo 8B.1 del Tratado de la Unión Europea, del que no se podía deducir más que una atribución de derechos subjetivos.⁶³⁷

Por otro lado, el artículo 93 no se configuraba como medio idóneo para contrariar o rectificar otras normas constitucionales, ya que, de su contenido no se podía deducir un aumento los supuestos constitucionalmente previstos de reforma constitucional, a los que se circunscriben exclusivamente los dispuestos en el Título X de la Norma Fundamental. Admitir esta posibilidad implicaría desvirtuar la función desempeñada por esta disposición en el ordenamiento constitucional y establecer la premisa para la reforma implícita de la Carta Magna, un supuesto que no cabía en el sistema constitucional español.⁶³⁸ En verdad, argumenta el Tribunal Constitucional, la simple existencia del artículo 95.1 neutralizaba este supuesto, pues en él se establecía la posibilidad de acomodar el contenido de un Tratado a la Constitución mediante la reforma previa de esta última, sin la apócrifa introducción de un contenido incompatible con ella, mediante el mecanismo previsto por el artículo 93. Al negar que un Tratado pudiera contrariar la Constitución, el Tribunal Constitucional destacaba que el ejercicio del poder exterior por parte del Estado español estaba sujeto, también, a la Constitución, por lo que no era

⁶³⁷ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/1991: “El art. 93 permite atribuciones o cesiones para ‘el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución’ y su actualización comportará — ha comportado ya — una determinada limitación o constrictión, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (...). Para que esa limitación se opere es indispensable, sin embargo que exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la estipulación objeto de nuestra resolución, pues en ella no se cede o transfiere competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el art. 13.2, no podría atribuirseles.”

⁶³⁸ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/1991: “Por lo demás, tampoco el art. 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la ‘reforma implícita o tácita’ constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales.”

posible deducir que, mediante el artículo 93, fuera posible disponer de toda la Constitución, atacando su contenido. El poder de revisión constitucional, como competencia cuyo ejercicio era impasible de cesión, no iba más allá de los supuestos descritos en el Título X.⁶³⁹

3.5.3. *La Declaración 1/2004*

La manifestación del Tribunal Constitucional español previa a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se da en un contexto sustancialmente diferente del que dio lugar a la Sentencia n.º 28/1991 y a la Declaración n.º 1/1992. Como ya tuvimos oportunidad de verificar, el período comprendido entre principios de la década de 1990 y la celebración del Tratado Constitucional, en 2004, estuvo marcado no sólo por una institucionalización cada vez más profunda del proceso de integración, sino también por una intensificación del debate entre el Derecho comunitario y Constitución nacional que ayudó a delinear el perfil normativo comunitario. A lo largo de este período, el debate, que no era nuevo, ganó impulso gracias a la participación activa de diversos tribunales constitucionales y se vio reflejado en las reformas emprendidas en varias constituciones nacionales, a fin de acomodar de forma más coherente el proceso de integración europea.

La Constitución española sólo había sufrido, hasta entonces, una única reforma, derivada precisamente de los efectos provocados por el Tratado de Maastricht, en 1992. Al mismo tiempo, el Tratado Constitucional traía en su texto una serie de elementos que, si por un lado ya eran conocidos y habían

⁶³⁹ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/1991: “Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el art. 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma fundamental. (...) Tal hipótesis — la del tratado contra Constitutionem — ha sido, en definitiva, excluida por el art. 95. En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de ‘competencias derivadas de la Constitución’ no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión es una ‘competencia’ cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto.”

sido legitimados por los órganos jurisdiccionales nacionales, por otro, nunca habían traspasado la esfera jurisprudencial comunitaria para incorporarse textos de Tratados fundacionales, como era el caso de la afirmación de primacía del Derecho comunitario, del artículo I-6 del Tratado Constitucional.

Exactamente en razón de este ligero descompás entre la Constitución de 1978 y un proceso de integración que, desde la década de 1990, había adquirido contornos constitucionales, al mismo tiempo, innegables e impactantes, la manifestación del Tribunal Constitucional, como contribución a este debate, adquiriría una relevancia trascendental. Y en este contexto, el 5 de noviembre de 2004, el Gobierno de la nación, representado por el abogado del Estado, elevó a la Corte un requerimiento para que se manifestara de forma vinculante sobre la compatibilidad entre la Constitución española y los artículos I-6, y II-111 y II-112 del Tratado Constitucional y de la parte de este que compone la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respectivamente; sobre la suficiencia del artículo 93 para ratificar dicho Tratado y, en su caso, sobre el mecanismo de reforma que debería seguirse para compatibilizar ambos títulos legales.

I. El dictamen del Consejo de Estado

Sin embargo, antes el Consejo de Estado se había manifestado sobre el Tratado, en atención a la consulta efectuada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en conformidad con el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 22 de abril de 1980.⁶⁴⁰ En este análisis, tras realizar una exposición panorámica de los principales temas del Tratado de Roma de 2004, y la referencia a su capacidad para promover la refundación de la Unión Europea sobre nuevas bases, el Consejo de Estado establece una premisa conceptual, al calificar la Constitución europea como un tratado de

⁶⁴⁰ Ley Orgánica 22 abril 1980, núm. 3/80 (Jefatura del Estado). Consejo de Estado. Normas reguladoras, Art. 22.1: “La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: 1. En todos los tratados internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado.”

integración supranacional a pesar de la nomenclatura usada en su designación.⁶⁴¹

Remitiéndose a la recepción de contralímites consagrada en el Tratado Constitucional,⁶⁴² el Consejo de Estado establece las premisas de los que emanaban de la Constitución de 1978. De esta forma, al dirigir su atención sobre el artículo 93 de la Constitución de 1978 y armonizar su discurso con la postura del Tribunal Constitucional, con relación a su manifestación en la DTC de 01 de Julio de 1992, el Consejo de Estado traza límites a la atribución autorizada por esta disposición, que caracteriza como punto culminante de la tendencia internacionalista de la Constitución, capaz de posibilitar aperturas en el Derecho español en favor del ordenamiento comunitario y permitir, en este sentido, atribuir, de forma revocable y limitada, el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y no su titularidad. Tampoco sería posible deducir que pudieran transferirse todas las competencias. La indeterminación de las transferencias que podrían estar al alcance del contenido del artículo 93 permitía comprender que la atribución, en su totalidad, de las competencias previstas en la Constitución no se trataba de una hipótesis constitucionalmente plausible.⁶⁴³ Al mismo tiempo, el ejercicio de tales competencias por parte de instituciones comunitarias debería notarse en el ordenamiento interno en la medida en que la apertura constitucionalmente autorizada implicara que los órganos comunitarios fueran capaces de actuar directamente y sin la intervención de autoridades nacionales.

⁶⁴¹ Consejo de Estado, Dictamen N.º 2544/2004: “El Tratado viene a dar nuevo fundamento a la Unión por cuanto sustituye a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea y de la Unión Europea, que deroga (artículo IV-437), y crea una Unión Europea a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes (artículo I-1) con personalidad jurídica única (artículo I-7) y sucede a la Unión Europea constituida por el Tratado de Maastricht y a la Comunidad Europea (artículo IV-438). (...) En una palabra, un texto que, cualquiera que sea su nombre puede calificarse recurriendo a la categoría doctrinal del llamado 'tratado de integración supranacional'.”

⁶⁴² Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Art. I-5: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional.”

⁶⁴³ Consejo de Estado, Dictamen N.º 2544/2004: “(...) la atribución lo es de 'competencias' y no de 'las' competencias (...). De dicha expresión, 'competencias', resulta que no cabe una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera un vaciamiento de las estatales o la quiebra de la pervivencia de la organización política del Estado o, incluso, una atribución indeterminada de competencias.”

Para el Consejo de Estado, el artículo 93 de la Constitución de 1978 se caracterizaba como medio idóneo para ratificar el Tratado de Roma de 2004. Ello porque, ante la profunda revisión en el proceso de formulación de las competencias emprendida por este Tratado, en busca de mayor coherencia, racionalidad y claridad, lo que había incluido la consagración del principio de atribución de competencias, su clasificación, la presencia de normas de competencia negativas, el rescate del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, y el asentamiento del mecanismo de flexibilización en bases más democráticas, no había duda de que el nuevo sistema había conseguido aclarar y precisar la estructura competencial de la Unión, para posibilitar una delimitación más clara de su alcance permitido por los Tratados fundacionales. De esta forma, ya que en ocasiones anteriores, el artículo 93 había servido a tal finalidad, en un marco de mayor precisión del sistema competencial, su aplicación no podría rechazarse.⁶⁴⁴

Por otro lado, el Consejo de Estado no apuntaba ninguna incompatibilidad entre la Constitución y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada a la segunda parte del Tratado Constitucional. El órgano consultivo, por el contrario, reconoce en ella la recepción del desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el tema. Según el Consejo de Estado la existencia simultánea de tres regímenes de protección de derechos fundamentales (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Constitución española) constituía un contexto que eventualmente podía manifestar problemas, a pesar del grado de protección otorgado por las constituciones nacionales. No obstante, deja al Tribunal Constitucional la tarea de lapidar la relación entre todos estos ámbitos normativos y la depuración de cualquier inconstitucionalidad sobrevenida.

⁶⁴⁴ Consejo de Estado, Dictamen N.º 2544/2004: “A juicio del Consejo de Estado, aunque el sistema de atribución de competencias en los Tratados (cuya derogación producirá el ahora considerado) haya llevado a cuestionar la existencia de competencias suficientemente definidas como objeto de la atribución prevista en el artículo 93 de la Constitución, el nuevo sistema recogido en el Tratado clarifica y precisa el marco competencial de la Unión, reduciendo, en consecuencia, el amplio margen de interpretación que los Tratados han permitido hasta ahora. (...) Si anteriormente el sistema de atribución de competencias a las instituciones comunitarias por objetivos y misiones no ha sido óbice en la ratificación para considerar suficiente el procedimiento del artículo 93, con menor motivo habría de serlo ahora a la vista de las razones expuestas. Por ello, desde esta perspectiva, el Consejo de Estado no formula objeción y considera idóneo el artículo 93 de la Constitución en cuanto cauce para ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.”

Esta armonía entre la Constitución europea y la Constitución española se rompía cuando se ponía en evidencia el contenido del artículo I-6 de aquélla. La previsión que contiene, que incorporaba al texto el principio de primacía del Derecho comunitario, es apuntada como un punto de colisión con la Constitución de 1978. Este principio, a pesar de ser sustentado por el Tribunal de Justicia Europeo desde 1964, según el Consejo de Estado, no estaría exento de restricciones y, en el caso en cuestión, se revelaría incompatible con la previsión del artículo 9.1 de la Norma Fundamental española, pues su incorporación al Tratado daría lugar a efectos de mayor magnitud que los producidos mediante su expresión puramente jurisprudencial.⁶⁴⁵ En este punto del dictamen, el Consejo de Estado ampara su argumentación en la construcción jurisprudencial de los contralímites refiriéndose explícitamente a la actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Tribunal Constitucional español con relación al tema.⁶⁴⁶

El Consejo de Estado concluye su dictamen sugiriendo el envío al Tribunal Constitucional, en los términos del artículo 95.2 de la Constitución española, y la aplicación de la previsión del artículo 95.1, en el caso de que se constatará alguna incompatibilidad. Además, con el objetivo de evitar eventuales incompatibilidades entre la Norma Fundamental y el Derecho comunitario, así como la continua modificación puntual de aquélla de los avances de éste, sugiere la inclusión, en la Constitución de 1978, de una cláusula de integración que, a ejemplo de lo ocurrido en Alemania, Francia y otros Estados miembros, actualizara, ampliara y armonizara de una forma más eficaz el diálogo normativo (no sólo en términos de apertura de la Constitución nacional sino también en términos de contralímites de ella derivados) entre

⁶⁴⁵ Consejo de Estado, Dictamen N.º 2544/2004: “En todo caso, lo cierto es que su incorporación al Tratado tiene que producir unos efectos de mayor calado que la decantación de un principio por vía jurisprudencial — susceptible así de ser aplicado con flexibilidad a través del 'diálogo entre Jueces'—, si no se quiere desvirtuar la propia eficacia del Tratado. Dado que no cabe la formulación de reservas o cláusulas de excepción, no puede soslayarse un potencial conflicto entre la primacía del Derecho de la Unión y la de la Constitución.”

⁶⁴⁶ Consejo de Estado, Dictamen N.º 2544/2004: “Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el alcance incondicional del principio de la primacía del Derecho comunitario (...) afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no coincide exactamente con el reconocimiento de tal principio realizado por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, ya que han definido ciertos límites constitucionales a la eficacia de las normas del Derecho comunitario en el Derecho interno.”

ambas esferas normativas, lo que sugiere la inequívoca europeización de la Constitución española.⁶⁴⁷

II. La declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004

A ejemplo de lo que había ocurrido en 1991, nuevamente, el Tribunal Constitucional se manifestaría sobre la relación entre la Constitución y el Derecho comunitario con relación al cumplimiento del artículo 95.2 de la Constitución de 1978, mediante una declaración, en atención al requerimiento formulado por el Gobierno y cursado el 05 de noviembre de 2004, por el abogado del Estado. Una primera característica que marca esta manifestación del Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia previa, es la falta de unanimidad acerca del problema central de la consulta enviada, que suscita posiciones diametralmente opuestas que seguían, fundamentalmente, dos orientaciones. Al manifestarse, la Corte contempló las siguientes cuestiones: la incompatibilidad entre la Constitución y el artículo I-6 del Tratado de Roma, la incompatibilidad entre la Constitución y los artículos II-111 y II-112 del Tratado, a la luz del contenido del artículo 10.2, la suficiencia del artículo 93 de la Constitución para la ratificación del Tratado y la indicación del procedimiento de reforma adecuado, en el supuesto de conflicto, para adecuarlo a la Constitución. El centro de la declaración, no obstante, se concentra en el primer tema, relativo a la primacía del Derecho comunitario, la diferencia entre esta y la calidad normativa de la supremacía y el nuevo enfoque de la delimitación del contenido del artículo 93.

⁶⁴⁷ Consejo de Estado, Dictamen N.º 2544/2004: “Cabe apuntar que una fórmula para salvar en este caso y pro futuro eventuales problemas de compatibilidad entre la Constitución y el Derecho comunitario, quizás mejor que proceder a reformas materiales puntuales cada vez que se detecte una colisión, sería, siguiendo la pauta de otros modelos constitucionales europeos, introducir en la propia Constitución (...) una cláusula de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permite — con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios — una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad — la compatibilidad con la Constitución — de dicho ordenamiento.”

La Corte inicia su argumentación retomando parte del raciocinio expuesto en la declaración 1/1992, que hace referencia al contenido del artículo 95.2 de la Constitución española, que fundamenta su intervención. Por otro lado, al mismo tiempo en que reitera la posición tomada entonces acerca de la relevancia del artículo 93 para efectivizar la integración española en la Comunidad Europea, atribuyéndole un carácter orgánico-procedimental, se distancia de ella al matizar las diferencias contextuales entre la época de su primera declaración y a la de la presente manifestación. Por esta razón, comprende como insuficiente la atribución de un carácter únicamente orgánico-procedimental al artículo 93, añadiendo a esta disposición una dimensión sustantivo-material, en razón de su capacidad de hacer viable un soporte constitucional básico para la integración de otros ordenamientos con el español, por medio de la cesión del ejercicio de competencias.⁶⁴⁸

Para el Tribunal Constitucional, la Constitución estipulaba, como condición de la cesión del ejercicio de competencias de ella derivadas, la compatibilidad entre su contenido y el del eventual Tratado. Sin embargo, tras la integración, ésta ya no sería el fundamento de validez de las normas comunitarias. En este sentido, pondera la Corte, cabría interpretar el artículo 93 con base en una perspectiva abierta a la dimensión comunitaria, sin ignorar los efectos limitadores para las facultades soberanas del Estado que de él emanaban y que presuponían la compatibilidad entre el Derecho europeo y principios fundamentales consagrados constitucionalmente.⁶⁴⁹ En este punto de su argumentación, el Tribunal Constitucional perfila límites a la capacidad de apertura atribuida al artículo 93 y a la incidencia del Derecho comunitario sobre el orden interno, con lo que conecta la nueva dimensión antes atribuida a

⁶⁴⁸Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar.”

⁶⁴⁹ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Esa interpretación debe partir del reconocimiento de que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional.”

aquella disposición constitucional con las supuestas limitaciones materiales — que se manifestarían implícitamente en el sistema constitucional español— a las que estaría sujeto.⁶⁵⁰

El Tribunal intenta mitigar y equilibrar el alcance del principio de primacía, al incorporar al texto del Tratado Constitucional mediante el artículo I-6, con el contenido de disposiciones del mismo Tratado que enunciarían su contrapeso material. En este sentido, destaca que la primacía consagrada en el artículo I-6 del Tratado se configuraba como necesidad existencial, condicionada por el respeto a la identidad de los Estados miembros y de sus estructuras constitucionales, la vinculación del Tratado a los valores que fundamentan las constituciones nacionales y su sujeción a los principios de atribución, proporcionalidad y subsidiariedad.⁶⁵¹ De modo que, según la Corte, el Tratado Constitucional, que había proporcionado una simplificación y reordenación del contexto competencial, no habría provocado una modificación sustancial de la situación creada después de la adhesión española a la Comunidad.

Enseguida el Tribunal Constitucional teje el raciocinio más controvertido de la declaración en cuestión. Partiendo de la premisa de la indiscutible supremacía de la Constitución, la Corte niega que la inclusión del principio de primacía en el texto del Tratado Constitucional y el contenido, en sí mismo, de este principio sea incompatible con tal supremacía. Para ello argumenta que

⁶⁵⁰ En este sentido, la Corte señala: “Por ello, la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE) (...)” (Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004).

⁶⁵¹ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una ‘exigencia existencial’ de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados. Las coordenadas que así se establecen para la definición del ámbito de vigencia de ese principio son, como veremos, determinantes para su entendimiento a la luz de las categorías constitucionales que nos son propias. El primer aspecto a destacar, para interpretar correctamente la primacía proclamada y el marco en que se desenvuelve, es que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados. (...) No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión.”

estas cualidades normativas no son idénticas y que se desarrollan en ámbitos distintos. La primacía operaría en un contexto de pluralidad de normas válidas, en el que, eventualmente, una de ellas manifestara la capacidad, en razón de su aplicación preferencial, de desplazar a las demás sin afectar su validez. La primacía, por tanto, presupone la coexistencia de normas con fundamentos distintos —y, por consiguiente, pertenecientes a distintos ordenamientos—, y la potencial coincidencia en el ámbito de aplicación. La supremacía, por otro lado, aunque conllevara la primacía, prescindiría necesariamente de esta coincidencia y tendría como presupuesto la jerarquía normativa, justificando el condicionamiento de validez de una norma respecto al contenido de otra norma que le fuera superior. Para el Tribunal Constitucional, la supremacía no excluiría la posibilidad de que la Constitución estipulara su propio desplazamiento en favor de la aplicación de otra norma, en este caso, preferencial, derivada de otro ordenamiento distinto del nacional. Conforme la posicionamiento del Tribunal Constitucional, ésta sería exactamente la posibilidad que deriva del contenido del artículo 93. Por tanto, por medio de esta disposición, la Constitución habría recibido la primacía del Derecho comunitario, consagrada ahora en el artículo I-6 del Tratado de Roma.⁶⁵² Lo que nos lleva a concluir que, según esta argumentación, existiría una inequívoca prevalencia, antes que una coexistencia autónoma entre ambos ordenamientos, pues mientras la Constitución asimilaba la primacía condicionada por la expresión de su soberanía al disponer una cláusula de apertura para ello, la Corte afirma que la inserción de esta primacía en el Tratado Constitucional se realizaría en conformidad con los términos establecidos en la Constitución. No parece que haya, de esta forma, mucho espacio que no sea para la supremacía de la Constitución. En este sentido, el

⁶⁵² Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (...), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93 (...).”

Tribunal, no sin antes afirmar su capacidad de controlar la eventual incompatibilidad entre el Derecho comunitario y la Constitución española y, por tanto, alejarse de la propia argumentación construida anteriormente,⁶⁵³ no ve contradicción entre el artículo I-6 del Tratado y el artículo 9.1 de la Constitución española, con lo que excluye el recurso al artículo 95.1.

Por otro lado, el Tribunal rechaza cualquier posibilidad de analizar, en abstracto, la coordinación entre los tres regímenes de protección de los derechos fundamentales, sobre la que había manifestado preocupación el Consejo de Estado. Argumenta que los problemas de articulación derivados de la integración del contenido del Tratado sólo podrían solucionarse de forma casuística, mediante procedimientos constitucionales efectivamente analizados por el Tribunal.⁶⁵⁴ Sin embargo, no vislumbra contradicción entre la Constitución española y los artículos II-111 y II-112 del Tratado Constitucional de 2004, con lo que niega que, como resultado de la reducción de la complejidad relativa a la protección de derechos fundamentales proporcionada por la Carta, se hubiera producido un cambio cualitativo con relación a lo que ya existía sobre el tema y a la manera como la Corte configuraba o entendía tales derechos.⁶⁵⁵ Por lo demás, el Tribunal Constitucional aleja la posibilidad de manifestarse sobre la inclusión de una cláusula explícitamente europea en la Constitución al

⁶⁵³ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes (...).”

⁶⁵⁴ Tribunal Constitucional, Declaración N.º 1/2004: “Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española.”

⁶⁵⁵ Tribunal Constitucional, Declaración N.º 17/2004: “No supone, en otras palabras, un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional. Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten, según se ha dicho, sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer.”

considerar que estaría moviéndose fuera de su jurisdicción; y reitera la suficiencia del artículo 93 para prestar el consentimiento del Estado español a un Tratado como el de la Constitución europea. Finalmente, en lo que concierne a la reforma de la Constitución, la respuesta de la Corte es en el sentido de no pronunciarse, ya que faltaba el presupuesto de que existiera una concreta contradicción entre el Tratado y la Constitución.

En conformidad con lo que destacamos anteriormente, no se logró la unanimidad en esta manifestación del Tribunal Constitucional. A la posición mayoritaria se opusieron los magistrados D. Javier Delgado Barrio, D. Roberto García-Calvo y Montiel y D. Ramón Rodríguez Arriba, que opinaban que existía contradicción entre el artículo I-6 y la Constitución española y, por consiguiente, que era insuficiente la previsión del artículo 93 para llevar a cabo la ratificación del Tratado Constitucional. El primero de ellos expresa su alineamiento con la postura del Tribunal Constitucional en su anterior declaración; y ve cierta inconsistencia entre la afirmación de la recepción del principio de primacía por parte del sistema constitucional español y el contenido de la jurisprudencia de la Corte relativa al tema, en la que aparece la reserva de competencia para incidir sobre el Derecho comunitario.⁶⁵⁶

Según el magistrado D. Javier Delgado Barrio, la primacía del Derecho comunitario con relación a la Constitución sólo se caracterizaría en los términos dictados por el artículo 93: desplazamiento de las normas constitucionales que atribuían competencias, para que órganos designados por el Derecho comunitario las ejercieran. Talas órganos, en este ejercicio, aunque gozaran de amplia libertad de configuración normativa, no podrían apartarse de la Constitución. Esto no sería como afirmar la posibilidad de que el Derecho comunitario podría desplazar la norma constitucional de la misma forma como opera con relación a la norma infraconstitucional, con base en la apertura en

⁶⁵⁶ “Dado que comparto plenamente la doctrina sentada en dicha Declaración, mi discrepancia de la que ahora formulamos resulta inevitable. (...) En la misma línea, dejo ya constancia de que no comparto la valoración de nuestra jurisprudencia que se hace en el fundamento jurídico cuarto de la Declaración de la que discrepo. Con cita de varias Sentencias de este Tribunal, se afirma que ‘nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario sobre el interno’, en el ámbito de aquél. Pues bien, creo que es precisamente esa jurisprudencia la que permite descartar que la primacía del Derecho comunitario se proyecte en concreto sobre la Constitución.” (Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004).

pro de la integración comunitaria proporcionada por el contenido del artículo 93.⁶⁵⁷

La afirmación de que el principio de primacía había sido recibido por la Constitución, en el momento de su elaboración, en los términos en los que el Tribunal de Justicia Europeo venía enunciando hasta ese momento, ante la continua formulación de contralímites por parte de las principales Cortes Constitucionales europeas o de que esta recepción se dedujera del contenido del artículo 93 de la Constitución de 1978, no convence al magistrado. En este sentido, no habría como acomodar este contenido y el del principio de primacía en el ámbito de un mismo ordenamiento. Ello porque, pondera el magistrado, la primacía, que provocaba el desplazamiento en favor de una norma comunitaria de la propia Constitución, implicaría disponer de ésta, pues pese a que no se caracteriza como una derogación de materia constitucional, suponía, en la práctica, la prevalencia de una norma con un contenido distinto. Al no entender como sería posible tamaña limitación de la soberanía popular, el magistrado atribuye únicamente a la manifestación constituyente la capacidad de formular tal contexto normativo que, según interpreta, en definitiva no se puede encontrar en lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución de 1978.⁶⁵⁸ Por

⁶⁵⁷ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “La primacía del Derecho comunitario en los actuales términos del art. 93 CE significa que las atribuciones de competencias hechas en la Constitución quedan desplazadas por las hechas en el Tratado, de suerte que serán ejercidas por otros sujetos, pero no hay más desplazamiento de la Constitución que el que acaba de indicarse. (...) Es claro, pues, que la literalidad que hoy presenta el art. 93 CE no permite que el ejercicio de las competencias a que se refiere pueda servir para apartarse de la Constitución, o, lo que lo mismo, aquel precepto no habilita el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario, salvo en lo relativo al sujeto al que se atribuye el ejercicio de la competencia.”

⁶⁵⁸ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Dicho con la terminología de la Sentencia citada, no resulta ‘pensable’ una interpretación del art. 93 CE que se aleje del que hoy es su texto literal para habilitar un desplazamiento de la Constitución en algo más que en la pura atribución de competencias. Como ya he indicado, la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución, es decir, el desplazamiento de ésta por aquél, adquiere virtualidad práctica cuando la norma desplazante tiene un contenido distinto al de la norma desplazada (...). Ciertamente, el desplazamiento no implica una derogación o reforma de la Constitución, pero el resultado práctico viene a ser, al menos temporalmente, coincidente: inaplicación de la Constitución y aplicación de un precepto de sentido normativo diferente. Con ello se habría producido una ‘disposición’ de la Constitución que excede ampliamente de lo actualmente permitido por el art. 93 CE que, como he subrayado, apodera para una modificación puramente subjetiva del régimen constitucional de las competencias, pero en modo alguno permite que el ejercicio de éstas se desarrolle fuera de la sujeción a la Constitución. Y es que, en realidad, concluyendo, el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario afecta tan profundamente a la esencia misma de la Constitución como norma jurídica suprema que llega a integrar una limitación de la soberanías del pueblo español (...), que sólo puede producirse como efecto de una decisión del constituyente que ha de resultar ‘de modo inequívoco’ de la propia Constitución. Y no acierto a ver en la actual

estas razones, comprende que hay contradicción entre la Constitución y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, así como que el artículo 93 de la Carta Magna española no es suficiente para prestar el consentimiento del Estado al referido Tratado.

El magistrado Roberto García-Calvo y Montiel, tampoco se perfila entre los que no ven contradicción entre la Constitución y el artículo I-6 del Tratado, motivo por el que cree adecuado el uso del artículo 95.1. Tacha de débil y forzada la instrumentación de los argumentos de la declaración mayoritaria. No está de acuerdo con tan sustancial diferencia entre los contextos que presidieron la presente declaración y la de julio de 1992, pues no ve en el artículo 93 un medio para llevar a cabo la reforma ilegítima de la Constitución. Discrepa igualmente del tratamiento que ofrece el Tribunal Constitucional al contenido del artículo 93 y manifiesta reservas con relación a la estructura de la propia declaración, pues, según afirma, acaba anticipando la decisión ya en la parte dispositiva y altera el orden de dudas señaladas por el Gobierno.

Para este magistrado la única forma de resolver el problema generado por la antinomia entre el artículo 9.1 y el artículo I-6 del Tratado Constitucional sería la de recurrir al mecanismo de reforma agravada previsto en el artículo 168, a pesar de su complejidad intrínseca. Ésta sería la única forma, según pondera, de lograr legitimidad democrática para lo que, en sus palabras, no pasaba de una “transferencia de soberanía con hipotética cláusula de reversión”, dado que la posibilidad de retirada voluntaria no cumplía la función de reforzar la formulación de contralímites, sino, por el contrario, establecía una hipótesis completamente dissociada de la realidad. Esta falta de un contrapeso al contenido del principio de primacía acababa transformando la distinción entre ésta y la supremacía en un mero recurso dialéctico.⁶⁵⁹

redacción del art. 93 CE esa decisión inequívoca de habilitar el desplazamiento de la Constitución por el Tratado y el Derecho derivado más allá del aspecto subjetivo indicado.”

⁶⁵⁹ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Por todo lo que antecede, postulo la puesta en marcha de las prevenciones normativas que establece el art. 168 del texto constitucional, pues la distinción entre primacía y supremacía para justificar la compatibilidad de la Constitución española con regímenes de aplicación que den preferencia a normas internacionales siempre que éstas se hayan incorporado al ordenamiento nacional en la forma constitucionalmente prescrita y pretendan esta aplicabilidad preferente en virtud del régimen propio asumido por la Constitución — con lo que, en definitiva, esa aplicabilidad preferente es reconducible a una concreta previsión constitucional, que de poder ser valorable como limitación de la Constitución, sería en todo caso autolimitación — queda reducida a un puro recurso dialéctico, una vez que la posibilidad de recuperar la supremacía constitucional se

La supuesta contradicción entre el contenido de lo que el magistrado llama cláusula de “supremacía” del artículo I-6, y a la que atribuye una similitud con la del artículo VII de la Constitución estadounidense, ya había provocado roces entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales responsables de salvaguardar la Constitución de innumerables Estados miembros de la Unión Europea. Estos roces, pese a manifestarse y de diluirse en el ámbito jurisprudencial, ya habían suscitado la vehemente formulación de contralímites en el ámbito jurisdiccional, que, en algunos casos, acabaron incorporados a los textos de varias constituciones nacionales mediante cláusulas europeas. Estas reformas sustanciales acababan evitando la acumulación de contradicciones implícitas entre la supuesta Constitución material europea y la Constitución nacional, cuya solución se revelaba mucho más apremiante para la coherencia del ordenamiento jurídico de lo que la explícita que había sido combatida por medio de la reforma de la propia Constitución española.⁶⁶⁰ Precisamente en el caso español, la incompatibilidad entre la cláusula de supremacía del artículo 9.1 de la Norma Fundamental y el artículo I-6 del Tratado exigía la reforma constitucional, dado que mediante el contenido del artículo 93 no sería posible permitir que organizaciones o instituciones internacionales pudieran disponer de su contenido, con lo que, en último término, se vulneraría la soberanía misma del pueblo español, como ocurriría si, por esta disposición, se reconociera la recepción del artículo I-6 del Tratado Constitucional, lo que implicaría prácticamente la transferencia, a instancias comunitarias, del poder

configura por el momento como un planteamiento teórico — no empírico — que por sus imprevisibles consecuencias y, desde una perspectiva realista, yo no puedo en este momento asumir. (...) En definitiva, creo que estamos ante un real traspaso de soberanía con hipotética cláusula de reversión. Por ello y, aún cuando sólo se asuma esa premisa desde posiciones dubitativas, la trascendencia de la cuestión exige, a mi modesto entender, la activación del mecanismo reforzado de homologación del referido art. 168 a fin de preservar o, en su caso, rectificar, el contenido esencial que el constituyente quiso y delimitó para, entre otros, el título preliminar de nuestra Carta Magna.”

⁶⁶⁰ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “La afirmación de la supremacía del derecho europeo sobre los derechos nacionales no es en rigor una novedad, ni un invento de la Convención. El Tribunal de Justicia, que ha hecho de ella el fundamento de toda su jurisprudencia, viene reiterándola desde comienzo de los años sesenta y es ese principio el que ha llevado a sostener que Europa (...) tenía ya su propia Constitución antes de que la Convención iniciara sus trabajos. El origen puramente jurisprudencial del principio y la naturaleza simplemente ‘material’ de la Constitución que sobre él se asentaba, no ocultaban la oposición lógica entre las dos pretensiones de supremacía recíprocamente excluyentes, la de la ‘Constitución’ europea, de una parte, y las distintas Constituciones nacionales, de la otra, pero han permitido abordarla como si fuera un problema de relación entre tribunales, e ir sorteándola con construcciones más o menos afortunadas, como ha hecho el Tribunal Constitucional alemán, o más bien ignorándola, como ha tendido a hacer el nuestro.”

de reforma de la Constitución española sin autorización constituyente para ello.⁶⁶¹ Por estas razones y por afectar preceptos del Título Preliminar, el magistrado pondera que la ratificación de la Constitución europea sólo podría llevarse a cabo mediante una reforma agravada de la Constitución española.

Para manifestar la tercera y última disensión con relación al posicionamiento mayoritario, el magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas opina que existe una incompatibilidad entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado de Roma. Llama la atención sobre la vulneración del principio de seguridad jurídica que, en términos prácticos, podría provocar la negación de la existencia de contradicción entre el principio de primacía del Derecho comunitario y el principio de supremacía de la Constitución española.⁶⁶² Resalta el carácter trascendente de la etapa representada por el Tratado Constitucional, capaz de alterar la situación que sirvió de lastre para la declaración n.º 1/1992, tanto en la forma como en el fondo, que otorga definitivamente una naturaleza confederal al proceso de integración, y destaca que la asimilación, en la práctica, del principio de primacía por parte de los poderes públicos españoles, daba a entender que, en el ámbito infraconstitucional, su aplicación era ya pacífica. Por otro lado, en el ámbito constitucional nunca se había suscitado el desplazamiento de la Norma Fundamental en favor del Derecho europeo, situación que se veía reflejada en la escasa manifestación del Tribunal Constitucional sobre el tema.⁶⁶³ En este

⁶⁶¹ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Ese poder sobre la propia Constitución es el efecto real de la cláusula de supremacía. Al aceptarla, estamos transfiriendo a las instituciones europeas la potestad de reformar nuestra Constitución, siempre que, en el ejercicio de sus competencias propias, estimen necesario hacerlo. El hecho de que las reformas así producidas sean tácitas, no expresas, no cambia su naturaleza, ni permite ignorar que lo que se transfiere no es el ejercicio de algunas competencias concretas de órganos del Estado, sino el del poder soberano del pueblo español para establecer su propia Constitución.”

⁶⁶² Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Dejando las cosas así, es decir, declarando que no existe contradicción, los ciudadanos y los poderes públicos españoles, cuando se encuentren con una norma del derecho europeo que contradiga preceptos de nuestra Constitución, se verán en la disyuntiva de faltar al mandato constitucional interno, inaplicar la norma europea o bien — en el caso de nuestros tribunales ordinarios — plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante nosotros o la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situación que, cualquiera que sea la probabilidad y frecuencia con que pudiera producirse, constituye un grave quebranto de la seguridad jurídica, un peligro que no puede negarse, que no es razonable correr, ni conjurar recurriendo a la posible intervención posterior del Tribunal Constitucional o a la impensable posibilidad de retirarse de la Unión europea, conforme prevé el art. I-60 de la que pretende ser su Constitución.”

⁶⁶³ Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004: “Tampoco puede olvidarse que, salvo con ocasión del Tratado de Maastricht y en el concreto extremo de la plena participación de los ciudadanos de la Unión en procesos electorales municipales, nunca se

contexto, el magistrado sugiere reformar la Constitución española, con la adopción de límites expresos a la incidencia del proceso de integración en el orden constitucional, lo que, según pondera, ayudaría a profundizar en la integración y salvaguardar, al mismo tiempo, la soberanía, los principios y las estructuras básicas de la Constitución española, con protección de la seguridad jurídica.

Tacha de ingenua e irreal la construcción del Tribunal Constitucional que establece una distinción entre supremacía y primacía, y que toma como punto de partida el declarado respeto por parte del Tratado a las constituciones estatales, para negar la existencia de antinomia entre la Constitución española y el Tratado de Roma. Tampoco está de acuerdo con la interpretación del artículo 93, cuyo contenido orgánico-procedimental reitera.⁶⁶⁴

3.5.4. Análisis

La Declaración n.º 1/2004, como punto culminante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el aspecto aquí analizado, puso en evidencia, como perfectamente destaca Pedro Cruz Villalón, la necesidad apremiante de europeizar la Constitución española.⁶⁶⁵ Esta jurisprudencia apunta como nudo

consultó a este Tribunal sobre el encaje entre derecho europeo y derecho español en el campo reservado a la Constitución española.”

⁶⁶⁴ En este sentido, afirma: “Pues bien, aún admitiendo tan sutiles distinciones teóricas entre primacía y supremacía — que personalmente considero alejadas de la práctica en la aplicación del Derecho, en que vienen a confundirse — lo que no es asumible, reiterando una vez más el respeto a la opinión contraria, es conferir al expresado art. 93 CE un contenido de tal profundidad que por él pueda entrar y ser prevalente en su aplicación, cualquier norma de Derecho europeo derivado de un tratado internacional, aunque sea literalmente contradictoria con preceptos de la propia Constitución española, sin más que su articulación por Ley Orgánica, obviando así la reforma constitucional en cualquier caso, tanto en el pasado (...) como en el futuro.” (Tribunal Constitucional español, Declaración N.º 1/2004).

⁶⁶⁵ El mismo autor esclarece la amplitud del término europeización: “Referido específicamente al mundo del derecho, viene apareciendo en buena medida como sinónimo de armonización de legislaciones nacionales en el seno de la UE (...). Referido a las Constituciones nacionales, hace alusión, normalmente, a los diferentes reflejos expresos que, ya sea como objetivo constitucional, como elemento estructural, como repercusión en la parte orgánica, o como consideración en la parte dogmática, han venido siendo introducidos a lo largo de los últimos cincuenta años en el texto de aquéllas (...). La Constitución de un Estado miembro se encuentra, en este sentido, europeizada en la medida en que dicha condición de Estado miembro, o alguna de sus consecuencias, encuentra reflejo expreso en su Constitución (...).” (CRUZ VILLALÓN, Pedro. Europeización de la Constitución española: una introducción al

gordiano de la relación entre Derecho comunitario y Constitución la delimitación que se haga del artículo 93 de la Constitución de 1978. Tal delimitación tiene una inequívoca naturaleza evolutiva que no se circunscribe a una única manifestación del Tribunal Constitucional. No obstante, el hecho de encontrarnos ante una Constitución que en una de sus artículos asimila una inequívoca tendencia a abrirse a favor del proceso de integración europea no debe ofuscar nuestra perspectiva. La Norma Fundamental española es también una Constitución que no se refiere a la realidad europea en cualquier de sus dimensiones. En verdad, aunque esta realidad haya sido tan determinante en el proceso constituyente mismo hasta el punto de justificar la formulación del artículo 93, este silencio no era, por sí sólo, algo que distanciara la Carta Magna española de cierta tendencia constitucional entre los Estados miembros europeos. Conforme destaca Pedro Cruz Villalón, un “(...) precepto como el previsto noventa y tres no desentonaba precisamente en el concierto de las Constituciones vecinas.”⁶⁶⁶ El gran problema es que, desde entonces, se profundizó en el proceso de integración de una forma singular, constitucionalizándose en la esfera supraestatal y potenciando el roce material con las constituciones nacionales.

Es verdad que, conforme nos demuestra cualquier análisis de las etapas históricas de la integración europea, la esencia del proceso de integración comunitaria no revela una naturaleza estática. Este marco es igualmente aplicable a la relación entre Derecho comunitario y las constituciones nacionales. El surgimiento de los primeros fundamentos normativos de la integración europea en las prolíficas sentencias del Tribunal de Justicia europeo, a lo largo de la década de 1960, causaron poco o ningún impacto inmediato en los sistemas constitucionales de los Estados miembros de entonces. Esta realidad se modificaría a partir de la década de 1970, cuando se dictaron las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Constitucional italiana. A partir de ese momento, las cláusulas de apertura clásicas, como el artículo 24 da Ley Fundamental germana y el artículo 11 de la Constitución italiana, en las que se inspiró la formulación del artículo 93 de la

problema. In: CRUZ VILLALÓN, Pedro (Coord.). *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA, 2006, p. 40).

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 26.

Constitución española, daban señales de una inequívoca insuficiencia para seguir profundizando en el proceso de integración y exigían de los respectivos tribunales constitucionales complejas y, no siempre, coherentes construcciones argumentativas para, al mismo tiempo, preservar la esencia de la Constitución nacional y desobstruir la eficacia del Derecho comunitario.⁶⁶⁷ Esta acentuación de la relación entre el ordenamiento comunitario y las constituciones nacionales ganaría relevancia con el Tratado de Maastricht, lo que justificaría una nueva etapa, en la que cabía ampliar y especificar la cobertura constitucional al proceso de integración europeo, asimilando no sólo la necesidad de prever una apertura específica a la dimensión normativa europea, sino también la limitación de los efectos de esta dimensión normativa sobre la Constitución nacional. Esta es la relevante antinomia implícita, a la que se refiere uno de los disidentes de la Declaración n.º 1/2004, que justificó la reforma de la Ley Fundamental alemana, con la introducción del artículo 23, la reforma de la Constitución francesa, con la introducción del artículo 81 y la más reciente, aunque aún insuficiente, reforma de la Constitución italiana en los aspectos que se refieren a la dimensión comunitaria. Es a partir de esa etapa, en la que al fundamento normativo construido por el Tribunal de Justicia Europeo se suma la naturaleza política atribuida a un proceso de integración con evidentes contornos constitucionales, que empieza a manifestarse la necesidad de una integración más acentuada entre la realidad europea y las constituciones nacionales. Esta integración, como nuevamente demuestra el pionerismo

⁶⁶⁷ En este sentido, sobretudo en lo que concierne a la protección de derechos fundamentales, Alejandro Saiz Arnaiz, ilustra de forma precisa este contexto: “Así estaban las cosas al finalizar la tercera década del proceso de integración, cuando el problema no era tanto la garantía de los derechos en el orden jurídico comunitario, una vez que el TJCE había asumido — bajo presión — su necesidad, sino el de la identificación de la última autoridad para actuarla y los perfiles de su poder. La reserva de competencia de las Cortes italiana y alemana cuestionaba el entendimiento comunitario de la primacía y la autonomía del propio ordenamiento (al menos en el terreno de los derechos fundamentales) y la posición última del TJCE como la sola autoridad llamada a enjuiciar la validez de los actos comunitarios (de Derecho derivado, obviamente) a la luz de aquellos derechos: llegado el caso el tribunal alemán lo haría controlando los actos nacionales de aplicación de aquel Derecho; el italiano, por su parte, juzgando la ley de ejecución del Tratado. La situación, puede concluirse, no parece haber variado desde entonces hasta el momento presente por cuanto los problemas no resultan ser, en la actualidad, muy diferentes. (...) Al finalizar los años ochenta el balance que puede hacerse no difiere tanto del que se hacía en el anterior epígrafe. Sin los enfrentamientos previos que caracterizaron las primeras décadas de la integración y que no se manifestaron en el período del que hasta aquí se ha hecho balance, el problema se sigue planteando en términos muy similares. La garantía jurisdiccional (...) de los derechos en el orden comunitario, convive con una reserva última de competencias por parte de los Tribunales Constitucionales que se manifiesta en términos casi idénticos a la que se formuló diez o quince años antes.” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005, p. 546, 547).

constitucional germano, y como analizaremos posteriormente, se reflejará en la ineludible relación entre la apertura constitucional al proceso de integración europea y el poder de reforma constitucional.

La realidad constitucional española y, sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, viene acompañando con cierto desfase, este proceso, a pesar de que quepa matizar que la exigencia de una sincronía irreprochable sea algo que, a su vez, también se aleja de la realidad europea. En efecto, la “(...) articulación de un procedimiento de transferencia del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, desligado de la reforma de la Constitución no debía parecer poca cosa en los años 1977-1978. Más concretamente, en lo que se refería a las Comunidades Europeas, su integración no parecía necesitar nada más.”⁶⁶⁸ Sin embargo, elaborada cuando ya existían no sólo las sentencias *COSTA vs. E.N.E.L* y *Van Gend & Loos*, sino también las *Solange I* y *Frontini*, la Constitución española reprodujo la apertura clásica de otras constituciones europeas al tiempo en que tales disposiciones ya daban muestras, tímidas aunque inequívocas, de preocupante insuficiencia ante el contenido del principio de primacía y de la autonomía del Derecho comunitario.

En el anteproyecto de Constitución, el contenido del actual artículo 93 de la Constitución de 1978 había sido incluido entre los principios generales, en el artículo 6, junto con otras disposiciones relativas a tratados internacionales, rezando lo siguiente: “Art. 6.1. Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquías superior a la de las leyes. 2. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional. 3. Se podrá atribuir por un tratado o una ley orgánica el ejercicio de poderes derivados de la Constitución a instituciones de Derecho internacional, en régimen de paridad.” Tras las enmiendas presentadas al anteproyecto de Constitución, se dividieron estas disposiciones. Los apartados 1 y 2, del artículo 6 del anteproyecto, pasaron a componer el artículo 89, aprobado por unanimidad con el contenido que en la actualidad se encuentra en el artículo 96.1 de la Constitución. El contenido del que hoy es el

⁶⁶⁸ CRUZ VILLALÓN, P. Op. cit., 2006, p. 26.

artículo 93 se desplazó al artículo 86, con la siguiente redacción: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de un tratado por el que se atribuya a una organización o institución internacional, en régimen de paridad, el ejercicio de las competencias derivadas de la Constitución.” Esta redacción sufriría además un único cambio cuando, en el curso de los trabajos parlamentarios para aprobar la Constitución, el diputado Sole Tura sugirió suprimir el artículo “las”, dejando indefinidas las competencias podrían tener su ejercicio efectivamente transferido para instituciones u organizaciones internacionales. Esta sugerencia se admitió y el texto modificado aprobado por unanimidad. La disposición a abrir la Constitución a la dimensión internacional del artículo 93, sin referencia expresa al contexto europeo, viene sometiéndose a un proceso continuo de complementación por medio del contenido que de él extrae el Tribunal Constitucional y de la comprensión que en torno de él construye la doctrina.⁶⁶⁹

En lo que concierne al Tribunal Constitucional, el silencio de la Norma Fundamental acerca de la realidad europea y la inevitable profundización de la relación entre el Derecho comunitario y la Constitución de 1978, le llevó a asumir un protagonismo en la definición de esta relación, que pasaba, primordial e inexcusablemente, por la delimitación del artículo 93 como fundamento suficiente de este dinámico proceso. Precisamente en lo que atañe a este aspecto, a la luz de su más reciente manifestación, es posible vislumbrar dos momentos exegéticos distintos. Un primer momento revela una lectura literal de esta disposición y un punto de vista demasiado formalista, plasmados en la STC n.º 28/1991 y, posteriormente, reiterado en la DTC 1/1992. Esta perspectiva suscitó reacciones en el ámbito doctrinal, en la medida en que se configuraba como una delimitación incompatible con la necesidad de compaginar la Constitución con el proceso de integración, proceso este que, en

⁶⁶⁹ La compleja y no siempre suficiente naturaleza de esta complementación destaca con precisión Antonio López Castillo: “Si, no obstante la falta de nitidez de un tenor a partir del cual no cabría excluir otros supuestos distintos del de la integración comunitaria europea que está en su origen, se ha seguido considerando al artículo 93 Constitución como un fundamento constitucional suficiente (y, como se verá, exclusivo) de una integración progresiva en el ámbito iuscomunitario europeo, no habrá sido sin coste alguno.” (LÓPEZ CASTILLO, Antonio. La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. N.º 99, Enero-Marzo 1998, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 191).

último término había motivado la propia formulación del artículo 93.⁶⁷⁰ Hasta entonces, el contexto era el descrito con propiedad por Antonio López Castillo, doce años después de que España entrara en las Comunidades Europeas:

“La doctrina se ha esforzado, más allá de la crítica (en ocasiones, ramplona) al efecto de afianzar las notas y caracteres, más que de una diferenciación a estas alturas básicamente asumida, de una integración de ordenamientos jurídicos en un marco político de caracterización aún más compleja. Al TC le cumple, por su parte, la responsabilidad ya sea de asumir tales planteamientos u otros de su gusto, ya sea de concluir

⁶⁷⁰ El Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma que en el intento de alejarse del control de validez que tendría que asumir en la eventualidad de conflicto entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno el Tribunal parte de premisas incorrectas, pues “(...) si una norma interna lesiona el Derecho comunitario válido es porque lesiona el art. 93 de la Constitución española. No cabe otra posibilidad en un ordenamiento constitucional como el nuestro, ya que el Derecho comunitario se aplica en España en virtud de lo dispuesto en el art. 93 CE y, por eso, la lesión del Derecho comunitario es también lesión de la habilitación constitucional que lo hace aplicable en España. Lo que ocurre es que, como la primacía del Derecho comunitario no equivale a jerarquía (según tiene declarado el Tribunal de Justicia) su aplicación frente al Derecho interno puede resolverse en términos de eficacia mediante el desplazamiento de la norma interna contradictoria con el Derecho comunitario válido. Esas premisas incorrectas han conducido a una desvalorización de la función que le corresponde al art. 93 CE en nuestro ordenamiento y a una desvinculación ficticia entre la Constitución española y el Derecho europeo.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. In: *La Ley. Unión Europea*. Vol. XXV, N.º 6138, Martes, 30 de noviembre de 2004, p. 4). Araceli Mangas Martín desarrolló una severa crítica a esta postura al analizar la Sentencia N.º 28/1991: “El artículo 93 de la CE no es un precepto exclusivamente, «de índole orgánico-competencial», como afirmara el Tribunal Constitucional, que «se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales» (FJ 4). Extraña esa superficial y contradictoria calificación del precepto que es el fundamento de la obligatoriedad para España de miles y miles de normas comunitarias. El artículo 93 no se aprobó por el constituyente español sin una razón profunda para establecer un procedimiento especial de autorización parlamentaria: la razón profunda es que todo Estado que desee ser miembro de las Comunidades Europeas debe adoptar las disposiciones necesarias en su Constitución para que las normas comunitarias desplieguen plena y absoluta eficacia sin obstáculos jurídicos de ninguna clase reconociendo todo Estado miembro en su propia Constitución la competencia normativa de las Comunidades Europeas, con todas sus consecuencias, en sustitución de los órganos de soberanía nacional. No es casualidad que disposiciones similares o con la misma finalidad se encuentran en todas las Constituciones de los doce Estados miembros, en todas sin excepción. Es la condición *sine qua non* para poder ser Estado Miembro de las Comunidades. Por ello se debatió y se aprobó con pleno conocimiento del vaciado competencial que supondría la adhesión de España a las Comunidades. El Tribunal Constitucional, en una de cal y otra de arena, llega a comprender, a pesar de afirmar que es un precepto «limitado» a lo procedimental (mayoría absoluta frente a la mayoría simple de otros Tratados), que únicamente los Tratados que siguen ese procedimiento deberán ser confrontados con dicho precepto en un juicio de constitucionalidad. Desde luego, sin la profundidad y envergadura de ese precepto una buena parte de las normas comunitarias vulnerarían la Constitución usurpando competencias a nuestras más Altas Instituciones. Así pues, todo problema de compatibilidad de los Tratados comunitarios con la Constitución deberá ser juzgado desde la *lex specialis* que es el artículo 93 y al Tribunal constitucional corresponderá decir si algún precepto o el conjunto de los Tratados (o de nuevos Tratados comunitarios) no se encuentra comprendido entre las atribuciones del ejercicio de competencias que contempla la Constitución o si la exigencia misma de primacía de cualquier norma comunitaria sobre toda norma interna hace inconstitucional la adhesión misma a las Comunidades Europeas. Pero que se diga pronto y claramente. Las ambigüedades pueden dañar la aplicación efectiva y más que sensata que vienen haciendo los jueces y Tribunales en España.” (MANGAS MARTÍN, Araceli. La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario.

finalmente en la insuficiencia del artículo 93 Constitución a la vista de los progresos de la integración comunitaria. El TC, no obstante, se ha limitado a asumir sólo a medias esa responsabilidad dejando abierto un marco de indefinición, del cual sólo ha escapado algún elemento, en particular, la delimitación del par integración-reforma constitucional.”⁶⁷¹

La Declaración n.º 1/2004, no obstante, a pesar de no mitigar definitivamente las inquietudes suscitadas por la relación entre Constitución e integración europea, ofrece, tardíamente, una solución a la cuestión de la suficiencia y especificidad del artículo 93 como elemento que fundamenta la integración española. El Tribunal emprende un dramático cambio de rumbo y, conforme hemos destacado, al constatar el cambio en las condiciones que presidieron entonces sus manifestaciones anteriores, reconoce el valor reivindicado por parte de la doctrina el artículo 93, que atribuye un carácter sustantivo o material a su contenido. Esta afirmación se hace, no obstante, junto con la constatación de la existencia de límites a la incidencia del principio de primacía y del Derecho comunitario, como un todo, sobre la Constitución, sobre la que trataremos más adelante. En este sentido el Tribunal no duda en matizar este cambio de rumbo. Su posicionamiento en la DTC n.º 1/2004 sería plenamente suficiente para agradar a “griegos y troyanos” si no fuera el atraso con lo que aparece en el escenario jurídico. El problema de la relación entre Constitución y Derecho comunitario se cebó de tal forma, y durante tanto tiempo, en el ordenamiento español que su delimitación parece ser excesivamente tardía, ante las cuestiones que en la actualidad aparecen con

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo. In: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, N.º 2, Mayo-Agosto, 1991, p. 599, 600). La ilustre comunista reiteraría su crítica, en esta ocasión al analizar la DTC N.º 1/1992: “El Tribunal Constitucional hace nuevamente una lectura simplista de la Constitución al entender que el artículo 93 de la misma sólo permite ceder o transferir ‘competencias’ y no derechos (...). El problema que arrastra el Tribunal Constitucional desde su sentencia 28/1991, de 14 de febrero (...), es la interpretación que viene dando al artículo 93 como meramente ‘orgánico-procedimental’. Como ya he señalado en anteriores ocasiones, el artículo 93 de la CE no sólo establece un procedimiento de votación por mayoría absoluta para autorizar determinados Tratados. Al igual que preceptos análogos de otras Constituciones de Estados miembros, es la expresión de la aceptación de los plenos efectos de las normas comunitarias y abarca las finalidades políticas últimas de la integración: el artículo 93 permite la atribución del ejercicio de derechos de soberanía y no se agota en la autorización de la atribución, sino que rige continuamente nuestra vinculación a las Comunidades Europeas.” (MANGAS MARTÍN, Araceli. La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (Derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente. In: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV – 1992, N.º 2, Julio-Diciembre, p. 391, 392).

⁶⁷¹ LÓPEZ CASTILLO, A. Op. cit., 1998, p. 193, 194.

relación al tema y ante de los pasos que en otros ordenamientos ya fueran dados para armonizar ambas dimensiones normativas.

Por otro lado, directamente relacionada con este tema, se manifiesta, como un problema concreto en el sistema constitucional español, la naturaleza y profundidad de la relación entre el poder de reforma constitucional y el poder de integración. Conforme ya tuvimos oportunidad de destacar, el poder de reforma en la Constitución de 1978 presenta al menos tres peculiaridades que merecen ser destacadas. En primer lugar, la existencia de dos procedimientos distintos, en términos de complejidad, para alcanzar una misma finalidad: modificar el texto de la Constitución. Esta característica sugeriría una diferencia cualitativa entre normas constitucionales, con base en la que, podríamos afirmar que el Constituyente quiso blindar ciertas partes de la Constitución dotadas de mayor relevancia político-jurídica. No obstante, se trata de una verdad a medias, ya que no existe una previsión expresa que certifique la existencia de un núcleo material irreformable. Más que eso, la Constitución de 1978 no sólo carece de cláusulas de intangibilidad sino que puede estar sujeta a una revisión en su totalidad por medio del procedimiento más dificultoso de reforma constitucional. En el mismo documento, no obstante, una de las disposiciones autoriza la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a instituciones internacionales mediante ley orgánica, mientras que el otro prescribe la reforma previa de la propia Constitución en el caso que se constate una incompatibilidad entre su contenido y el del Tratado a ser ratificado. Sumemos a este contexto un proceso de integración comunitaria complejo, dinámico, con un conjunto normativo pautado por la primacía y efecto directo y protagonizado, fundamentalmente, por el Poder Ejecutivo y tendremos la receta ideal para poder canalizar verdaderas modificaciones, de una variedad material indefinida, mediante disposición constitucional que establece un procedimiento más simplificado que el de reforma de la Constitución para permitir que expansiones normativas comunitarias incidan sobre la dimensión constitucional del ordenamiento jurídico español.⁶⁷²

⁶⁷² Atento a esta problemática, Luís María Díez-Picazo afirma: La distinción entre cesión de competencias y cesión del ejercicio de competencias, si bien tiene base en el tenor literal del artículo 93 CE, resulta excesivamente artificiosa, pues no se explica cuál son sus consecuencias prácticas. No parece que el sentido de la distinción trazada por el Tribunal fuera sostener que la cesión del mero ejercicio de competencias puede ser libremente revocada. Parece, más bien, que su finalidad era justificar la existencia de competencias cuyo ejercicio no

El vínculo entre la cláusula constitucional de apertura y el poder de reforma constitucional, por otro lado, quedaron patentes ya en las primeras manifestaciones del Tribunal Constitucional acerca de la relación entre el Derecho comunitario y la Constitución. En este sentido, cabe recordar que, en conjunto, lo que se extrae de la Sentencia n.º 28/1991 y de la Declaración n.º 1/1992, es la preservación del contenido de la Constitución frente cualquier modificación proveniente de la esfera comunitaria que no se someta a los mecanismos previstos. El Tribunal se agarra a la indicación de una incompatibilidad explícita, recomendando los mecanismos constitucionales adecuados para remediarla, negando no sólo la posibilidad de reforma implícita de la Constitución sino también la cualidad y el nivel constitucional a normas comunitarias. En el ámbito de estas dos manifestaciones la urgencia del Tribunal en cerrar estas puertas sofoca las problematizaciones presentes en la peculiar interpretación desarrollada por el Consejo de Estado y viene al encuentro de una Constitución que carece de un núcleo material intangible.

Hasta entonces, la formulación de contralímites aún no había sido contemplada por el Tribunal Constitucional español y cualquier restricción a la incidencia del Derecho comunitario sobre el sistema constitucional estaba circunscrita a los límites formales a los que se sometía el mismo artículo 93 y que, en cierta forma, se hacían eco de las limitaciones procedimentales a las que se sometía entonces la Corte.⁶⁷³ Esta disposición, según el Tribunal, no constituía un canal alternativo para la reforma de la Constitución; por medio de él no se transfería la titularidad de las competencias y no tenía la virtud de otorgar naturaleza constitucional a cualquier norma comunitaria. Una

puede ser cedido, como sería destacadamente el poder de revisión constitucional. Ahora bien, tomada al pie de la letra, esta proposición representa un ejemplo de sustanciación y jerarquización de valores constitucionales: si ambos están contemplados en la Constitución y si ésta es enteramente reformable (art. 168 CE), ¿por qué el ejercicio del poder de revisión constitucional debería ser menos susceptible de cesión que la determinación de la titularidad del derecho de sufragio en las elecciones municipales? El auténtico problema es otro: ¿hasta qué punto el artículo 93 CE, que sólo exige previa autorización mediante ley orgánica, es base suficiente para seguir transfiriendo relevantes cuotas de poder a unas instituciones europeas que no satisfacen los requisitos mínimos de cualquier democracia constitucional?" (DÍEZ-PICASSO, Luís María. *El Derecho Comunitario em la jurisprudencia constitucional española*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 18, N.º 54, Septiembre – Diciembre, 1998, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 269, 270).

⁶⁷³ En este sentido, al analizar la DTC N.º 1/2004, Pedro Cruz Villalón destaca la diferencia, señalada por el propio Tribunal Constitucional, entre el abordaje de una contradicción textual ante la cual se solicitó su manifestación en 1992 y una supuesta contradicción no textual como la que se sugiere en 2004.

construcción tan restrictiva ya denunciaba la presión que el proceso de integración ejercía sobre la Constitución española. La necesidad de reforma para acomodar el proceso de integración no parecía ser, sin embargo, apremiante. En la Declaración n.º 1/2004, por otro lado, el Tribunal acierta, al menos en parte, en reconocer las modificaciones de condiciones con relación a su anterior declaración. Su constatación era correcta en referencia al proceso de integración europea. Al mismo tiempo, el Tribunal reconoce la compatibilidad entre la Constitución y el principio de primacía expresado en el artículo I-6 del Tratado Constitucional. Este detalle merece una atención especial, pues, al menos de forma inmediata, no se puede entender en qué habían mudado las condiciones normativas comunitarias con relación a 1992, específicamente, en el ámbito de la relación entre la Constitución española y el Derecho comunitario, que no fuera una ampliación del desfase antes constatado, en otras palabras, qué cambios se habían producido que hicieran compatible el contenido del principio de primacía del Derecho comunitario con una jurisprudencia que llegaba a afirmar la capacidad de la Corte para ejercer el control de constitucionalidad con el fin de controlar la compatibilidad entre la aplicación de normas comunitarias y la Constitución nacional.⁶⁷⁴ Y, no obstante, la Alta Corte Constitucional ahora reconoce la legitimidad de una potencial antinomia que, teniendo como polos la Constitución y el Derecho comunitario, no afecte a ciertos límites intransponibles. Es verdad que, conforme afirma el Prof. Francisco Balaguer Callejón al criticar de forma contundente el dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado Constitucional Europeo y descartar el argumento que sugiere una inconstitucionalidad sólo entonces descubierta

⁶⁷⁴ Alejandro Saiz Arnaiz va más lejos al afirmar, de forma tajante, la verdad de "(...) que la primacía del Derecho Comunitario se ha predicado en distintas Sentencias del Tribunal Constitucional (...), pero en ningún caso, nunca, esa primacía se ha reconocido expresamente frente a la Constitución española; antes bien, puede decirse que se rechazaba implícitamente cuando se negaba toda relevancia constitucional de aquel Derecho (...)." (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005 (I), p. 69). En el mismo sentido, destaca Antonio López Castillo: "Pues bien, ni la lógica del razonamiento es incontestable ni, aunque lo fuese, los datos de la realidad se ajustan del todo a su formulación en esas líneas extractadas; por decirlo de un modo ligero, la mayoría del Pleno procede a la relectura de una jurisprudencia iuscomunitaria ciertamente ambigua pero de la que si algo es posible deducir con alguna seguridad es que la asunción de la primacía del Derecho comunitario por parte del TC lo viene siendo a la manera de otras jurisdicciones constitucionales, el eco de cuyas reservas trasluce en la modulación, mediante referencia a la equivalencia de los respectivos estándares, de la referencia al alcance posible de la primacía del derecho comunitario ante la (suprema) normatividad de la Constitución española." (LÓPEZ CASTILLO, Antonio. La Unión Europea 'en constitución' y la Constitución estatal en (espera) de reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre. In: LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitución española y Constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 32, 33).

—derivada de la transición del principio de primacía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo al texto del Tratado de Roma de 2004— o se asume que la compatibilidad entre la Constitución española, y el principio de primacía existió desde 1986, o esa compatibilidad nunca existió, y durante todo ese tiempo ambos ordenamientos coexistieron en una especie de país de las maravillas normativo.⁶⁷⁵ Sin embargo, también es verdad que la compatibilidad que el Tribunal Constitucional reconoce no es la misma que el Tribunal de Justicia enunció como parte del *acquis communautaire* y, únicamente, si se parte de este presupuesto, la compatibilidad entre el principio de primacía, según lo enuncia el artículo I-6 del Tratado de Roma de 2004 y la Constitución española, queda plenamente preservada.

Ante la falta de una manifestación, en la Declaración n.º 1/2004, en pro de la colaboración interinstitucional que mida distancias, al mismo tiempo, con relación al tipo de primacía que el órgano jurisdiccional comunitario propugna, el Tribunal Constitucional complementa el reconocimiento de la compatibilidad entre la Constitución y el principio de primacía con dos ratiocinios intrínsecamente relacionados: el primero relativo a la diferencia entre primacía y supremacía; y el otro relativo a la afirmación de la existencia de contralímites al principio de primacía del Derecho comunitario en el sistema constitucional español.⁶⁷⁶ Mediante esta cuestionable distinción el Tribunal Constitucional intenta distanciar la relación entre el Derecho comunitario y la Constitución española del criterio de jerarquía. En estos términos sería posible propugnar una convivencia entre dos sistemas que afirmen, simultáneamente, la prevalencia de sus normas. En este sentido, el Tribunal ve en la apertura

⁶⁷⁵ “Desde el punto de vista jurídico y a efectos de una posible contradicción del principio de primacía con la Constitución española, o esa contradicción ha existido siempre (y si así lo declarara el Tribunal Constitucional, el razonamiento jurídico conduciría al absurdo) o no existe tampoco ahora por el hecho de que se incorpore al texto del Tratado de Constitución para Europa un principio indiscutido como el de primacía.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2004, p. 3).

⁶⁷⁶ Alejandro Saiz Arnaiz descarta la relevancia del primer razonamiento y considera el segundo una consecuencia lógica de la novedad que representó la recepción expresa, por parte del Tribunal Constitucional, del principio de primacía: “Antes de la DTC 1/2004 no podía haberse reconocido la primacía del Derecho Comunitario respecto de la Constitución porque de haberse llevado a cabo dicho reconocimiento en ausencia de ‘contra-límites’ la primacía habría sido total, ilimitada, frente a cualquiera de los contenidos de nuestra Constitución (salvo, ya se sabe, colisión textual). Ahora se hace posible la aceptación de dicha primacía es art. I-6 TcPE porque previamente se ha delimitado el terreno dentro del que la misma puede producir sus efectos; de ahí que, en mi opinión, sobra, está de más, el fundamento jurídico cuarto de la Declaración.” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005 (I), p 70).

proporcionada por el artículo 93 el instrumento mediante el que la misma Constitución autoriza su desplazamiento a favor de la aplicación de otra norma. Se trata de una decisión similar, en términos genéricos, a la sentencia Granital, dictada por la Corte Constitucional italiana, aunque carece de la misma profundidad y relevancia histórica, pues en aquel caso, la decisión del Alto Tribunal italiano operaba un ajuste, aunque imperfecto, en su jurisprudencia a fin de compatibilizar la protección de los contralímites con la colaboración interinstitucional con el Tribunal de Justicia Europeo. En el caso español, partiendo de premisas similares, aunque de un contexto constitucional sustancialmente distinto, el Tribunal Constitucional da un salto brusco, al modificar su jurisprudencia sin preocuparse de expresar una compatibilidad inequívoca entre elementos tan dispares como el principio de primacía del Derecho comunitario y el principio de supremacía de la Constitución, con lo que arriesga, en último término, la coherencia interna misma de sus argumentos.⁶⁷⁷ Matización que, en la sentencia Granital, la Corte Constitucional italiana tiene el cuidado de hacer, al destacar cómo ambas Cortes llegaban a una misma conclusión partiendo de premisas diametralmente opuestas, limadas entre sí por el principio de colaboración interinstitucional.

La consecuencia de esta distinción, al colocar en el mismo plano la afirmación de supremacía residual de la Constitución de 1978 y el reconocimiento de que en ella no estaba el fundamento de validez de normas comunitarias, sino la disposición —en el artículo 93— que hacía posible tal configuración para el orden interno, conduce a un alejamiento voluntario del Tribunal Constitucional, al menos en su relación cotidiana con el ordenamiento

⁶⁷⁷ En este sentido destaca Víctor Ferreres Comella: “En todo caso, con independencia de que la distinción entre primacía y supremacía pueda ser útil (hasta cierto punto) para reconstruir cierto tipo de conflictos entre Constitución y Derecho comunitario, no puede recurrirse a ella para relativizar la importancia de lo que está ocurriendo cuando se aplica una norma comunitaria a pesar de contradecir lo dispuesto en la Constitución nacional. Lo objetable en el razonamiento del TC no es que postule la distinción entre supremacía y primacía (distinción que, con algunos límites, puede ser útil). Lo objetable es que utilice esta distinción como argumento para relativizar el grado en que resulta afectada la supremacía de la Constitución española como consecuencia de la integración europea. Y es objetable, no sólo porque pretende extraer conclusiones de relevancia normativa o evaluativa, de una pura distinción conceptual, sino porque mina el planteamiento inicial del propio TC.” (FERRERES COMELLA, Víctor. *La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional*. In: LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitución española y Constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 94, 95).

comunitario, del eventual control de constitucionalidad de la aplicación de normas comunitarias, que flexibiliza la supremacía de la Constitución.⁶⁷⁸ Esta consecuencia, no obstante, sólo puede medirse con precisión si se conecta con el reconocimiento de límites implícitos a la prevalencia de las normas comunitarias sobre la misma Constitución que la autoriza.

En la Declaración n.º 1/2004, el Tribunal Constitucional español enumeró una serie de límites materiales que condicionarían y equilibrarían la apertura proporcionada por el artículo 93 a la dimensión comunitaria. En este aspecto no se puede ignorar que el Tribunal Constitucional avanza tarde sobre un terreno complejo. Su contribución gana relevancia no por la imposición de límites materiales al proceso de integración, sino por enunciar tales límites sin ningún amparo textual en la Constitución española. En este punto la contribución del Tribunal Constitucional español se singulariza con relación a la de los otros órganos analizados en este trabajo. Ello porque cláusulas de intangibilidad no constituyen un elemento ajeno para el Tribunal Constitucional Federal, para el Consejo Constitucional francés o para la Corte Constitucional italiana. En el caso español, no obstante, nos deparamos con una Constitución en la que tales límites no se hicieron percibir de forma explícita. Además, esta falta se hizo acompañar de la previsión de una potencial revisión total de la Constitución sometida a criterios puramente formales. La construcción del Tribunal Constitucional español contribuye con un aumento normativo de gran relevancia para la Constitución española al enumerar la soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas, el sistema de valores y principios fundamentales consagrados constitucionalmente en los que los derechos fundamentales adquieren sustantividad como límites a la incidencia del principio de primacía, cuya integridad entiende que el contenido del Tratado de Roma de 2004 respeta.⁶⁷⁹ En consecuencia, la Corte se introdujo en un camino

⁶⁷⁸ “Es cierto que la supremacía se mantiene en algún grado (...). Pero aunque (...) no haya quedado extinguida, es indudable que ha quedado seriamente afectada. No se puede ocultar el dato de que, como consecuencia de una lectura ‘integracionista’ del artículo 93 CE, se ha flexibilizado en una medida notable la supremacía de la Constitución española frente al Derecho comunitario derivado.” (*Ibidem*, p. 95).

⁶⁷⁹ En este sentido, al comentar la DTC N.º 1/2004, Pedro Cruz Villalón destaca: “Por tanto, los límites del artículo 93 de la CE, no son los que resultan de sus propios términos, sistemáticamente entendidos (...), sino éstos que ahora se expresan, ya que el propio artículo no lo hace. (...) Pues bien, añadirá la DTC 1/2004, el TeCE no sólo no pone en peligro sino que incluso garantiza tanto el carácter estatal como la constitucionalidad del sistema político español: baste remitirse al contenido de los artículos I-5 (...) y I-2 (...), en ese orden. Los

similar al recorrido por otros tribunales constitucionales al tejer una doctrina de contralímites.⁶⁸⁰ Es decir, en la DTC 2004/1, el Tribunal Constitucional desempeña una ya conocida función de equilibrar dos dimensiones contrapuestas. Por un lado, disminuye el roce interinstitucional con el Tribunal de Justicia europeo, al recibir el contenido del principio de primacía y se pone, formalmente, al día con una cualidad normativa que ya formaba parte de la estructura jurídica europea desde antes del proceso de integración español —y con la que se supone que el Estado español estuvo de acuerdo en el acto de adhesión— y por otro lado, yergue límites materiales a esta integración, consagrando una faceta que, al no ser explicitada por el texto de la Constitución española, podría fomentar interpretaciones tendentes a vulnerarla.⁶⁸¹

Conviene destacar que, en el camino recorrido por el Tribunal Constitucional, en la DTC 1/2004, el Consejo de Estado, en su informe sobre modificaciones de la Constitución española, emitido en febrero de 2006,

concretos términos del artículo 1-6, así como la declaración interpretativa de este último, también contribuyen a reforzar esta impresión (...). El TeCE, en suma, se mantiene dentro del respeto a los límites absolutos o materiales del noventa y tres.” (CRUZ VILLALÓN, P. Op. cit., 2006, p. 35, 36).

⁶⁸⁰ Es lo que afirma Alejandro Saiz Arnaiz: “Comportándose como lo ha hecho, el alto Tribunal se ha aproximado a la Corte Constitucional italiana y al Tribunal Constitucional federal alemán, que hace ya muchos años enunciaron, en contextos y circunstancias distintas, pero con una clara identidad de objetivo, la conocida como doctrina de los controlimiti. La integración, se dice, no puede contrariar los principios fundamentales del ordenamiento constitucional ni vulnerar los derechos inalienables de la persona humana; el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, se sostiene, ha de asegurarse, llegado el caso, frente a la (entonces) Comunidad. Se trataba de definir límites a la primacía del Derecho europeo, concebida desde siempre como absoluta por el Tribunal de Justicia.” (SAIZ ARNAIZ, A. Op. cit., 2005, p. 59).

⁶⁸¹ Victor Ferreres Comella destaca este equilibrio: “A mi juicio, hay que entender que el TC no se está refiriendo al supuesto de una concreta colisión entre una determinada norma comunitaria y la Constitución española, sino al supuesto de que el Derecho comunitario deje de respetar en su conjunto, y de manera suficiente, las estructuras, valores y principios en los que descansa la Constitución española. Pues si el pasaje se entendiera en el sentido de incluir también el supuesto de conflicto entre una concreta norma comunitaria y la Constitución española, se llegaría a resultados absurdos (desde la propia lógica de la Declaración del TC. En efecto: Si, ante la colisión entre una concreta norma comunitaria y la Constitución, el TC tuviera que intervenir y declarar (directa o indirectamente) la inconstitucionalidad de la normas comunitaria, ¿qué debería hacer el juez ordinario? Parece que, en virtud de la distinción entre supremacía y primacía, debería aplicar a pesar de todo la norma comunitaria. (Es obvio que la norma comunitaria exhibe su primacía frente a la Constitución española, no cuando es confrome con ella, sino cuando la contradice). Pero entonces, no se entendería muy bien la razón de ser de esa intervención del TC. Para evitar esta conclusión, hay que entender que el TC se reserva el derecho de intervenir sólo si diera la hipótesis de que el Derecho comunitario en su conjunto dejara de satisfacer las condiciones mínimas que la Constitución española le exige para poder aplicarse válidamente en España. Esta interpretación es coherente, además, con la alusión que hace el TC a la posibilidad que tiene España de retirarse de la Unión en tal caso (FERRERES COMELLA, V. Op. cit., 2005, p. 96).

partiendo de la premisa de la necesaria coherencia estructural entre el ordenamiento comunitario y el interno,⁶⁸² trató de avanzar teóricamente en el ámbito de esta relación, lo que lapida no sólo el tema del reconocimiento y la traducción constitucional del proceso de integración europea, como —a partir de algunos cuestionamientos fundamentales que conducían a temas ya suficientemente analizados por la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los anales del Consejo de Estado—,⁶⁸³ el de la construcción de límites a los efectos normativos de este proceso sobre el orden jurídico interno español, que culmina con la formulación, aunque a título ilustrativo, de su expresión normativa. Desarrollando y profundizando la postura expuesta en el Dictamen n.º 2544/2004, en el que sugería la introducción de una cláusula de integración en el texto constitucional como forma de otorgar naturaleza constitucional a un fenómeno que de hecho ya incidía sobre la Constitución y de evitar la necesidad de reiteradas reformas constitucionales en cada nueva etapa del proceso de integración, el Alto Órgano Consultivo equilibró el texto de un hipotético Título VII bis o VIII bis sobre la Unión Europea, a añadirse junto con una modificación en el Preámbulo de la Constitución de 1978, precisamente entre una expresa e inequívoca manifestación de voluntad de participar del proceso de integración europea con la aceptación de las

⁶⁸² “Ambos ordenamientos van dirigidos parcialmente a los mismos destinatarios, por lo que no se trata de un modelo federal, pues los Tratados comunitarios no equivalen a una Constitución federal, ni tampoco de un modelo internacional, justamente por esa comunidad de destinatarios; razones por las que se ha venido a configurar como un supuesto de supranacionalidad. Esta especificidad obliga a buscar soluciones que, más que fundarse en la superior jerarquía de una de las dos normas en juego — los Tratados o la Constitución —, tienen que asegurar una coherencia estructural entre ambos ordenamientos, cada uno de los cuales se afirma desde su propia lógica: supremacía desde la perspectiva del orden constitucional interno, primacía desde la del Derecho comunitario, en la terminología del Tribunal Constitucional (...). Estamos ante ordenamientos dinámicos que tienen su propia lógica jurídica y cuyas relaciones hay que articular, no tratándose de insertar el uno en el otro, sino permitiendo la coexistencia y mutua influencia y asegurando en todo momento la funcionalidad.” (Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones de la Constitución española, p. 52, 92).

⁶⁸³ “(...) Dos son las cuestiones relevantes a efectos del presente Informe: Primera, el alcance de la expresión ‘por la que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución’; es decir, si la aplicación combinada de los artículos 93 y 95 permite transferir a la Unión todo género de competencias o, dicho de otro modo, si existen o no límites infranqueables a la integración. Segunda, si el artículo 93 permite por sí solo la ratificación de tratados contrarios a la Constitución. Siendo la integración en las Comunidades europeas algo atípico pero no todavía cercano en 1978, en el momento constituyente español inicial el artículo 93 de nuestra Constitución reflejó lo que era usual en el Derecho comparado en aquellos Estados miembros que se planteaban algún tipo de reconocimiento implícito de las diferencias que la supranacionalidad europea suponía respecto del resto del Derecho internacional.” (Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones de la Constitución española, p. 69).

consecuencias en él implicadas y la ineludible necesidad de salvaguardar la esencia de la estatalidad española mediante la enunciación de contralímites.⁶⁸⁴ Tales contralímites surgirían de forma expresa tanto mediante la referencia al Título Preliminar, como de la delimitación de los principios fundamentales del vínculo que mantiene unidos al Estado español y a otros Estados miembros sobre una cobertura político-institucional común.⁶⁸⁵ Entre estos contralímites se encontrarían todos los enumeradas en la Declaración n.º 1/2004, con lo que se asimila la exigencia de ella derivada de que la soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas españolas, el sistema de valores y principios constitucionalmente consagrados y los Derechos Fundamentales configurarían parámetros materiales a la incidencia de la estructura normativa comunitaria sobre el orden interno español.

Al opinar de esta manera, el Consejo de Estado desarrolla lógicamente no sólo su propia posición, sino también la postura adoptada por el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004, aunque desperdicia, plenamente consciente, la oportunidad de ir más allá del contenido de esta declaración, al proponer las soluciones que los problemas suscitados por la integración europea a la Constitución española realmente requieren. Y la verdad es que el Consejo de Estado no sólo toca la posibilidad de aproximar normativamente — como de hecho exigen las actuales condiciones a las que se someten la relación entre constituciones nacionales y el Derecho comunitario— la apertura de la Norma Fundamental española, asociada a la previsión de límites a la

⁶⁸⁴ “A tal efecto, cabe formular dos criterios generales que han de tomarse en consideración al proponer las diferentes soluciones. Primero, lo que se pretende conseguir es una adecuación estructural entre ambos ordenamientos, el comunitario y el español. Ello es consecuencia lógica de la decisión adoptada de participar en el proceso de integración europea. Dicha voluntad supone de modo necesario aceptar las consecuencias que derivan de dicha participación; esto es, adecuar la norma constitucional a las implicaciones de la apertura del ámbito interno al ordenamiento comunitario. En segundo lugar y en cierto modo como contrapeso del anterior criterio, es preciso salvaguardar el papel que corresponde a la Constitución Española. Es la Constitución la que determina cómo, con qué procedimiento y con qué límites se pueden celebrar los tratados, la que determina cuál es la apertura del ámbito interno al ordenamiento comunitario y la que, en última instancia, determina su incidencia en el ordenamiento interno. (...) La cuestión de los límites está íntimamente relacionada con la necesidad de garantizar la permanencia de la esencia de la estatalidad española en la propia Constitución.” (Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones de la Constitución española, p. 86, 89).

⁶⁸⁵ “Nuevo Título [VII bis] u [VIII bis] ‘De la Unión Europea’, Artículo X bis: 1. España participa en el proceso de integración europea y con este fin el Estado español, sin mengua de los principios consagrados en el Título Preliminar, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una unión comprometida con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales.”

incidencia del proceso de integración, del poder de reforma constitucional, como reconoce que hay precedentes para ello en el orden constitucional de otros Estados miembros, pero rechaza este supuesto, al diagnosticar con precisión el problema, aunque falla al prescribir su solución.⁶⁸⁶ Como consecuencia, la enunciación de límites a la incidencia de las expansiones normativas al proceso de integración acaba cayendo en el vacío, pues la previsión de un núcleo duro que, en presencia de este proceso, prevalezca sobre disposiciones comunitarias, carece de sentido sin la lógica previsión de que toda ratificación futura de los Tratados y cualquier incompatibilidad sobrevenida entre las demás normas constitucionales y tales disposiciones impliquen, por sí sola, una reforma constitucional. En otras palabras, el complemento lógico de la previsión de una manifestación constitucional en pro de la integración europea, acompañada de la enunciación de límites constitucionales a la incidencia de tal proceso sería la previsión de que las normas comunitarias pueden provocar cambios en la Constitución siempre y cuando se sucedan en el tiempo o sean incompatibles con normas constitucionales y, en ambos casos, no infrinjan los límites antes mencionados.⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ “Así pues, si la ratificación de los Tratados constitutivos en el futuro se estructurase como una reforma constitucional (normalmente, conforme al artículo 167 de la Constitución), cabría interpretar que tanto el Derecho originario como el derivado europeos tendrían expresamente valor constitucional, modificando de manera automática el contenido correspondiente de la Constitución, salvo en las materias reguladas por el artículo 168, de manera que los límites a la participación y al valor del Derecho comunitario en virtud de su primacía serían los que se derivan del valor de esa misma reforma, para lo que el sistema constitucional español está especialmente preparado al distinguir la Constitución entre preceptos sometidos a distintos procedimientos de reforma constitucional, configurando así una especie de núcleo especialmente sólido (el sometido a reforma por la vía del artículo 168, que, a su vez podría servir de límite). (...) A pesar de lo expuesto, el Consejo de Estado cree conveniente descartar el recurso al procedimiento de reforma constitucional para ratificar futuros Tratados constitutivos, porque el sistema de leyes constitucionales adicionales al propio texto de la Constitución en principio es ajeno al sistema previsto en la propia Constitución y porque la manera cómo se resuelvan las cláusulas de participación y de articulación de ambos ordenamientos solucionan ya la cuestión del valor de las normas europeas desde la perspectiva del sistema interno. Además, la supremacía de la Constitución, desde la propia lógica del sistema español, quedaría mejor afirmada, formalmente al menos, si no se aplica el procedimiento de reforma como procedimientos de ratificación.” (Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones en la Constitución española, p 97, 98).

⁶⁸⁷ “Por tanto, existe un núcleo duro intransferible y explícito que queda autoexcluido de las eventuales colisiones que puedan originarse entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, incluyéndose en éste último las disposiciones que al respecto disponga la CE. Entonces, ¿qué ocurre con el resto de preceptos constitucionales? Las cuatro razones señaladas con anterioridad, que nos permiten concluir que una eventual contradicción entre el Derecho comunitario y la CE sólo puede resolverse acudiendo al procedimiento de reforma constitucional, se aplicarían a todos los preceptos constitucionales. Y ello porque — contrariamente a lo que el Consejo de Estado tiene en mente — el enunciado de los límites a la transferencia de competencias no convierte el resto de materias susceptibles de cesión y

Se trataría, en este caso, de flexibilizar el proceso de reforma añadiendo el mecanismo normativo comunitario al ámbito constitucional, abriendo la Norma Fundamental a su incidencia explícita pero, al mismo, limitándolo a partir de las propias disposiciones constitucionales. Se trataría también de suplir la falta de un elemento cuya ausencia en la Carta Constitucional española hace que cualquier enunciación de contralímites sea un enigma normativo. Pues ¿cómo entender como uno un sistema que simultáneamente autorice la revisión total de la Constitución mediante el mismo procedimiento dificultoso por el que reconoce la existencia de ciertos límites intangibles en ésta, ante la incidencia de otro sistema normativo?⁶⁸⁸ Es verdad que la falta de cláusulas de intangibilidad, con cierto esfuerzo, podría suplirse por un diseño normativo de la interacción entre Derecho constitucional y comunitario que estableciera un núcleo intangible de la Constitución, asociado al reconocimiento de que disposiciones normativas comunitarias en conflicto con otras disposiciones constitucionales provocaran la reforma de la misma Constitución, preservando la cláusula del artículo 95.2 para casos que

plasmadas en el texto constitucional como modificables por el hecho mismo de la cesión a la Unión Europea. Como hemos visto, nada de la propuesta del Consejo de Estado, materializada en el artículo X bis, permite alcanzar una solución diferente. El nuevo precepto no ha sido configurado como una vía para la modificación de las exigencias constitucionales sino sólo como un cauce — al igual que ocurre con el actual artículo 93 CE — para la transferencia de las competencias contenidas en las misma. Así las cosas, la colisión entre el Derecho comunitario y cualquiera de las disposiciones de nuestro texto constitucional sólo podría salvarse acudiendo al procedimiento de reforma correspondiente que permitiese la adecuación del precepto constitucional a las exigencias de la normativa comunitaria. En puridad, la problemática que abordamos sólo podría haberse resuelto de antemano — insistimos que este era el objetivo perseguido por el Consejo de Estado al plantear la reforma constitucional sobre el particular — reconociendo expresamente la supraconstitucionalidad del Derecho comunitario o cuanto menos, implícitamente, equiparando los procedimientos de cesión competencial a los de reforma constitucional. Como decimos, ambas opciones, tanto una como la otra, han sido descartadas o sorteadas por el Alto Cuerpo consultivo. A la vista de lo anterior, nada aporta la mención de los límites referidos a la resolución de los problemas que puedan suscitarse en la articulación del Derecho comunitario y el Derecho interno.” (SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel. La reforma de la Constitución española y el proceso de integración europea. Comentario al Informe del Consejo de Estado de 16 de Febrero de 2006. In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 24, Año 10, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Mayo/Agosto, 2006, p. 587, 588).

⁶⁸⁸ También el Prof. Francisco Balaguer Callejón expresa este escepticismo: “La cuestión, sin embargo, es que esta teoría de los contralímites tiene razón de ser, desde un punto de vista jurídico, cuando la propia Constitución contiene cláusulas de intangibilidad que permiten hablar de un límite material a la primacía, insalvable por medio de la reforma constitucional. (...) No es el caso, sin embargo, de nuestra Constitución, por más que podamos intentar extraer esos principios mediante esfuerzos doctrinales.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Recensión a LÓPEZ CASTILLO, A. - SAIZ ARNAIZ, A. - FERRERES COMELLA, V., Constitución española y Constitución europea: Análisis de la declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre). In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 22, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre – diciembre, 2005, p. 1106, 1107).

estuvieran fuera del ámbito de integración europea. Estaríamos, en este caso, frente al reconocimiento normativo de la relación necesaria entre la apertura a la integración y el poder de reforma de la Constitución, haciendo que los límites impuestos a las expansiones normativas derivadas del proceso de integración europea, pudieran, mediante interpretación análoga, aplicarse a otros supuestos.⁶⁸⁹ Sin embargo, cabe cuestionar la razón de desencadenar un procedimiento tan complejo como el del artículo 168 de la Constitución española, recomendado por el Consejo de Estado en su informe,⁶⁹⁰ para no llevar a cabo, en lo que respecta al proceso de integración europea, una ambiciosa reforma constitucional que efectivamente dé estabilidad normativa y no que sea un simple maquillaje constitucional de este proceso.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ Esta necesaria relación — que conlleva el acercamiento entre la abertura constitucional al proceso de integración y el poder de reforma — y el débil amparo normativo que es característica de una enunciación constitucional de contralímites que prescindiera de ella, son debidamente resaltados por el Prof. Francisco Balaguer Callejón: “Desde mi punto de vista el propio proceso de integración en Europa debería considerarse ya un límite a la reforma (que obviamente, no operaría como contralímite frente al Derecho europeo, pero que tampoco sería jurídicamente incompatible con el hecho de que el propio Tratado Constitucional contemple en su artículo I-60 la posibilidad de retirada voluntaria de la Unión) como también lo sería el pluralismo territorial garantizado en la Constitución. (...) Sin embargo, lo cierto es que la ausencia de disposiciones intangibles dificulta la posibilidad de oponer contralímites al Derecho europeo, porque la reforma constitucional es una vía abierta a la adaptación. Frente a ello tampoco se pueden invocar preceptos como el artículo I-5 Ceu y el correspondiente respeto a la identidad nacional o constitucional de los Estados porque esa identidad puede ser objeto de modificación mediante la reforma constitucional cuando no exista límites materiales a la reforma.” (*Ibidem*, p. 1107).

⁶⁹⁰ “Si las proyectadas modificaciones constitucionales sobre las que versa este Informe dieran lugar a una iniciativa de reforma que las abordase conjuntamente, como el Gobierno anuncia en la consulta, toda ella debería tramitarse en la forma prevista en el artículo 168 de la Constitución, ya que es este procedimiento agravado el que ha de aplicarse para la reforma del artículo 57, en el que se contiene la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión al trono. Esa necesidad se hará más evidente si la iniciativa de reforma constitucional, de acuerdo con alguna de las alternativas que en el Informe se ofrecen, incluye también una modificación del Título Preliminar. Pero esa mayor evidencia de la necesidad no la hace, sin embargo, más fuerte. A juicio del Consejo de Estado, si el propósito del Gobierno se traduce en una iniciativa de reforma constitucional que abarque los cuatro puntos incluidos en la consulta, no cabe soslayar el mandato constitucional que obliga a seguir el procedimiento previsto en el artículo 168 para toda reforma que afecte, entre otras partes de la Constitución, al Título II, del que el indicado artículo forma parte esencial. Es pues este procedimiento agravado, hasta ahora jamás utilizado, el que conviene analizar para ofrecer soluciones posibles a los muchos problemas interpretativos que el texto constitucional suscita.” (Consejo de Estado, Informe sobre modificaciones en la Constitución española, p. 332, 333).

⁶⁹¹ En este sentido, de acuerdo con lo que afirma el Prof. Balaguer Callejón, para el perfeccionamiento de la conexión entre el ordenamiento constitucional español y el europeo haría falta un abordaje sustancialmente más específico y mucho más amplio que el que realiza el Consejo de Estado en su Informe: “Una progresiva conformación de nuestro ordenamiento constitucional en clave europea no será posible sólo con una cláusula europea. Son muchos los ámbitos en los que la Constitución Española debería ser modificada. Desde el Preámbulo hasta los procedimientos de reforma constitucional, pasando por los derechos y libertades, los aspectos institucionales o la configuración de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. Cit., 2005, p 1108).

Ya en lo concierne específicamente al Tribunal Constitucional, en suma, podemos afirmar que, al culminar con la DTC n.º 1/ 2004 su jurisprudencia no presenta más inconsistencias o ambigüedades de lo que manifestaciones equivalentes hechas por otros órganos jurisdiccionales de superiores. Más que ello, su actividad se da en un ámbito constitucional difícil e impreciso, que se desarrolla en el vacío normativo dejado por la inercia de otros poderes, ante un vertiginoso proceso de integración de profundas dimensiones, que pone el jaque sectores enteros de la Constitución. Como su función primordial es la salvaguarda de la Constitución, se puede afirmar cierta lentitud en las reacciones a tal proceso, aunque no es incoherente que su jurisprudencia culmine con la DTC n.º 1/2004.

Por lo demás, cualquier salto cualitativo que haya de darse en pro de una mayor compatibilidad entre la Constitución española y el proceso de integración europea depende, a estas alturas, muy poco del Tribunal Constitucional español. Dentro de las limitadas condiciones que se ven en lo que Cruz Villalón llama de agnosticismo constitucional español con relación a la realidad europea, parece que es verdad que la capacidad argumentativa del Tribunal Constitucional llegó a su límite.⁶⁹² En el punto en el que se encuentra su jurisprudencia difícilmente se puede acusar al Tribunal Constitucional de, en su función de guardián de la Constitución, colocar obstáculos de forma indiscriminada o injustificada al proceso de integración. En verdad, la realización de una amplia reforma en la Constitución española, a ejemplo de lo que ocurrió en Alemania o en Francia, para asimilar elementos de la jurisprudencia de la propia Corte, serviría para eliminar los vacíos y reducir las inconsistencias generadas por la relación entre cláusula de apertura y poder de reforma constitucional y para mitigar los roces entre el ordenamiento

⁶⁹² Límite que se deduce de la afirmación del propio Pedro Cruz Villalón según la cuál en la delimitación del Art. 93 en la DTC N.º 1/2004 el Tribunal Constitucional se habría equivocado en la interpretación pero no en el diagnóstico: "A la hora de hacer una valoración de conjunto de la DTC 1/2004 cabría decir que el Tribunal Constitucional español no ha acertado en la interpretación. Ha acertado en el diagnóstico desde el momento en que diseña un esquema de conjunto de las relaciones entre el orden constitucional de la UE y el orden constitucional español que se corresponde, no sólo con lo que el TeCE pretende, sino incluso con lo que es ya el bloque europeo de la constitucionalidad realmente existente: un sistema complejo de contrapesos, tendente al equilibrio del conjunto. En mi opinión, sin embargo, no ha acertado en la interpretación, desde el momento en que ha querido ver en el artículo 93 de la CE, como si de una bola de cristal se tratara, todo un sistema que, me atrevería a decir, el común de los mortales no acertamos a ver." (CRUZ VILLALÓN, P. Op. cit., 2006, p. 36, 37).

comunitario y la Constitución, sobre todo al recibir expresamente las cualidades normativas atribuidas a las disposiciones de este ordenamiento y enunciar, simultáneamente los límites constitucionales de su incidencia sobre el orden interno. Ésta, sin embargo, no sólo ya no es una tarea que corresponda al Tribunal Constitucional como, en un contexto constitucional tan reticente al cambio formal como es el español, implicaría, como destaca el Prof. Francisco Balaguer Callejón cambios constitucionales tan impactantes que tendrían que comenzar con la flexibilización del propio procedimiento de reforma, un sector de la Constitución que, de tan complejo, inviabiliza su propia concreción.⁶⁹³ Cabe reconocer, no obstante, que al enunciar su posicionamiento en la DTC n.º 1/2004, el Tribunal Constitucional da un primer paso en este sentido, al situar en la esfera de constitucionalidad una virtual flexibilización de la Constitución en favor de la incidencia sobre el ordenamiento interno de las normas comunitarias que, aunque en desacuerdo con la Constitución y respetando

⁶⁹³ “Para evitar estos problemas sería muy conveniente una reforma constitucional de amplio alcance que comenzara por modificar los actuales procedimientos de reforma constitucional y estableciera fórmulas flexibles de adaptación de la Constitución española al Derecho europeo que pudiera resultar contrario a sus preceptos. Pero el momento de esa reforma es algo que deben decidir los agentes políticos libremente sin que los juristas podamos hacer otra cosa que alentarles encarecidamente a que generen los consensos necesarios, ya que reformas de ese calado deberán seguir necesariamente el procedimiento establecido en el art. 168 CE.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2004, p. 5). La necesidad de la reforma constitucional como culminación de lo que Cruz Villalón llama política constitucional europeísta parece ser un punto de convergencia que puede ser alcanzado aún partiéndose de puntos de vista diametralmente opuestos. En este sentido, reconociendo dicha necesidad, pero alejándose de la postura del Profesor Balaguer Callejón respecto a la necesidad de un respaldo constitucional formal al principio de primacía ante su introducción en el texto de los tratados fundacionales — tesis que ha sido criticada por el catedrático granadino — Antonio López Castillo señala: “La cuestión es si ante la explícita articulación de un principio de relación interordinamental, como el de primacía del derecho de la Unión sobre los derechos estatales (sin que a estos efectos, la integración de la cláusula del artículo I-6 mediante Declaración anexa, represente elemento significativo alguno), basta con la secuencia anterior sin que, en correspondencia con el paso dado en el TCUE, se proceda a la expresa previsión en el texto constitucional del Estado, sea de una cláusula de primacía, sea de una explícita cláusula de pertenencia a la Unión, con o sin modificación del actual procedimiento, sea de todas estas cosas al tiempo. (...) Ciertamente, comporta una garantía adicional la expresa formalización en el TCUE de las cláusulas de constitucionalidad y estatalidad, pero el salto de la implícita integración jurisprudencial en el Derecho primario hasta la explícita formulación en el TCUE de esas cláusulas, como de la cláusula de primacía, precisa de correspondencia en las Constituciones de los Estados; una correspondencia que, por la naturaleza dinámica propia de un proceso histórico como el de integración, nunca ha sido perfecta ni simultánea en sistemas estatales que, a medida que ello se ha hecho evidente, han procedido a una adaptación progresiva a cambios y mutaciones más o menos silentes. (...) En este sentido, conscientes de los tiempos (im)previstos en una legislatura que se enfrenta (...), los miembros integrantes del colegio plenario del TC bien podrían haber concurrido en una interpretación condicionada de la suficiencia del implícito fundamento constitucional de la integración europea a la espera de una revisión constitucional de adaptación constitucional a un nuevo estado de cosas (...) no será efectiva realidad (constitucional) sino como consecuencia de la entrada en vigor del TCUE.” (LÓPEZ CASTILLO, A. Op. cit., 2005, p. 33, 34).

ciertas limitaciones, no la contrarían textualmente. Por tanto, una apertura que no encuentra expresión en el texto constitucional, sujeta a límites que tampoco se exteriorizan formalmente en la Constitución de 1978.

CAPÍTULO V

FORMULACIÓN DE ALGUNOS PROBLEMAS DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL ANTE EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

Como hemos señalado, la integración europea abarca dos dimensiones distintas. Así como una debida comprensión del Derecho Constitucional de un determinado Estado no puede reducirse simplemente por medio de la lectura del texto constitucional en él promulgado, sino a través del análisis de la comprensión que en torno a él construye el órgano que le interpreta, también en la Unión Europea una correcta lectura del significado de su estructura no puede derivar simplemente del articulado de los Tratados constitutivos. Ello no disminuye la relevancia de tales documentos. Al contrario, en los Tratados constitutivos se halla definido un marco normativo que vertebra la Unión. No obstante, la lectura del alcance del proceso de integración sólo puede efectuarse a través del análisis de las doctrinas que afloran en los paradigmáticos casos que constituyen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros.

Prueba de esta relevancia intrínseca de la doctrina constitucional que se forja, en parte, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en parte por la de las Cortes Constitucionales, es el hecho de que haya sido asimilada en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y, aunque en un contexto de rechazo a elementos simbólicos que evocaran cualquier trazo de constitucionalismo, no haya sido eliminada, en sus aspectos más esenciales, en el proceso que culmina con en el Tratado de Reforma. Es decir, en el momento de simplificar y expresar la estructura normativa del proceso de integración, la doctrina del TJE y el contrapunto que ofrece la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros tenían que incluirse. Así en el Art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea se establece: “Los derechos fundamentales

que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.” Por otro lado, la doctrina de la primacía y del efecto directo se incorporan por la previsión expuesta en una Declaración específica, ya citada en este trabajo, y por el sistema de fuentes, establecido en el Art. 249 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión.⁶⁹⁴

Resulta intrigante que una doctrina de vanguardia como la desarrollada por el TJE, a pesar del peculiar diálogo que mantiene con las Cortes Constitucionales desde mediados de la década de setenta, no haya provocado antes el temblor constitucional y la urgencia en reflexionar sobre el proceso de integración al que asistimos hoy. Respecto a este tema, Weiler argumenta que en verdad fue el Tratado de Maastricht el que desempeñó la tarea de despertar la opinión pública sobre el grado de institucionalización alcanzado por el proceso de integración.⁶⁹⁵

Este cambio ideológico al que se refiere Weiler, y que tuvo en el Tratado de Maastricht su instrumento de formalización y amplia expresión, con la consecuente inserción del proceso de integración europeo en los espacios de formación de la opinión pública, fue precedido por lo que, según MacCormick, podría caracterizarse como una modificación constitucional sin quiebra de continuidad. Las dudas que animan nuestro cuestionamiento son las mismas que llevan a este autor a hacer un análisis, esta vez a partir de la estructura

⁶⁹⁴ Tratado sobre el funcionamiento de la Unión, Art. 249: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes. .”

⁶⁹⁵ “Here the importance of 1992 has not been only in a modification of the political process do the Community, but also in a fascinating mobilization of wide sections of general public opinion behind the new Europe. The significance of this mobilization cannot be overstated. It fueled the momentum generated by the White Paper and the Single European Act, and laid the ground auspiciously for creating Community initiatives to push beyond 1992. (...) Although no one has a clear picture of ‘political union’, with open talk about Community government, federalist solutions, and other such codes, even if the actual changes to the existing structure will be disappointing, in the ideological ‘battle’ between state and Community, the old nationalist rhetoric has become increasingly marginalized and the integrationist ethos has fully ascended.” (WEILER, J.H. Op. cit., 1999, p. 87).

constitucional británica, y en atención a los efectos de lo que podría caracterizarse como una revolución en el Reino Unido, resultante de la adhesión a la Comunidad Económica Europea a través del *European Communities Act*, de 1972, del referéndum subsiguiente, realizado en 1975, y de la decisión de la *House of the Lords* en el caso *Factortame v. Secretary of State for Transport*, en la que se decidió que la tradicional soberanía del Parlamento no permanecía intacta tras el ingreso del país en la CEE.⁶⁹⁶

Aunque sea cierto que los cambios verificados a lo largo del proceso de integración trajeron cambios constitucionales sin quiebra de la continuidad, por otro lado, resulta innegable, como destaca Didier Maus, que desde “(...) un punto de vista cronológico, el Tratado de Maastricht, de 1992, constituyó una etapa de cambio cualitativo: desde entonces, el diálogo entre el desarrollo de los Tratados europeos y las constituciones está abierto.”⁶⁹⁷

En todo caso, sea cual sea la posición que se adopte para analizar el contenido de tan avanzada doctrina que tenía como destinatarios a los Estados que consagraban la supremacía de sus propias Constituciones nacionales, no hay duda de que las construcciones jurisprudenciales desarrolladas por el TJE nos ponen ante serios cuestionamientos teóricos. La tríada: supremacía – efecto directo – salvaguarda de derechos fundamentales, nos enfrenta a una institución dotada de preeminencia normativa fuera de toda duda ante los Estados miembros que la componen. Esta preeminencia normativa choca con la que deriva de las constituciones nacionales, que también consagran los mismos principios. El tema gana en complejidad cuando se hace patente que este conflicto tiene como premisa el centro neurálgico de una estructura constitucional. Abdicar de la supremacía, del efecto directo del que se prescribe

⁶⁹⁶ En este sentido, MacCormick afirma: “Understanding a constitution is not understanding any single rule internal to it as fundamental; it is understanding how the rules interact and cross-refer, and how they make sense in the light of the principles of political association that they are properly understood to express. If there is a fundamental obligation here, it is an obligation towards the constitution, an obligation that has significance both in moments of relative stasis and in more dynamics moments. These are moments when, in response to changing circumstances, legislators or the people in a referendum make amendments, or judges engage in interpretative adjustment of principles and doctrines in a way that may produce great constitutional change but that does not thereby amount to radical or revolutionary discontinuity.” (MACCORMICK, N. Op. cit., 1999, p. 93).

⁶⁹⁷ MAUS, Didier. The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constitutional Power, In: JYRÄNKI, Antero (org.). *National Constitutions in the Era of Integration.*, London: Kluwer Law International, 1999, p. 47.

y de la salvaguarda de derechos fundamentales significa virtualmente renunciar al carácter constitucional. Resulta inexcusable, a nuestro parecer, canalizar los problemas resultantes de esta tensión entre Constitución nacional y la estructura constitucional que surge del proceso de integración europeo, hacia el terreno de la categoría del Poder Constituyente, en sentido amplio, ya que, según quedó claro en los capítulos anteriores, es en esta categoría donde se problematizan los temas más estructurales de un ordenamiento constitucional, entre los que figuran como protagonistas la supremacía y el poder de reforma de la Constitución.

Creemos que, una vez orientada la problemática resultante de la tensión antes destacada hacia el ámbito de la categoría del Poder Constituyente, las cuestiones que se plantean pueden dividirse en dos grandes temas profundamente interrelacionados. El primer tiene relación con la afirmación o negación de la existencia de un proceso constituyente en el ámbito comunitario. ¿Podemos hablar coherentemente de la existencia de una Constitución Europea, fundada en un Poder Constituyente Originario comunitario? La segunda cuestión, que se caracteriza como un desarrollo necesario de la primera, se refiere a las consecuencias del proceso de integración comunitario para el Poder Constituyente, en cuanto categoría que proporciona una lectura constitucional de los fenómenos políticos.

1. Acerca de la existencia de una Constitución europea

En el primer capítulo, destacamos la existencia de un conjunto de elementos a partir de los que emergió la Teoría del Poder Constituyente. Estado, Soberanía y Constitución constituyen tal conjunto. La referencia a estos elementos no se ha hecho sin algún sentido. Efectivamente la “*estatalidad*” siempre ha sido una de las características más viscerales de la Constitución, y si no fuese así, los procesos de integración internacional y, sobre todo, el proceso de integración europeo no despertarían la mayor atención. Aunque el título de este apartado apunta hacia una abstracción en el

sentido de insinuar que esta posibilidad puede darse en otros contextos, es innegable que su relevancia se basa en los desarrollos del proceso europeo a lo largo de las últimas cuatro décadas.

La cuestión acerca de la existencia o no de una Constitución europea tiene un interés especial porque no existe un Estado europeo, y sobre todo, porque el Estado-nación, estructurado por una Constitución nacional no ha dejado de tener un fuerte protagonismo en el escenario internacional. Al mismo tiempo, la integración europea, se caracteriza como un hecho que ha demostrado una relevancia creciente hasta el punto de hacerse imprescindible una nueva lectura teórica de la realidad, sobre todo en el ámbito del Derecho Constitucional. Esta pregunta puede conducirnos, por otro lado, a un desafío para la Teoría del Poder Constituyente, puesto que, en sus desarrollos doctrinales nunca se ha asumido la quiebra del vínculo que une la Constitución al Estado.

Es necesario destacar, no obstante, que la problemática que concierne a la relación entre Constitución y estatalidad apunta tan sólo a una dimensión de la problemática constitucional generada por la intensificación de la integración europea. Sin distanciarnos de la tríada antes destacada, cabe reflexionar sobre la otra legitimidad que impregna este proceso y que emana de una ciudadanía europea que, al contrario del conjunto de Estados miembros, busca un contexto institucional que, a ejemplo de lo que ocurre en el ámbito nacional, propicie mecanismos democráticos de participación y formación de la voluntad política comunitaria. Si una Constitución es creada por y para un determinado sujeto, a fin de estructurar político-jurídicamente una determinada asociación, cabe cuestionar si podemos deducir que existe una Constitución en un contexto en el que la heterogeneidad sociopolítica, al envés de ser la excepción, constituya la regla. Puesto que la realidad de la integración europea ya no puede entenderse y describirse exclusivamente desde la óptica de los poderes ejecutivos estatales, que abarca también una dimensión que la trasciende y que la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Consejo Constitucional francés, la Corte Constitucional italiana o el Tribunal Constitucional español trataron de explicitar, si la respuesta al interrogante que genera la existencia de una Constitución europea

fuera afirmativa , ¿podríamos hablar entonces de un Poder Constituyente Europeo? Y si fuera negativa, ¿cuál sería el efecto del proceso de integración para la Teoría del Poder Constituyente?

Hasta ahora hemos visto la formación de dos universos distintos que afirman principios semejantes. Por un lado, la forja de una teoría de la que afloran tanto el principio de supremacía como el hecho de la resistencia de la Constitución nacional al cambio, lo que denuncia su posición privilegiada en la estructura de las fuentes del Derecho. En razón del carácter especial de la expresión política que la crea, y de la apertura al cambio condicionada por los parámetros delineados por esta expresión política, la Carta Constitucional adquiere una posición de innegable superioridad en el ordenamiento jurídico. Por haber sido producto de una determinada fase de la modernidad, el vínculo con la estructura estatal y la colectividad bajo su cobertura resultó inevitable. Por tanto, el Poder Constituyente se ejerce para dotar al Estado de una Constitución que le proporcione una estructura normativa, delimitando sus poderes y competencias y vedando los abusos a través del reconocimiento de los derechos fundamentales.

Por otro lado, otra perspectiva, basada, sin embargo, en premisas semejantes, asoma con la aparición del proceso de integración europeo. En esta etapa de constatación de carencias del Estado-nación, sobre todo respecto a la concreción de la paz y prosperidad, se defiende la limitación de la soberanía y el advenimiento de la supremacía de un ordenamiento exterior al Estado que no se identifica con él en su conformación política.

Estos dos desarrollos no son subsecuentes sino simultáneas. Como si no fuera suficiente, una de las etapas más recientes del proceso de integración europeo provocó la formulación de un texto formal que hizo las veces de una Constitución europea, punto culminante de un proceso que marcó una significativa diferenciación respecto a los métodos de negociación anteriores, y que se acercó al estilo convencional de los procesos constituyentes estatales tradicionales.⁶⁹⁸ Este reciente desarrollo sólo acentuó problemas que ya

⁶⁹⁸ Razón por la que el Prof. Francisco Balaguer Callejón atribuye — en sentido amplio — naturaleza constituyente a dicho proceso: “El proceso de elaboración del Tratado constitucional podía considerarse, sólo en sentido amplio o genérico, un proceso constituyente.

componían el universo teórico del proceso de integración europea, relativos a la legitimidad que fundamenta este proceso y que, conforme ya hemos destacado, no se circunscribe exclusivamente a la intervención de los Estados miembros.⁶⁹⁹ En este contexto, la construcción de un modelo que exprese la voluntad del ciudadano europeo, la singularización de esta voluntad y su manifestación democrática se convirtieron en cuestiones apremiantes cuya solución se ha vuelto *conditio sine qua non* para el propio avance del proyecto europeo. Dado que el proceso de integración europea ya no está exclusivamente condicionado por la voluntad política de los ejecutivos nacionales, pero debe incluir al ciudadano europeo en su desarrollo, y porque una Constitución debe presuponer una colectividad, una esfera pública y una organización política, el cuestionamiento acerca de su existencia o no en el ámbito supraestatal gana relevancia.

1.1. Planteamientos contrarios a la existencia de una Constitución Europea

Dos posiciones surgen en torno a la cuestión de la existencia de una Constitución europea. La primera la niega vehementemente. Esta perspectiva se apoya fundamentalmente en una depuración teórica, y conduce a un aislamiento conceptual, ya sea en el ámbito del Derecho Comunitario, ya sea en el ámbito del Derecho Constitucional. Según esta corriente el error de afirmar la existencia de tal Constitución se refiere no sólo al Tratado Constitucional de 2004, sino a la propia existencia de una cierta estructura

Lo era desde luego, en cuanto al resultado si entendemos que el Tratado daba lugar a una Constitución para Europa, por más que esa Constitución presentara algunas deficiencias desde el punto de vista del Derecho constitucional. Lo era también, en parte, en cuanto al proceso mismo, ya que la elaboración del Tratado constitucional no había seguido los pasos habituales que hasta ese momento (a salvo el precedente de la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales, cuya naturaleza constitucional también es clara) se habían seguido para la modificación de los Tratados.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.). Op. cit., 2007, p. 207, 208).

⁶⁹⁹ El Profesor Francisco Balaguer Callejón se refiere a esa doble legitimidad tomando por base el Preámbulo y el contenido del Art. 1.1 del Tratado Constitucional de 2004. La tensión que provoca esa doble legitimidad, según afirma, es la que hace necesaria que la Constitución europea adopte la forma de Tratado. (*Ibidem*, p. 211).

constitucional de carácter material, independiente de su formalización documental.

La negación de la existencia de una Constitución europea se apoya, en parte, en la debilitación de la comunicabilidad entre las categorías pertenecientes a ramas dogmáticas distintas por el riesgo de que subviertan elementos conceptuales o de que se imposibilite la adecuada interpretación de los fenómenos políticos. Una posición de este tipo se puede deducir del argumento de Javier RUIPÉREZ al destacar que no se puede hablar “(...) de una Constitución europea, ‘toda vez que Europa como tal no forma un único Estado constitucional’, todo lo más, y como, (...) hemos señalado antes, se trata de una forma moderna de Confederación, en la que, como nota característica basilar, sus componentes conservan su naturaleza de Estados constitucionales, independiente los unos de los otros, y cada uno de ellos con su propio Pueblo soberano.”⁷⁰⁰

De otra parte, convergiendo en una posición semejante, se niega la existencia de una Constitución europea partiendo de la idea de una continuidad del *status quo*, que se modificaría simplemente en los aspectos formales, prescindiendo del diálogo con las inevitablemente afectadas categorías del Derecho Constitucional. Este posicionamiento se puede deducir del pensamiento de Araceli Mangas Martín, que al corroborar, aunque en parte, la posición de Grimm, y partir de un punto de vista estrictamente “comunitarista”, descaracteriza cualquier dimensión constitucional del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Aunque resalte la existencia previa de una atribución constitucional a los Tratados, derivada de la dimensión doctrinal y jurisdiccional “comunitarista”, la autora despoja al Tratado de Roma de octubre de 2004 (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) de cualquier contenido trascendente que pudiera justificarlo como constitucional, en el sentido pleno del término. Afirma sin rodeos que no estamos ante una auténtica Constitución, ya que la Unión Europea no es un Estado sino una organización internacional intergubernamental, formada por veinticinco Estados aún soberanos. Señala numerosos puntos propios de una

⁷⁰⁰ RUIPÉREZ, Javier. *La ‘Constitución Europea’ y la Teoría del Poder Constituyente*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 100.

Constitución tradicional que formalmente no son considerados, entre los que estarían el derecho de autodeterminación del Estado miembro, la plenitud de la soberanía de tal Estado y el derecho de secesión, para afirmar que “(...) con el término ‘Constitución Europea’ se ha buscado apelar a un valor político-cultural histórico propio de la tradición jurídica democrático-liberal europea y atraer a la ciudadanía hacia las normas fundamentales de un sistema jurídico y político decisivo para sus vidas.”⁷⁰¹ Acercándose en términos teóricos a posiciones extremas en el ámbito del Derecho Constitucional, la Prof^a Mangas destaca:

“La UE a veces se parece a un Estado; pero no lo es. Un Estado se asienta sobre los poderes originarios, otorgados por un pueblo soberano. Un pueblo constituido en Estado soberano tiene todos los poderes sin más límites que el Derecho Internacional. Un Estado tiene poderes generales y abstractos. De todo ello carecen las Comunidades Europeas, así como la UE actual y la futura que renazca del Tratado constitucional. Los poderes de la UE son funcionales para hacer algo concreto, y son atribuidos por los Estados miembros.”⁷⁰²

Parte de la doctrina critica el excesivo formalismo y el carácter extremo de este posicionamiento.⁷⁰³ El posicionamiento de Ruipérez y de Araceli Mangas Martín evidencian una dificultad para trascender las limitaciones conceptuales en favor de un análisis que incluyera los problemas revelados por la aparición de la supraestatalidad. El análisis de los nuevos fenómenos se efectúa con un conjunto conceptual si no anacrónico, insuficiente para proporcionar una lectura adecuada de la realidad, lo que inevitablemente conduce a extremos. Por lo que respecta a la supervivencia del Estado en cuanto elemento medular del escenario político y significativo obstáculo para una traducción adecuada, y atendiendo a las opciones resultantes de la Convención Constitucional pos-Laeken, Walker destaca:

⁷⁰¹ MANGAS MARTÍN, A. Op. cit., 2005, p. 22.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 26, 27.

⁷⁰³ “En definitiva, nos parece que negar la existencia de una Constitución europea a causa de la naturaleza no-estatal de la Unión, además de adolecer de cierto formalismo, equivale a reconocer que las constituciones internas habrían autorizado su propia *desconstitucionalización* o vaciamiento, es decir, que habrían permitido el ejercicio directo sobre los ciudadanos de ciertos poderes o facultades, que de otra manera estarían sometidos a ellas.” (CANCELA OUTEDA, Celso. *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 250).

“All of this is unsurprising. After all, the vocabulary with which we seek to make normative sense of political entities, including all the key values listed above, even if it does not originate with the modern state, has nonetheless undergone centuries of development and refinement within the context of the state. (...) What the mutually reinforcing positions of the postnational constitutional ‘refuseniks’ and the literal translators have in common is a failure fully to engage with problems of translation.”⁷⁰⁴

Walker afirma que definirse en favor de la “*traducción*” implicaría buscar en el contexto estatal elementos que, una vez preservados, puedan contribuir a la configuración de una organización política no estatal, lo que sugiere la superación de al menos dos objeciones. La primera de ellas tiene relación con el hecho de que el constitucionalismo se refiere tanto a la cuestión del autogobierno como al tema de la dominación ilegítima, y lleva a una reflexión acerca de lo que está prometido por el constitucionalismo y lo que efectivamente se concretiza. La segunda de ellas, refleja la distancia entre la teoría y la práctica en la solución de problemas referentes al autogobierno. Walker afirma que el constitucionalismo, en cuanto símbolo condensador, expresa una potencia que lo eleva desde una dimensión estatal hacia otra de carácter posnacional. Más que proporcionar un contexto fértil para el debate, Walker se limita a señalar que el constitucionalismo debe proporcionar un punto de referencia normativo para justificar su poder ideológico. Y en este sentido, aclara la tarea que corresponde a la traducción en un contexto posnacional: “The task of translation of constitutionalism into the postnational context is, in acknowledging the strenght of constitutionalism as a powerful and mobile symbolic frame, to vindicate the promise of constituionalism as a normative frame.”⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and the problem of translation. In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene. *European Constituionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 30, 31.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 35.

1.2. Posición favorable a la existencia de una Constitución europea

El hecho de que la estructura normativa del proceso de integración europeo refleje inequívocamente los principios del constitucionalismo⁷⁰⁶ es exactamente lo que impulsa a la corriente doctrinal contraria a abogar por la existencia de una Constitución europea. En efecto, una reflexión cuidadosa debe conducirnos de vuelta a la cuestión de la naturaleza del proceso de integración. No estamos ante una realidad plenamente comprensible desde la perspectiva internacionalista. Ello quiere decir que las Comunidades Europeas antes, la Unión Europea de hoy, nunca se configuraron plenamente como organizaciones internacionales en el pleno sentido de la palabra. Esta peculiar caracterización puede encontrarse en la propia jurisprudencia del TJE, partiendo de la Sentencia *Van Gend en Loos*, en la que se aboga por la caracterización de la Comunidad como un nuevo ordenamiento de Derecho internacional, hasta la Sentencia *COSTA v. ENEL*, en la que se propugna que, al contrario de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado constitutivo de la CEE instituyó un ordenamiento jurídico propio que, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, implica una limitación de la soberanía. La existencia de un ordenamiento propio presidido por principios que se distancian del Derecho internacional es precisamente el punto de inflexión destacado por Weiler cuando se refiere a la naturaleza constitucional del proceso de integración.⁷⁰⁷

Los argumentos favorables a la existencia de una dimensión constitucional en el proceso de integración, sin embargo, no identifican la

⁷⁰⁶ Así define Canotilho el constitucionalismo: "(...) é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos." (CANOTILHO, J.J.G. Op. cit., 1997, p. 51).

⁷⁰⁷ "The Community was conceived as a legal order founded by international treaties negotiated by the Governments of States under international law and giving birth to an international organization. The constitutionalism thesis claims that in critical aspects the Community has evolved and behaves as if its founding instrument were not a treaty governed by international law, but, to use the language of the European Court, a constitutional charter governed by a form of constitutional law. Constitutionalism, more than anything else, is what differentiates the Community from other transnational systems, and, within the Union, from the other pillars." (WEILER, J.H. Op. cit., 1999, p. 221).

supuesta Constitución con el documento formal que estructura los Estados miembros. En este contexto, el Tratado de Roma de 2004, no llegó a ser un punto de ruptura significativo, puesto que la discusión acerca de la existencia de una Constitución europea lo antecede. La afirmación de su existencia, sin embargo, se identifica no sólo con el conjunto normativo ofrecido por los Tratados constitutivos, sino también con el “activismo” judicial del TJE, por medio del cual se forjaron las bases normativas para la prevalencia de este ordenamiento, como ya tuvimos oportunidad de verificar.⁷⁰⁸

A través de un análisis útil aunque meramente heurístico, con el que intenta demostrar el carácter inacabado de una supuesta Constitución europea, y evitando tomar una posición en lo que respecta a la cuestión de su existencia o no, Francis Snyder llama la atención sobre las dimensiones económica, política, social y cultural, en las que ésta estaría insertada. Destaca cuatro significados que podrían atribuirse a la Constitución. El primero de ellos, de carácter empírico, se refiere a la efectiva organización de una determinada entidad política. El segundo, de carácter material, expresa el conjunto normativo que establece el orden jurídico de esta entidad política. El tercero, pertinente a la dimensión instrumental, se refiere al documento escrito que exterioriza la dimensión normativa de la entidad política. Una última perspectiva asociaría las dimensiones material, instrumental y subjetiva, refiriéndose a un documento legal, escrito, y resultante de una deliberación popular directa o por medio de sus representantes. El autor resalta que la Unión Europea tendría una Constitución tanto en el primer, como en el segundo y, posiblemente en el tercer sentido.⁷⁰⁹ Asume la perspectiva de que la Unión Europea es una organización social, y se constituye como un proceso dinámico, a través del cual se proporciona un orden y significado a la vida social humana, infundida

⁷⁰⁸ En este sentido, partiendo de una distinción entre Tratado y Constitución y de las peculiaridades que aquél suscita sobre todo respecto a su singular inserción normativa, Mancini destaca: “The main endeavour of the Court of Justice has precisely been to remove or reduce the differences just mentioned. In other words, the Court has sought to ‘constitutionalize’ the Treaty, that is to fashion a constitutional framework for a federal-type structure in Europe. Whether this effort was always inspired by a clear and consistent philosophy is arguable, but that is not really important. What really matters are its achievements — and they are patent to all.” (MANCINI, G.F. *Democracy & Constitutionalism in the European Union*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 2).

⁷⁰⁹ SNYDER, Francis. The Unfinished Constitution of the European Union. In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene. *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 56.

de ideas culturales. Sobre esta base, Snyder propone un modelo de Constitución europea marcado por tres dimensiones: la primera, referente a los principios constitucionales; la segunda, pertinente a los procesos “constitucionalizantes”; y la tercera, concerniente a la cultura constitucional.⁷¹⁰

Los principios constitucionales que caracterizarían la primera dimensión del modelo de Snyder podrían incluirse en una perspectiva macrosociológica (integración regional, sistema de división de poderes, Estados miembros como señores de los Tratados, integridad de la Unión Europea, *rule of law*) y microsociológica (estructura institucional singular, separación de poderes, limitación de poderes, poderes implícitos, supremacía, efecto directo, precaducidad de la instancia, subsidiariedad, no discriminación, respeto a los derechos fundamentales y a las identidades nacionales, deber de lealtad y respeto a los principios generales del Derecho). La segunda dimensión se caracterizaría por los procesos constitucionales,⁷¹¹ que tienen como agentes no sólo las instituciones comunitarias como las estatales. Tales procesos se dividirían según se refirieran a la forja del desarrollo de instituciones legales (integración regional, institucionalización normativa e institucionalización del crecimiento y expansión), a la garantía de efectividad del Derecho (negociación administrativa de la efectividad, desarrollo de un sistema de eficacia judicial, y legitimación sin democratización envolviendo el Consejo Europeo) y a los procesos de profundización de delimitación (creación de solidaridad social, legitimación, democratización, diferenciación, establecimiento y mantenimiento de fronteras).⁷¹² La tercera y última dimensión tiene relación con la cultura constitucional.⁷¹³ La especulación de Snyder en este último aspecto le conduce a comparar la cultura constitucional europea con una cebolla dotada de capas. La primera de éstas sería la de la modernidad, la segunda, la tradición Occidental y la tercera, la específicamente europea. Tales capas estarían al

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 59, 60.

⁷¹¹ “By ‘constitutionalizing processes’, I refer to those social processes which might tend to confer a constitutional status on the basic legal framework of the European Union. These processes form part of ‘the process of social organization [which] occurs as social actors interact in patterned and recurrent relationships to create social ordering, which in turn becomes infused with cultural ideas.’” (*Ibid.*, p. 62, 63).

⁷¹² *Ibid.*, p. 63.

⁷¹³ “The notion of constitutional culture refers both to the actual provisions and the unwritten principles of the constitution. But it also involves the way in which the constitution is dealt with by the legislator, the administration, the judiciary and legal scholarship. (*Ibid.*, p. 69).

mismo tiempo yuxtapuestas, aunque admitieran una transversalidad que favoreciera a la que estuviera en una posición inferior.

En otro sentido, se afirma la existencia de una Constitución europea de carácter material, evolutivo, que coincide con Neil MacCormick, en su comprensión de la naturaleza de la Constitución británica.⁷¹⁴ Ahora bien, el argumento de MacCormick sirve a la finalidad de deshacer, efectivamente, el vínculo supuestamente necesario entre la dimensión normativa de la Constitución y la dimensión política del Estado, al menos en lo que respecta a la imposibilidad de comprender la existencia de una entidad que, sin configurarse como un Estado, pueda estar dotada de una Constitución. Para MacCormick, poder político y Derecho⁷¹⁵ no son idénticos, aunque se relacionen bajo diversas perspectivas.⁷¹⁶ Destaca, de esta forma, que la falta de una estructura constitucional formal no impidió que el Reino Unido alcanzase un nivel de desarrollo jurídico-político semejante al de cualquier Estado dotado de Constitución escrita, desmitificando, por otro lado, la dogmática unión entre Estado y Derecho.⁷¹⁷

⁷¹⁴ “That evolutionary character has the outcome that the United Kingdom has a body of highly flexible constitutional law, by way of customary elements, conventional elements, common law elements found in judicial precedents, statutory elements, and possibly elements derived from the treaties constituting the European Union in more recent years.” (MACCORMICK, N. Op. cit., 1999, p. 49).

⁷¹⁵ “Political power is the power to direct social agencies and individuals to certain defined ends presumptively for the common good, to exercise control over available goods (economic and non economic) and to determine or influence their distribution among persons and groups. This power is exercised over and among the members of a reasonably identifiable society of people. (...) Law is a form of normative order, setting patterns of right and wrong conduct and conferring powers that are normative rather than coercive in their intrinsic character.” (*Ibidem*, p. 11, 12).

⁷¹⁶ En este sentido, afirma: “But it is important to remember these two things: first, the law of the state is not the only law that human beings have; secondly, the *Rechtsstaat* is (...) that particular form of state in which the law provides decisive and actually operative criteria for the right use of power. (...) In law states, the exercise of governmental power is both limited and yet guaranteed by law. This can over time have a powerful effect in generating a popular sense of the legitimacy of government, as a ‘government of laws no men’. Such a sense of legitimacy does not flow from the mere existence of an effectively functioning sovereign state. This further indicates that the legal and the political are not to be treated as identical however closely they interact in fortunate circumstances.” (*Ibid.*, p. 14).

⁷¹⁷ “In this sense, the state is a theatre of political power, not of pure legal authority. The state cannot live without some minimal law and minimal respect for it, and it cannot thrive without a considerable body of law and considerable respect for it. But straightforward identification of the state with the law is erroneous. This is true even though it is the case that we must look to a constitution to find out whose actions are the ones that can be imputed to the state as its acts for one or another purpose. (...) A state is a territorial organization of political power that requires constitutional definition and organization, but is not necessarily confined effectively by constitutional limits. Institutional normative order can exist apart from the state, and customary normative order is a condition for the grounding of the constitutional order that a state requires. States can, but do not have to, establish a monopoly on institutional normative

Esta precisa delimitación de la relación entre Derecho y Estado y, sobre todo, de la relación entre Estado y Constitución, hace que la conclusión que surge del argumento de MacCormick esté plasmada por una lógica inapelable: así como es posible la existencia de un Estado sin Constitución escrita, de lo que es un claro ejemplo el Reino Unido, tampoco debería sorprender a cualquier constitucionalista contemporáneo la idea de que existiera una Constitución, material o formal y, por tanto, escrita, que prescindiera de un vínculo necesario con el Estado, en cuanto unidad política.

Abrir un espacio epistemológico para la tesis que apunta en el argumento de MacCormick no debería ser algo tan complejo. Si se considera que la doctrina constitucional nunca planteó trabas teóricas a la existencia de una Constitución británica, aunque ésta, en términos formales, nunca haya existido, y, una vez que en la comprensión de la construcción de la Constitución británica se admite una elevada dosis de pluralismo, según hemos visto en la descripción efectuada por MacCormick, ¿por qué no partir de premisas semejantes al abordar la dimensión constitucional de la integración europea?

Una perspectiva plural es exactamente la que se asume en el planteamiento de Ingolf Pernice. Su contribución al presente debate es paradigmática, pues introduce una dosis de pluralismo que amplía las dimensiones no sólo de las premisas, sino también de las conclusiones alcanzadas. Su contribución se concreta en el desarrollo teórico de lo que llama “Constitucionalismo multinivel” (*multilevel constitutionalism*). Pernice parte del presupuesto de la limitación del Estado para enfrentar desafíos en un contexto posnacional,⁷¹⁸ y aboga la idea de que las Constituciones nacionales de los Estados miembros y de los Tratados constitutivos del proceso de integración europeo representan una unidad, y el sistema institucional que de ella deriva está basado en la división de la autoridad pública, y de los derechos de ejercicio de la soberanía en dos o más niveles.⁷¹⁹

order, purporting to make ‘law properly so-called’ fully and exclusively co-extensive with state law. State power does not have to be exercised in accordance with the limits on constitutional authority, and is never perfectly so.” (*Ibid.*, 25, 26).

⁷¹⁸ PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the European Union. In: *European Law Review*, Vol. 27, n° 5, Chippenham: Sweet & Maxwell, 2002, p. 512.

Para Pernice, el tema de la existencia de una Constitución europea es de importancia secundaria, pues según afirma, ésta ya existiría, y estaría formada por las Constituciones de los Estados miembros unidas por la estructura constitucional derivada de los Tratados. Se trata de una Constitución multinivel y se basa en el carácter constitucionalmente dinámico de la integración europea, lo que esencialmente hace que el *corpus* institucional de ella resultante sea distinto del de cualquier otra organización internacional.⁷²⁰ Pernice profundiza en esta perspectiva en otro trabajo, en el que coincide con las argumentaciones de MacCormick sobre la semejanza entre la Constitución europea y la Constitución británica, destacando que aquella está formada por Tratados, leyes y precedentes.⁷²¹ El autor señala que la autoridad pública no tiene que quedar necesariamente concentrada en manos de una única entidad política, puede dividirse entre los distintos estratos de la organización política, dotados de poderes y responsabilidades también distintos, pero complementarios entre sí.⁷²²

Este argumento es un prelude de la disolución del vínculo conceptual entre Estado y Constitución. Pernice señala esta separación de forma inequívoca: “But does talking about a European constitution imply the vision of a European state or superstate? My answer is clearly no: multilevel constitutionalism mean something quite different.”⁷²³ El autor rechaza la naturaleza del Estado entendido como punto de convergencia de un supuesto contrato social de perfil rousseauiano y fuente de emanación de la noción de Constitución.⁷²⁴ Los distintos niveles de organización político-social podrían, sin mayores problemas, estar dotados de una autoridad pública autónoma y original. Y, por tanto, la legitimidad de los distintos niveles de gobierno, no

⁷¹⁹ PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: Europe constitution-making revisited. In: *Common Market Law Review*. Vol. 36, n° 4, Leiden: Kluwer Law International, 1999, p. 707.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 707.

⁷²¹ PERNICE, I. Op. cit., 2002, p. 514.

⁷²² De esta forma, afirma: “Accordingly, national institutions do not need to be vested with absolute (or even a complete set of) legislative, governmental and judicial powers covering all areas of possible action. Rather people may reserve certain powers to national institutions and provide for other responsibilities to be entrusted to institutions at a subnational or at a supranational level constituted by the relevant citizenry.” (PERNICE, I. Op. cit., 1999, p. 709).

⁷²³ PERNICE, I. Op. cit., 2002, p. 511.

⁷²⁴ PERNICE, I. Op. cit., 1999, p. 709.

derivaría una de la otra.⁷²⁵ Finalmente, Pernice invierte el lema que preside la titularidad del proceso de integración, y la desplaza del Estado al ciudadano.⁷²⁶

El debate está anclado pues en el significado del Estado para las dos concepciones aquí expuestas. Mientras, por un lado, se admite su preeminencia y se comprende como inconcebible la creación de una Constitución desprovista de la premisa política representada por el Estado; por el otro, el abandono de tal presupuesto para considerar la existencia de una Constitución de carácter supranacional, representa, por sí sólo, el principio de todo un razonamiento. Así, Gonzalo Maestro Buelga señala, al comentar el punto culminante de la corriente que afirma la existencia de una Constitución europea, representada por la tesis de Pernice:

“La construcción de la constitución compuesta precisa de la desestatalización del propio concepto, en este sentido la propuesta teórica es la inversa a la que se realiza para comprometer el carácter constitucional del Ordenamiento europeo. La primera idea es la de Constitución sin Estado. La separación de ambos conceptos permite articular un nuevo espacio normativo global en el que se integran los órdenes estatales. La ruptura entre Estado y Constitución se realiza, tanto a través de la acentuación del contractualismo como fuente legitimante del constitucionalismo, como a través del pluralismo, como carácter intrínseco del ordenamiento europeo.”⁷²⁷

Así pues, si a la luz del proceso de integración europeo, Estado y Constitución ya no son elementos sujetos a una influencia recíproca que condicione sus propios significados, queda en pie la cuestión de cuál es su

⁷²⁵ En este sentido, afirma Pernice: “However, multilevel constitutionalism does not necessarily imply statehood at each level. The essential feature of a two or multilevel constitutional (...) system is that the legitimacy of the various levels of government has ‘original’ legitimacy, insofar as it is democratically founded on the general will of the people affected by its policies, on the one hand, and has direct jurisdiction over the people (citizenry) from which its legitimacy is derived, on the other. Multilevel constitutionalism bridges the apparent conflict between European constitutionalism and the constitutionalism of the Member States.” (*Ibidem*, p. 709).

⁷²⁶ Destaca, en este sentido: “The saying, that the masters of the Treaties are the Member States is misleading inasmuch as in modern democracies States are not ‘masters’ but instruments of the self-organization and self-ruling of the society. The ‘masters of the Treaties’, if any, can only be the citizens, not the Member States.” (PERNICE, I. Op. cit., 2002, p. 518).

⁷²⁷ MAESTRO BUELGA, Gonzalo. Poder Constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea. In: *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 15, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 142.

consecuencia en la Teoría del Poder Constituyente, puesto que, de los elementos que actuaron en su génesis, según argumenta una parte significativa de la doctrina contemporánea, dos ya no serían necesariamente simultáneos, en tanto se prescindiría de uno de ellos, al menos relativamente, en la medida que se concibe la Unión Europea como una entidad no estatal, aunque dotada de Constitución, basada en la pérdida de derechos soberanos por parte de los Estados miembros.

1.3. El problema de la legitimidad y la cuestión de la necesidad de una Constitución para Europa

1.3.1. El debate Grimm / Habermas

Otro enfoque condiciona la discusión en torno a la existencia o no de una Constitución europea. En la línea de lo que hemos afirmado al principio de este epígrafe y para satisfacer un requisito de coherencia teórica, este enfoque no presupone que la cuestión de la legitimidad democrática de tal Constitución esté resuelta. Por el contrario, es precisamente en el ámbito del tema de la legitimidad que se concentra la problemática. La relevancia del tema se justifica en el hecho de que la relación entre la dinámica normativo-institucional comunitaria y sus destinatarios no se asienta, por el momento, en una estructura democráticamente similar a la que se manifiesta internamente en los Estados miembros. Parte de la doctrina ve con perplejidad esta peculiaridad del proceso de integración, que crea una crisis en un presupuesto del propio debate anterior. Se abre, por tanto, otro dilema. Ya no se trataría, en este sentido, tan sólo de afirmar o negar la existencia de una Constitución europea, sino de cuestionar la efectiva necesidad de la existencia de tal Constitución y del grado de legitimidad que justifique designarla como tal.

Dieter Grimm y Jürgen Habermas llevaron a cabo un conocido diálogo centrado en este tema. En un artículo que cuyo título era la pregunta “¿Necesita Europa una Constitución?”, Grimm simultáneamente introduce su digresión y justifica la pregunta que da nombre a su trabajo al destacar el descompás entre el avance material constituido por la capacidad de la Unión Europea de ejercer derechos soberanos transferidos a su favor por los Estados y la paralización formal resultante de una dinámica institucional y normativa de corte internacionalista.⁷²⁸ En este sentido, aunque la duda que daba título al trabajo fuera procedente, no habría compatibilidad entre un discurso favorable a la existencia de una Constitución europea y el argumento en pro de la necesidad de tal Constitución, sin correr el riesgo de caer en una paradoja, ya que no se puede abogar por la necesidad de adoptar lo que ya existe.⁷²⁹

Grimm usa un método comparativo. Este enfoque le lleva a efectuar un análisis ontológico y axiológico del constitucionalismo en el ámbito del Estado entendido como unidad política, a fin de llegar a una noción de Constitución, para, enseguida, contrastar la similitud entre el ámbito político-normativo comunitario y aquél previamente analizado. En suma, Grimm intenta verificar si el proceso de limitación y control del poder político que caracterizó de forma indeleble el constitucionalismo en su etapa estatal también se manifiesta en el ámbito de la estructura política de la Unión Europea. Siguiendo por este camino, el jurista alemán revela uno de los puntos neurálgicos de su argumentación al destacar que con la Constitución, más que regular el Estado, entendido como orden político, se trataba de regular el poder soberano, porque

⁷²⁸ “Por más divergentes que resulten las visiones sobre la existencia de una Constitución, ambas partes están sin embargo de acuerdo en la idea básica de que la Unión Europea, aunque no sea un Estado, puede y debería tener una Constitución. Esta idea no puede explicarse sólo por el hecho de que la Unión Europea no es simplemente una institución intergubernamental de tipo tradicional, sino que posee derechos soberanos transferidos por los Estados miembros, que ejerce con efectos directos sobre el ámbito doméstico, ya que la Comunidad gozó de este poder que va más allá del dualismo clásico de los Estados y organizaciones internacionales desde un primer momento, sin tener una Constitución asignada para ello o en la que basarse. (...) En lugar de ello la Comunidad continúa siendo, a pesar de los avances en el proceso de integración materializados en el tratado, una institución supranacional, y los pilares que sostienen la Comunidad y junto a ella forman la Unión, la política exterior y de defensa común y la cooperación en materia de justicia y política interior, todavía se mantienen en unos niveles de mera cooperación intergubernamental.” (GRIMM, Dieter. Necesita Europa una Constitución. In: *Debats*. N° 55, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, Marzo, 1996, p. 4).

⁷²⁹ “La reivindicación de una Constitución, de entrada, no tendría sentido si fuera cierta la idea de los juristas europeos de que la Constitución inexistente en realidad ya existe. En ese caso se podría hablar de mejorarla, pero difícilmente de su creación.” (*Ibidem*, p. 5).

era el riesgo de abusar de este poder lo que justificaba su limitación y control en cualquier orden político.⁷³⁰

Delineados los principios orientadores del constitucionalismo y una noción básica de Constitución, cabría destacar que, por ser el poder público el objeto de la estructura normativa comunitaria y por, claramente, no carecer de control legal de sus propios actos, en términos estructurales la Comunidad Europea reflejaría, hasta cierto punto, varias características de los Estados — sobre todo la existencia de un ordenamiento con pretensión de validez global— que llevarían la falsa impresión de que ahí también habría un orden constitucional de las mismas dimensiones. Aunque faltara un catálogo de derechos fundamentales no se invalidaría esta conclusión.

Según Grimm, el gran diferencial entre un orden constitucional estatal y la estructura político-jurídica comunitaria radicaría en el fundamento del poder. La manifestación de poder en la esfera comunitaria se limitaría a la atribución que le concedieran los Estados, de los que dependían sus instituciones, en último término, para efectuar cualquier alteración en su estructura normativa originaria.⁷³¹ La legitimidad de la dimensión político-jurídica comunitaria derivaría sólo indirectamente del conjunto de ciudadanos destinatarios de su manifestación de poder y de sus expansiones normativas. Cualquier legitimidad de que gozara la Comunidad Europea únicamente podría derivar de los Estados miembros, entendidos como maestros de los Tratados. No estaríamos delante de una colectividad —el conjunto de ciudadanos europeos— que

⁷³⁰ “¿Acaso la necesidad de legalización que satisface la Constitución se refiere a la forma de gobierno, es decir al Estado, o a los medios de gobierno, es decir el poder soberano? (...) El Estado está sujeto a la ley porque y en la medida en que ejerce el poder público. Ese poder alberga el peligro y potencial de abuso que se supone están restringidos por la Constitución nacional. Lo que precisa legalización una vez que el monopolio del poder por el Estado deja de existir y éste comparte su autoridad con portadores no estatales es, pues, el poder soberano, independientemente de si recae en el Estado o en una entidad supraestatal. Si la consecución histórica del Estado constitucional, la legalización del gobierno, ha de mantenerse, entonces lógicamente se necesita también una sujeción legal del poder público ejercido por la Comunidad Europea como la rama de la Unión Europea autorizada para la acción soberana. En otro caso, se correría el riesgo de un absolutismo parcial en los Estados miembros en que interviniera el poder público europeo.” (*Ibid.*, p. 8, 9).

⁷³¹ “No existe ningún poder público europeo no contemplado en los tratados y ninguna actuación que no se remonte a éstos. En comparación con los Estados, sin embargo, los poderes no llegan muy lejos. Mientras que los Estados reclaman una eventual competencia general, aquí se impone el principio de atribución de poderes individuales limitados. (...) Finalmente, las instituciones de la Comunidad no tienen poder alguno para alterar la ley a la que están sujetas. La ley comunitaria primaria puede ser modificada sólo por los Estados miembros a los que debe su existencia, por tratado.” (*Ibid.*, p. 9).

decide darse una Constitución. Por el contrario, eran los Estados que ejercían ese papel fundamentador para el ordenamiento comunitario. Por consiguiente, en opinión de Grimm, pese a reproducir elementos típicos del constitucionalismo —y no podría ser diferente, ya que la Comunidad se componía de Estados constitucionales— al no descansar su legitimidad en la voluntad de los ciudadanos europeos, sino en la de los Estados, los Tratados fundacionales de la Comunidad no podrían equipararse a una Constitución propiamente dicha.⁷³² En verdad, según el jurista alemán, si persistiera esta situación no solamente no habría como defender la existencia de esta Constitución, sino que se abriría una brecha de carácter democrático entre la Comunidad y los Estados miembros según la cual la capacidad decisoria y la densidad democrática en uno de los polos sería siempre inversamente proporcional a la que se manifestara en el otro.⁷³³

En la opinión de Grimm, un orden democrático debería presuponer ciertos requisitos que justificaran y condicionaran la aparición de formas democráticas, para concretarse por medio de ellas. Dado que una Constitución representa un instrumento que equilibra y preserva este orden, la eventual aparición de una Constitución europea exigiría mucho más que amplios cambios institucionales. Por esta razón se obstina en incurrir en lo que llama “simplificación estatista”. Su preocupación se concentra, por el contrario, en la inexistencia de un contexto mediador previo que pudiera complementar la dimensión puramente institucional —que finalmente se veía limitada por la inexistencia de un pueblo europeo que pudiera ser efectivamente representado

⁷³² “No existe este tipo de fuente original para la ley comunitaria primaria. Se remonta no ya al pueblo europeo sino a los Estados miembros individuales, y mantiene una dependencia respecto a éstos incluso después de su entrada en vigor. Mientras en las naciones se otorgan una Constitución, a la Unión Europea se le otorga una Constitución por parte de terceros. Por consiguiente, no dispone de su propia Constitución. Los ‘señores de los tratados’, como se les ha llegado a llamar, siguen siendo los Estados miembros, que no han sido, por decirlo de alguna forma, absorbidos en la Unión. (...) Los requisitos fundamentales del constitucionalismo moderno se encuentran por tanto en las comunidades. Esto proporciona argumentos a la postura que el pensamiento jurídico europeo ha adoptado respecto a la cuestión constitucional. Los tratados no son sin embargo, una Constitución en el pleno sentido del término. La diferencia reside en la referencia a la voluntad de los Estados miembros y no al pueblo de la Unión.” (*Ibid.*, p. 9, 10).

⁷³³ La brecha de carácter democrático de que habla Grimm consiste en que “(...) el principio de democracia se aplica en los Estados miembros, pero sus poderes decisorios van disminuyendo; los poderes de decisión aumentan para la Comunidad Europea, pero el principio democrático se desarrolla débilmente en ella.” (*Ibid.*, p. 10).

por un Parlamento— de una eventual democracia de ámbito europeo.⁷³⁴ Por otro lado, aunque disocie la idea de democracia de un presupuesto étnico, Grimm sitúa como problema central de su raciocinio la cuestión de la identidad colectiva europea. Precisamente en la definición de esta identidad convergen, en conjunto, los problemas antes resaltados: la falta de un idioma común, como lengua franca, y de medios de comunicación y otros recursos de formación de opinión que pudieran aproximar a los ciudadanos europeos, que engendraran una identidad común y articularan una capacidad de discurso transnacional, dos factores cuya ausencia, según Dieter Grimm, explicaría la parca posibilidad de incrementar la densidad democrática en un ámbito europeo.⁷³⁵ La adopción, por parte de la Unión Europea, de una Constitución, con sentido idéntico al que le era atribuido en el ámbito estatal, en este contexto, al revelar el descompás entre esta y los requisitos previos de una auténtica democracia y su concreta configuración, que en ella tienen que encontrar expresión, no haría

⁷³⁴ “Es por consiguiente una ‘simplificación estatista’ creer que la mediación de la opinión y los intereses, el desarrollo de la política y la toma de decisiones, las garantías de estabilidad y legitimidad, que producen la cohesión social, son ejercidos tan sólo por los órganos del Estado. Éstos dependen, en realidad, de las múltiples estructuras de mediación en el seno de la sociedad que, en la medida en que guardan relación con las instituciones estatales, ni están garantizadas ni pueden ser reemplazadas por ellas. Por esta razón, el éxito de las constituciones democráticas depende no sólo de la excelencia intrínseca de sus regulaciones, sino en igual medida de las condiciones externas para su efectividad. Esto también es aplicable a la institución central de los Estados democráticos, el Parlamento. La naturaleza democrática de un sistema político está acreditada no tanto por la existencia de parlamentos electos, lo cual hoy en día está garantizado prácticamente en todos los países, como por el pluralismo, la representatividad interna, la libertad y capacidad de adoptar compromisos del área intermedia de partidos asociaciones, movimientos ciudadanos y medios de comunicación. Donde un Parlamento no se basa en una estructura así, que garantiza la constante interacción entre el pueblo y el Estado, falta la sustancia democrática aun cuando estén presentes las formas democráticas. (...) A nivel europeo, sin embargo, existe una gran falta de los requisitos previos. Las estructuras mediadoras apenas se han formado. No existe un sistema de partidos europeizado, solamente grupos europeos en el Parlamento de Estrasburgo y, a parte de esto, una cooperación laxa entre partidos con similitudes de programa. Esto no comporta ningún tipo de integración de la población europea, ni siquiera en el momento de producirse elecciones europeas. Tampoco han surgido asociaciones o movimientos ciudadanos europeos, por más que la cooperación entre asociaciones nacionales está más avanzada que en los partidos. La búsqueda de medios de comunicación europeos, ya sea en prensa escrita o radiotelevisión, resultaría completamente infructuosa. Esto hace que la Unión Europea se quede muy lejos no sólo del ideal de una democracia modelo sino de la ya deficiente situación de los Estados miembros.” (*Ibidem*, p. 11, 12).

⁷³⁵ “Lo que hace falta es que la sociedad haya tomado una conciencia de pertenencia tal que tolere las decisiones de la mayoría y los esfuerzos solidarios, y que tenga la capacidad de comunicar sus objetivos y problemas de forma discursiva. Lo que obstruye la democracia es por consiguiente no la falta de cohesión de los ciudadanos de la Unión como pueblo, sino el débil desarrollo de su identidad colectiva y una mínima capacidad para el discurso transnacional.” (*Ibid.*, p. 14).

más que encubrir tales deficiencias y la necesidad apremiante de amplias mudanzas institucionales.⁷³⁶

Jürgen Habermas, a su vez, establece un contrapunto a la postura adoptada por Dieter Grimm. Aunque esté de acuerdo, de forma genérica con el raciocinio elaborado por el jurista alemán, Habermas, viendo con urgencia la deficiencia del Estado-nación para los desafíos impuestos por la dinámica político económica de carácter global, entiende que su argumento tropieza en una peligrosa inercia.⁷³⁷ Para Habermas, aunque no quedara duda de lo inevitable del divorcio entre el proceso decisorio en el ámbito comunitario y los espacios de formación de opinión adscritos a las fronteras estatales —mientras no se forme una esfera pública europea— y a pesar de que alimentara en la estructura político-institucional europea una seria contradicción —derivada de la asunción de funciones antes exclusivas del Estado-nación disociada del correspondiente equilibrio democrático suscitado por mecanismos de limitación y control del poder por parte del conjunto de los ciudadanos— la postura federalista al menos se deparaba con el riesgo e intentaba ofrecer alternativas. Y, precisamente en este aspecto el filósofo alemán ve una de las precariedades del argumento de Grimm, ante la inminente fragmentación de la conciencia pública por parte del autonombramiento de redes y mercados

⁷³⁶ “La opción de Grimm parece sugerir que el status quo constitucional puede al menos congelar el déficit democrático existente. (...) Mientras la reivindicación de una Constitución sólo tenga que ver con la constitucionalidad de las bases legales existentes de la Unión europea, a fin de hacer sus objetivos y estructuras más transparentes a los ciudadanos de la Unión, esto puede cumplirse separando los elementos de tratado que en un Estado-nación están típicamente en la Constitución de las numerosas regulaciones detalladas que se han introducido en los tratados junto a aquéllos. El ‘tratado esencial’ así formado se parecería, pues, a una Constitución en su forma externa. Aunque no habría ninguna transformación interna consiguiente de su carácter como tratado, menos aún dejaría de ser parte de la ley comunitaria primaria el resto de elementos de tratado. (...) No obstante, en la medida en que la reivindicación ‘de tratado a Constitución’ tiene como fin añadir a los tratados aquellos elementos que todavía los separan de una Constitución en el pleno sentido del término, esto acabaría convirtiendo a la Unión Europea en un Estado. (...) Dado que este Estado no tendría, sin embargo, las estructuras mediadoras de las que vive el proceso democrático, la Comunidad después de su plena constitucionalización sería una institución en gran medida autosuficiente, más alejada que nunca de su base.” (*Ibid.*, p. 14, 15).

⁷³⁷ “Los euroescépticos, desde el principio, se han conformado con la supuestamente irresistible erosión de la sustancia democrática de modo que no tienen razones para abandonar lo que se presenta como el refugio seguro del Estado-nación. En realidad, el refugio se está haciendo cada vez menos confortable. Los debates sobre la competitividad económica nacional y la división internacional del trabajo en las que estamos implicados nos hacen conscientes de otra brecha bastante distinta: la brecha entre la capacidad de maniobra decreciente del Estado-nación y los imperativos de modos de producción entrelazados a nivel mundial.” (HABERMAS, Jürgen. Observaciones a “¿Necesita Europa una Constitución?” In: *Debats*. N.º 55, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, Marzo, 1996, p. 22).

globalizados: el inmovilismo, la inercia, la falta de alternativas para solucionar este dilema, en fin.⁷³⁸

Por otro lado, Habermas tampoco coincide con Grimm en lo que atañe a la configuración del contexto normativo en el que deberían germinar los requisitos funcionales de una democracia de ámbito europeo. En su perspectiva, la falta de un pueblo europeo no debería servir como disculpa para negar la posibilidad de una Constitución europea. Aunque entienda que Grimm se hubiera distanciado de una exigencia de homogeneidad basada en un concepto schmittiano de pueblo, destaca que su raciocinio tampoco era conclusivo en lo que concierne al tema de una identidad colectiva europea. Al contrario del jurista alemán, Habermas no vincula de forma tan determinante la existencia de un contexto democrático en un orden político al surgimiento de ciertas condiciones previas homogeneizadoras que lo favorecieran. En su perspectiva, esta relación podría ser simultánea, que generara nuevos niveles de integración social y favoreciera, por sí solo, la aparición de una identidad común que no sólo prescindiera de anterioridad con relación al proceso democrático sino que fuera condicionado por él.⁷³⁹

⁷³⁸ “Los federalistas por lo menos se enfrentan al riesgo previsible — y quizás evitable — de la autonomización de organizaciones supranacionales como si tratase de un desafío. (...) Si ha de haber al menos algún tipo de mantenimiento considerable del Estado del bienestar y se ha de evitar la segmentación ulterior y de una infraclase, entonces se deben formar instituciones capaces de actuar en términos supranacionales. Sólo sistemas de alcance regional como la Comunidad Europea pueden todavía tener efecto sobre el sistema global alineados con una política mundial coordinada. En el análisis de Grimm, la UE aparece como una institución a la que ‘hay que resignarse’ y con cuyas abstracciones debemos convivir. (...) Me atrevería a sugerir que el mayor peligro lo plantea la autonomización de redes y mercados globalizados que simultáneamente contribuyen a la fragmentación de la conciencia pública.” (*Ibidem*, p. 22).

⁷³⁹ “Veo la esencia del republicanismo en el hecho de que las formas y procedimientos del Estado constitucional junto con el modo democrático de legitimación forjan simultáneamente un nuevo nivel de integración social. La ciudadanía democrática establece una solidaridad abstracta, legalmente mediada, entre extraños. Esta forma de integración social que surge por primera vez con el Estado-nación se lleva a cabo en forma de un contexto comunicativo políticamente socializador. De hecho, esto depende de la satisfacción de ciertos requisitos funcionales importantes que no pueden ser plenamente realizados por medios administrativos. A éstos pertenecen las condiciones en las que un autoentendimiento ético-político de los ciudadanos puede desarrollarse comunicativamente y asimismo ser reproducido — pero de ningún modo una identidad colectiva que sea independiente del propio proceso democrático y existente como tal con anterioridad a ese proceso. Lo que une a una nación de ciudadanos en contraposición a una *Volksnation* no es algún sustrato primordial, sino, más bien un contexto compartido intersubjetivamente de entendimiento posible. Es por tanto crucial en este contexto el que se use el término ‘pueblo’ en el sentido jurídicamente neutral de ‘pueblo constituyente de un Estado’ o bien se asocie el término con nociones de identidad de algún otro tipo.” (*Ibidem*, p. 23). “The nation of citizens must never be confused with a pre-political community of fate deriving from common origins, language and history because this would undermine the voluntaristic character of a contractual nation whose collective identity

Lo cierto es que Habermas entiende que una esfera pública, gestada en un contexto de libertad y amparada por una sociedad civil, constituye un fundamento lógico que ampara, desde un punto de vista material, un determinado proceso decisorio como condición para la permanencia y cohesión de una sociedad plural.⁷⁴⁰ Era precisamente esta esfera pública la que le faltaría a Europa. Una esfera pública basada no en la expansión de los ciclos comunicativos nacionales hacia afuera de sus fronteras, aunque cimentada en la apertura de cada uno de ellos en favor de los demás, en una relación dialéctica. Sin esta esfera pública, sin un contexto comunicativo que fomentara la unificación del conjunto de ciudadanos europeos, que trascendiera las fronteras nacionales y las peculiaridades de cada grupo, no se podría alcanzar un proyecto político federal democrático de dimensiones europeas.⁷⁴¹ Su principal desacuerdo con Grimm radicaba en el hecho de que, para él, este desarrollo no tenía que ser prepolítico. Aunque pudiera caracterizarse como presupuesto lógico de una organización sociopolítica específica, no tenía que ser, al mismo tiempo, un presupuesto cronológico. En este sentido, al contrario

neither pre-dates nor can ever be seen in isolation from democratic processes from which it educes. This contrast between contractual and pre-political conceptions of nationhood is also reflective of the great achievement of the modern Nation State, which with its status of citizenship first created a wholly new, namely abstract, solidarity transmitted by law. Seen historically, this first modern form of social integration beyond personal relationships was created in new media mediated communicative relationships. Even if common languages and ways of life have eased this process of consciousness building, the concurrent evolution of democracy and Nation State does not give a pre-political people priority over the Republic. Instead, the tandem reflects a circular process by which national consciousness and political citizenship have established one another.” (HABERMAS, Jürgen. So, Why does Europe need a Constitution? In: European University Institute, Robert Schuman Centre of Advanced Studies, URL: <http://www.iue.it/RSCAS/e-texts/CR200102UK.pdf>, p. 17).

⁷⁴⁰ “Por supuesto, un contexto políticamente constituido de solidaridad entre ciudadanos que a pesar de ser extraños se supone que se defienden unos a otros es un contexto comunicativo rico en requisitos previos. Sobre esta cuestión no hay disenso. El punto neurálgico está formado por una esfera pública política que permite a los ciudadanos tomar posiciones al mismo tiempo sobre los mismos temas de la misma relevancia. Esta esfera pública no debe estar deformada ni por coerción interna ni externa. Debe estar asentada en el contexto de una cultura política que valore la libertad y tener el apoyo de una estructura asociativa libre, de una sociedad civil.” (HABERMAS, J. Op. cit., 1996, p. 23).

⁷⁴¹ “Por consiguiente, desde un punto de vista normativo, no puede haber ningún Estado federal europeo digno de una Europa democrática a no ser que se desarrolle una esfera pública integrada de ámbito europeo en el contexto de una cultura política común: una sociedad civil con asociaciones de intereses, organizaciones no gubernamentales, movimientos ciudadanos, etc., y naturalmente un sistema de partidos apropiado para la escena europea. En resumen, esto supone una comunicación pública que trascienda las fronteras de las hasta ahora limitadas esferas públicas nacionales.” (*Ibidem*, p. 23). “However, one may not conceive of the as yet absent european public sphere in terms of the projected expansion of internal national communicative spheres. It will, by contrast, only be created through a process of the opening up of the still integral communication cycles of national arenas to one another.” (HABERMAS, J. Op. Cit., p. 20).

del jurista alemán, que afirmaba que una Constitución sólo ampliaría el foso que separaba los ciudadanos europeos de las instituciones europeas, debiendo ser precedida por amplias reformas, Habermas entiende que una Constitución tendría carácter inductor, serviría a la finalidad de impulsar la caracterización de una identidad europea.⁷⁴²

1.3.2. *El miedo a la Constitución*

Por otro lado, en este punto cabe destacar la posición adoptada por el Prof. Francisco Balaguer Callejón, a la que ya se ha hecho referencia en etapas anteriores de este trabajo. Su planteamiento utiliza elementos presentes en las argumentaciones de Habermas y Grimm, pero se caracteriza como más incisivo ante las tesis contrarias y favorables a la existencia de una Constitución Europea. En este sentido, el Prof. Balaguer Callejón se sirve de la idea de “miedo a la Constitución” que, según afirma, impregnaría el ejercicio del poder político en el ámbito europeo y las caracterizaría como caras de una misma moneda.

El autor expresa su perplejidad ante la constatación de que el argumento contrario a la existencia de una Constitución en Europa parte de la reticencia para admitir, en el ámbito comunitario, que se concrete una experiencia política que se habría revelado indiscutiblemente exitosa en la esfera estatal. Este rechazo a la constitucionalización del fenómeno comunitario traería consigo un discurso ambiguo en lo que concierne a la relación entre el avance de la integración Europea y la intensidad de la soberanía de los Estados miembros. En este sentido, como ya tuvimos la oportunidad de destacar, según el Prof. Balaguer Callejón, no se podría culpar de la radicalización del proceso de

⁷⁴² “Por tanto se supone que las instituciones políticas que habría de crear una Constitución europea tendrían un efecto inductor. Europa se ha estado integrando económica, social y administrativamente durante algún tiempo y además puede basarse en un trasfondo cultural común y la experiencia histórica compartida de haber superado felizmente el nacionalismo. Dada la voluntad política, no existe ninguna razón *a priori* por la que no pueda consiguientemente crear el contexto comunicativo políticamente necesario tan pronto como constitucionalmente esté preparada para ello.” (HABERMAS, J. Op. Cit., 1996, p. 24).

integración a la supuesta erosión de la soberanía de los Estados en el contexto europeo. En realidad, afirma, en un contexto en el que una significativa parcela del ejercicio del poder político en los Estados miembros se operara a partir de la esfera europea, como resultado de la gradual e imparable transferencia del ejercicio de competencias al ámbito supranacional, sin controles eficaces por parte de órganos que representasen de forma legítima y directa a la población de los Estados, no cabría hablar de pérdida de soberanía.⁷⁴³

La duda sobre la caracterización de la soberanía propiamente dicha como una cualidad del Estado constitucional, dada su sumisión a controles y limitaciones de carácter constitucional, en los términos de la problematización llevada a cabo por Martin Kriele, es totalmente justificable. De ahí que, en un cuadro en el que el ejercicio del poder político estuviera acompañado de poca o, virtualmente, ninguna exigencia de responsabilidad política, sería lógico concluir que, al envés de fragmentarse, la soberanía se fortalecería.⁷⁴⁴ En suma, lo que el Prof. Balaguer Callejón destaca es que la tesis de un fenecimiento de la soberanía se caracterizaría como una falacia en el contexto europeo. La transferencia de competencias al ámbito comunitario y la subsecuente actuación de un poder político en el ejercicio de estas

⁷⁴³ En este sentido, afirma: “En contra de lo que habitualmente se viene afirmando cuando se dice que el proceso de integración europea es y ha sido una manifestación de la debilidad del Estado nacional, creo que debemos situarnos en la hipótesis exactamente contraria: el proceso de integración ha sido hasta ahora una manifestación evidente de la fortaleza del Estado nacional. El proceso de integración no ha supuesto una merma de la soberanía del Estado sino que ha hecho posible un reforzamiento de la soberanía del Estado. En lugar de partir de la idea de que el Estado nacional goza de mala salud y de que sus días están contados, deberíamos partir de la idea de que si el proceso de integración sigue discurriendo por los cauces por los que lo ha hecho hasta ahora, el Estado nacional seguirá siendo durante muchos años el referente de la política europea y habrá conseguido burlar muchos de los obstáculos que la globalización, en el plano mundial y las tensiones territoriales, en el plano interno, han puesto en su camino.” (*Ibidem*).

⁷⁴⁴ “Una de las características del Estado nacional es que ha sabido combinar la limitación de soberanía y la realización de los principios democráticos en el ámbito interno junto con el ejercicio de soberanía y la ausencia de sometimiento a criterios democráticos en su actuación externa, en su actuación internacional. Si esto es así y desarrollando esta idea en relación con la Unión Europea, bien podríamos decir que en ese ámbito la limitación supranacional de la soberanía externa del Estado ha servido hasta ahora, paradójicamente, para invertir esa relación, de tal manera que la limitación de soberanía en el ámbito de la Unión Europea no ha contribuido a incrementar la calidad democrática interna de los Estados miembros sino, por el contrario, a devaluar esa calidad democrática. Esto es así porque los Estados miembros han conseguido, gracias al proceso de integración y mediante la transferencia de competencias a una organización supranacional, ejercer en el ámbito interno la soberanía que no podían ejercer anteriormente por su necesario sometimiento a las condiciones del Estado democrático de Derecho. El proceso de integración ha favorecido que los gobernantes europeos puedan realizar, siquiera parcialmente, el sueño de muchos políticos: ejercer poder sin responsabilidad.” (*Ibid.*)

competencias, hasta cierto punto deficitario y no sometido a los adecuados mecanismos de prestación de responsabilidad, sobre todo, en contraste con la esfera estatal, sería un factor de refuerzo de esta soberanía.

Por ello, según este autor, habría un latente miedo a la idea de Constitución en el ámbito supraestatal. Un miedo que derivaría de la conciencia de que, al reconocerse su existencia o al adoptarla efectivamente en un contexto formado por Estados constitucionales, los controles y los mecanismos de estimación de la responsabilidad política tendrían que ser, irremediable e indispensablemente, introducidos en el proceso político-normativo comunitario.⁷⁴⁵ Por esta razón, en conformidad con lo que hemos destacado en páginas anteriores y como señala el Prof. Balaguer Callejón, no sería improcedente la reacción de los distintos Tribunales Constitucionales, cuando exigen la adopción, en la esfera comunitaria, del mismo cuadro, existente en el ámbito estatal, de control del poder político y de respeto a los derechos fundamentales.⁷⁴⁶

El argumento es procedente. Sin la eficaz actuación de un órgano que represente con plenitud, en conjunto y directamente, los intereses de los

⁷⁴⁵ “De ese modo, el proceso de integración ha sido funcional a los Estados y a las clases políticas nacionales. No lo sería, desde esa perspectiva, si la lógica de la integración se llevara a sus últimas consecuencias. De ahí el miedo a la Constitución, que no es sino el miedo a Europa, el miedo a una culminación natural del proceso de integración (porque el auténtico europeísmo solo puede conducir a una comunidad política europea y a un espacio constitucional europeo). Cuando más natural se evidencia esa culminación constitucional del proceso, más resistencias provoca y más necesario resulta «deslegitimar» el concepto de Constitución o «desnaturalizarlo» incorporando elementos extraños que impiden que realice sus auténticas funciones.” (*Ibid.*)

⁷⁴⁶ “Desde esta perspectiva se puede comprender también el recelo frente a las voces que se han alzado en defensa de los mecanismos constitucionales y del respeto de los derechos y de los criterios democráticos en el proceso de integración. Señaladamente, ese recelo se ha centrado en la posición de los tribunales constitucionales nacionales en el debate europeo. En un proceso de integración que hacía posible eludir los controles constitucionales internos desplazando la responsabilidad al ámbito europeo, la voz discordante de los tribunales constitucionales no era, como pudiera parecer y como de hecho se ha querido hacer ver, la de defensa de las prerrogativas estatales. Defender la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos no es defender la soberanía del Estado sino defender el sometimiento del Estado a límites jurídicos que habían desaparecido en gran medida (a pesar de la impresionante labor del Tribunal de Justicia) mediante el desplazamiento del poder de decisión al ámbito europeo. Ahora bien, en la medida en que la voz de los tribunales constitucionales internos sólo podía basarse en la Constitución nacional, la percepción extendida de ese protagonismo de los tribunales desde el ámbito europeo era la de una opinión discordante con el proceso de integración. No era así, sin embargo, porque estar a favor del control constitucional del poder no debería haberse considerado nunca como una resistencia frente al proceso de integración sino como una crítica a la forma en que el proceso de integración se estaba desarrollando.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.). Op. Cit., 2007, p. 196, 197).

ciudadanos europeos y equilibre el perfil ejecutivo en el proceso decisorio comunitario, el marco europeo actual, efectivamente, es de un fortalecimiento desmedido de la soberanía de los Estados miembros, que ejercerán instancias supranacionales sin las limitaciones debidas —a las que se somete la legislación nacional— y sin la necesaria prestación de responsabilidad política —a la que se sujetan los órganos políticos nacionales en el ámbito interno—. El supuesto control indirecto por parte de los Parlamentos nacionales, una alternativa que se halla muy por debajo de lo necesario para reproducir un cuadro de equilibrio de poderes y legitimidad en el ámbito europeo, no supe la falta de este contexto y, pese a ser el único existente en los moldes actuales, revela una insuficiencia creciente en la medida en que el proceso de integración se vuelve más complejo. De aquí que los Tribunales Constitucionales tengan que desempeñar el equilibrio inexistente “clamando”, a veces, a favor de colocar barreras nacionales a un proceso político-normativo cuya legitimidad deja que desear y que tiene poca profundidad democrática.

En este contexto, podríamos recuperar los conceptos de “salida” y “voz”, abogados por Weiler y expuestos en páginas anteriores. En cierta manera, el marco existente, al favorecer la “voz”, facilita el ejercicio del poder político con pocas trabas, lo que conviene a los Estados miembros. El surgimiento de una Constitución, con la exigencia de la legitimidad y limitación del poder político que le es intrínseco, al reducir el aspecto “voz”, acentuaría el aspecto “salida”, y podría enviar el proyecto comunitario hacia una crisis mayor de la que ya vive.

Por otro lado, el Prof. Balaguer Callejón también critica la posición favorable a la existencia de una Constitución en Europa. En consonancia con un reproche que hace Grimm, el autor destaca la incompatibilidad entre esta concepción y el argumento de que cabría seguir adelante con el proceso de constitucionalización, puesto que tal argumento sólo adquiriría sentido si se partiera del presupuesto de que no existe dicha Constitución, con lo que se caracterizaría un evidente desafío lógico: el de que la existencia de una Constitución no mitigaría la necesidad de profundizar un proceso de constitucionalización, cuando éste, tradicionalmente, culmina con aquélla.⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ “Las contradicciones que este planteamiento genera son indudables, ante todo, de carácter lógico. De las dos una: o ya hay una Constitución y no es necesario seguir con el proceso de constitucionalización o no la hay y entonces si es necesario. En realidad, de todas

Incluso así, para perplejidad general, la opinión pública y la clase política no se alinean con la perspectiva jurisprudencial y doctrinal, en lo que atañe a la llegada de una Constitución Europea.

El autor destaca la propia insuficiencia analítica de una teoría tan adecuada al contexto de pluralidad normativa como es el caso del constitucionalismo multinivel. De acuerdo con sus palabras la principal debilidad de esta concepción sería la de quitar relevancia a la discusión en torno a la necesidad o no de una Constitución para Europa en un contexto en el que la interpenetración de los distintos niveles revelara un problema de legitimidad y de falta de calidad democrática en uno de ellos. Para el Prof. Balaguer Callejón, precisamente por el hecho de existir una Constitución multinivel europea, la cuestión en torno a la necesidad o no de una Constitución para Europa se revelaba imprescindible.⁷⁴⁸ Finalmente, el autor destaca que el carácter polisémico-analógico del término Constitución, usado por los distintos autores en el ámbito de esta corriente, acaba conduciéndoles a soluciones completamente dispares; y apunta cierta coherencia en la postura de Dieter Grimm que afirma tanto la imposibilidad de que exista, en el momento actual, una Constitución normativa para Europa, como la posibilidad de que se erosione la democracia como resultado del desarrollo de un proceso constituyente en un contexto político tan frágil como el europeo.

El Prof. Balaguer Callejón adopta una posición nítidamente equidistante con relación a los dos polos del debate. Aunque, por un lado, se muestra

las respuestas que se han dado a la cuestión de si Europa necesita una Constitución, esta es la única que incumple las reglas de la lógica. No se puede decir que Europa tiene una Constitución y al mismo tiempo que necesita una Constitución. Plantear la Constitución como un proceso evolutivo no permite resolver esa contradicción porque la cuestión es en qué momento podemos hablar de una Constitución, por mucho que en el futuro esa Constitución evolucione.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2007 – falta completar).

⁷⁴⁸ “Pero la opción por la idea de que Europa tiene ya una Constitución genera otras contradicciones. Así, desde la teoría del constitucionalismo multinivel (que es una teoría muy apreciable y muy útil desde un punto de vista metodológico) se defiende la imbricación de los distintos niveles constitucionales, pero se defiende igualmente la idea de que no es relevante la cuestión de si Europa necesita una Constitución. Ahora bien, habría que decir, por el contrario, que debido a la interacción entre los diversos niveles, la ausencia de garantías y de condiciones democráticas en uno de ellos no es irrelevante sino que provoca, necesariamente, una pérdida de calidad democrática en los otros niveles. Las opciones metodológicas de la teoría del constitucionalismo multinivel, que comparto plenamente, nos llevan así a conclusiones muy diferentes a las de esa teoría en relación con la gran cuestión de si Europa necesita o no una Constitución. Precisamente porque Europa tiene una Constitución «multinivel» es por lo que esa cuestión resulta tan relevante.” (*Ibid.*)

reticente a dar la razón a la corriente que afirma que ya existe una Constitución Europea, por otro, su posición parece estar más próxima a los presupuestos de esta corriente que a los de aquélla que niega de forma taxativa la existencia de tal documento. En primero lugar porque reconocer que se reproducen en el ámbito comunitario fenómenos adscritos al ámbito estatal, como un federalismo aún incipiente, o como la llegada de una Constitución Europea, no provocaría, necesariamente, la transferencia, al ámbito supraestatal, del elemento de estatalidad. De esta forma, su postura se alinea a un pluralismo más ortodoxo y, por tanto, más lógico y razonable. Niega que exista según afirman que existe, aunque no niega que sea posible, y en cierta forma, necesaria. Por ello, entiende, en consonancia con la conclusión de Habermas, que una Constitución Europea, con el carácter performativo que tiene, puede representar un factor de profundización y fortalecimiento de las instituciones comunitarias.⁷⁴⁹

Conviene resaltar que, aunque el enfoque del profesor Balaguer Callejón se desarrolle más de una década después de que se hubiera iniciado el debate Grimm / Habermas, los problemas en torno a la necesidad de una Constitución para Europa no sólo no fueron atenuados, como, en cierta forma, la aparición de un tratado bautizado como Constitución y al que en verdad, según la acertada perspectiva del catedrático granadino, se otorgó auténtico contenido constitucional,⁷⁵⁰ dio la razón tanto a Grimm como al propio Habermas, al

⁷⁴⁹ “La Unión europea sólo puede avanzar sobre la base de una Constitución Europea. La Constitución europea no sólo debe entenderse aquí desde el punto de vista estrictamente técnico, sino también en el sentido häberliano, como factor cultural que impulse el proceso de construcción europea. Los planteamientos que sitúan la Constitución en un proceso o que la definen «en negativo» por relación a la Constitución del Estado nacional, poco pueden aclararnos respecto de cual sea el concepto de Constitución con el que tenemos que operar en relación con las necesidades constitucionales de Europa. Desde un punto de vista sustantivo estos planteamientos sólo pueden conducir a legitimar la situación existente y su evolución decidida por las instancias políticas europeas, sea cual sea esa evolución.” (*Ibid*).

⁷⁵⁰ El Profesor Francisco Balaguer Callejón desarrolla un razonamiento preciso, basado en la relación entre estos términos y sus significados, para describir esta etapa del proceso de integración europea: “Una de las cuestiones más controvertidas que suscitaba el Tratado constitucional era justamente la de su naturaleza jurídica. Para algunos se trataba simplemente de un Tratado, mientras que para otros era claramente una Constitución. Ambas posiciones se definían de manera antagónica porque, como es obvio, Tratado y Constitución son dos categorías diferentes por muchos motivos. Sólo teniendo en cuenta la naturaleza dinámica del proceso de integración europea podíamos dar una solución satisfactoria a este debate. Porque en realidad el Tratado constitucional era, podríamos decir, un Tratado con alma de Constitución o una Constitución con forma de Tratado: en definitiva, Constitución y Tratado. Esta dualidad sólo se puede entender si tenemos en cuenta que la Unión Europea está evolucionando de manera muy rápida desde el Derecho internacional al Derecho constitucional. El Tratado constitucional podía considerarse la última manifestación de esa evolución. (...) Desde el punto

probar que los puntos de contacto entre ambos enfoques superaban significativamente a los puntos de confronto y que, en verdad, ambos argumentos, en su aspecto más fundamental, se complementaban. Ello porque, como para dar la razón a Grimm, la inusitada redacción y celebración de una “Constitución con forma de Tratado” acabó, de hecho, poniendo en evidencia y acentuando los serios problemas estructurales que padece la Unión Europea. Prueba de ello es que la asimétrica doble legitimidad, basada no sólo en los Estados miembros, como maestros de los Tratados, sino también en el conjunto de ciudadanos europeos, que ya había demostrado una potencial capacidad de comprometer avances comunitarios anteriores, acabó por producir una implosión formal del propio Tratado Constitucional, en el que venía consagrada. Por otro lado, en ningún momento anterior la apremiante necesidad, por parte de la Unión Europea en el ámbito de su dimensión constitucional se hizo más presente que en las más recientes etapas del proceso de integración, como demuestra el hecho de que la crisis que culmina con el Tratado de Reforma de 2007, no haya provocado una ruptura incomunicable con el contenido del Tratado Constitucional y un irremediable retroceso que eclipsara tal dimensión.⁷⁵¹ En otras palabras, aunque la clase política europea no tenga voluntad, en este momento, de asumir el carácter constitucional del proceso de integración —razón por la que se justifica la guiñada en pro de un documento alijado de discusiones públicas, formalmente vaciado de cualquier referencia constitucional, cuya aprobación se llevó a cabo mediante un proceso completamente reivindicado por los Estados miembros — la necesidad de asumir formalmente un constitucionalismo europeo de corte

de vista formal, hay que reconocer que la Constitución Europea era un texto excesivamente largo, con 448 artículos. (...) Sin embargo, lo que de Constitución había en el Tratado (y permanece sustancialmente en el Tratado de Reforma) se ajustaba a las características básicas de un texto constitucional (...). En definitiva, bien podía decirse que el Tratado constitucional era una Constitución, aunque adoptara la forma de Tratado y a pesar de que se pudiera considerar sólo el primer paso de futuros avances en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.) Op .cit, 2007, p. 206, 207).

⁷⁵¹ “Podríamos que la tensión entre ciudadanos y Estados es también la que ha dado lugar a esta figura peculiar de Tratado y Constitución, la que ha conducido a la forma de Tratado con contenido de Constitución. (...) Esa quiebra es la más importante que podía darse. Es la que ha llevado a la inviabilidad de la ratificación del Tratado Constitucional, y debería hacernos reflexionar sobre la necesidad de una Constitución que lo sea no sólo por su contenido sino también por su forma, evitando procedimientos convencionales de carácter internacional y articulando procedimientos constitucionales. Una Constitución que sea elaborada por una auténtica Convención constituyente y que sea sometida a referéndum en toda Europa sin que se modifique por los Estados ni una sola palabra del texto aprobado por la Convención.” (*Ibidem*, p. 211, 212).

democrático permanece presente, incluso impregnando el propio Tratado de Reforma, que pasó a caracterizarse como una Constitución con nombre de Tratado, en las apropiadas palabras del profesor Balaguer Callejón.⁷⁵² Por consiguiente, incluso un experimento frustrado como el Tratado Constitucional, no puede verse como un fracaso en la larga jornada europea a una Constitución formal que vertebré su estructura, sino que debe entenderse como una etapa que ayuda a forjar dialécticamente una identidad constitucional europea. Es verdad que esta identidad sufrió un evidente desgaste frente al proceso que llevó a celebrar el Tratado de Reforma, sin embargo, este mismo proceso y su epílogo revelan que lo que se imaginaba que sería el remedio no hizo más que agravar el mal. Y, en este punto, no se puede omitir que Habermas tenía razón cuando criticaba a Grimm, al acusar su argumentación de incurrir en inercia. La solución para la crisis de legitimidad del proceso de integración no surge del inmovilismo o de una preservación del *statu quo*, prescribiendo menos Constitución. Por el contrario, para tales problemas europeos, la única solución es más Constitución.⁷⁵³

⁷⁵² En este sentido, respecto a la naturaleza del Tratado de Reforma y al proceso que condujo a su celebración, aún en curso al tiempo en que escribía estas líneas, el Profesor Francisco Balaguer Callejón afirma: “Lo que parece claro es hemos pasado de una Constitución con forma de Tratado (esto es, de un Tratado con contenido constitucional) a una Constitución con nombre de Tratado. (...) La pretensión de reforzar la transparencia, la democracia y la participación de la ciudadanía no sólo estaba presente en el Tratado Constitucional, sino que resulta paradójicamente reafirmada por el Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007 (...). Ciertamente este Consejo no ha sido ejemplo de comunicación con la ciudadanía ni de ningún tipo de diálogo, ni permanente ni ocasional. (...) Para empezar, las decisiones fundamentales ya se han adoptado y no hay previsto ningún diálogo con la ciudadanía que pueda modificarlas en la CIG. Pero, además, la pretensión de ‘disimular’ la vertiente constitucional de las reformas no parece tener otro sentido que contentar a los minimalistas evitando nuevos procesos referendarios allá donde se pueda (Reino Unido= y evitar igualmente la necesidad de un nuevo referéndum en Francia. (...) Estas pretensiones no dejan de ser paradójicas: se reducen las ambiciones del Tratado Constitucional para que pueda ser aceptado por la ciudadanía. Se parte de que un Tratado formalmente ‘minimalista’ podría ser más fácilmente aceptado. Pero, en realidad, nunca nos vamos a enterar de si esto es así o no porque precisamente al darse por hecho que sería aceptado por la ciudadanía no se le va a preguntar siquiera. De ese modo, por importantes que sean los avances desde el punto de vista del contenido constitucional de los Tratados, el retroceso en las formas es muy considerable. La tensión entre ciudadanía y Estados se ha saldado de manera rotunda a favor de los Estados que ha manifestado, de nuevo, que controlan entre todos los procesos de integración y que van a seguir haciéndolo así en el futuro. La ciudadanía ha desaparecido, de momento, y con ella el vínculo entre las instituciones europeas y una comunidad política incipiente necesaria para conformar un orden constitucional pleno. (*Ibidem*, p. 215, 220).

⁷⁵³ En este sentido, el Profesor Francisco Balaguer Callejón afirma: “Si la crisis constitucional se ha convertido en una crisis de identidad europea es porque el proceso de constitucionalización es ya el único instrumento posible para avanzar hacia una integración política cada vez más necesaria. Al cuestionar ese proceso se está cuestionando la cultura democrática y constitucional de Europa y la posibilidad misma de que Europa sea algo más que una zona de libre cambio, ¿qué se le puede ofrecer a la ciudadanía europea para construir una identidad propia que no sea un orden constitucional y democrático?” (*Ibid.*, p. 222).

En efecto, como bien destaca el profesor Francisco Balaguer Callejón, la fragmentación de la ciudadanía europea a estas alturas de la evolución institucional del proceso de integración no hace más que deformar el concepto de democracia y da lugar a una paradoja incompatible con el perfil político de los Estados miembros —todos Estados constitucionales— y pone en crisis la ansiada posibilidad de lograr una identidad europea.⁷⁵⁴ Esto porque, en el actual contexto no existe, en el ámbito europeo, un reflejo de lo que compone y caracteriza la identidad nacional en los diversos Estados miembros. Para el Prof. Balaguer Callejón, la idea de una ciudadanía como fundamento de una identidad colectiva, representa una alternativa a la erosión que una noción monolítica de “pueblo” sufre frente a la actual complejidad del tejido social en los propios Estados miembros.⁷⁵⁵ El terreno fértil que la construcción de esta alternativa encuentra en el ámbito de órdenes políticos democráticos como el de los Estados miembros no puede encontrarse en el ámbito europeo, razón por la que la propia construcción de una identidad ciudadana europea se ve inviabilizada.⁷⁵⁶ La solución de esta paradoja, según el Prof. Balaguer Callejón,

⁷⁵⁴ “La crisis constitucional ha conducido a algo todavía más peligroso: a una auténtica crisis de identidad europea. (...) La fragmentación de la ciudadanía ha conducido a una confusión de los espacios políticos en la que se han atribuido al Tratado Constitucional todos los males de la Unión Europea, sin pensar que el Tratado era un intento de avanzar en la solución de muchos de ellos. El debate nacional se ha mezclado con el europeo y la discusión sobre el funcionamiento ordinario de la Unión se ha mezclado con la controversia sobre las decisiones constitucionales básicas. La compartimentalización de los espacios de decisión conduce a deformaciones absolutamente inaceptables y aberrantes del concepto de democracia. Sólo de esa manera se puede entender que en este proceso hayan terminado decidiendo las minorías sobre las mayorías. Las minorías ciudadanas en los procesos refrendatarios sobre el conjunto de la población europea. Las minorías de Estados que no han ratificado sobre la mayoría que sí ha ratificado. El resultado es que se ha perdido legitimación democrática en el proceso y se ha obligado a aceptar a la mayoría de la población europea y de los Estados la posición de la minoría. (*Ibid.*, p. 220, 221).

⁷⁵⁵ “La orientación de los componentes identitarios hacia las ideas de democracia y de ciudadanía está destinada a reforzarse de manera muy intensa en el futuro. Esto es así debido al desarrollo progresivo de los componentes multiculturales y multiétnicos de muchos países europeos. Porcentajes cada vez más amplios de la población de los países europeos proceden de la inmigración y tienden a un crecimiento demográfico superior al de la población inicial. En el contexto de sociedades cada vez más complejas resulta difícil articular las claves identitarias en las que se basó el desarrollo de los Estados nacionales. Cada vez son menores las posibilidades de seguir manteniendo la idea de un pueblo con características comunes como soporte de los sistemas constitucionales nacionales. Por el contrario, el concepto de ciudadanía puede servir como referente futuro de la articulación de las sociedades europeas.” (*Ibid.*, p. 222).

⁷⁵⁶ “En cuanto concepto que apela a un orden jurídico de derechos y libertades, el concepto de ciudadanía no se puede desvincular del contexto constitucional y democrático en el que alcanza su plenitud de sentido. Ese contexto constitucional y democrático es real y efectivo en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, es todavía muy deficiente en el ámbito europeo y ése es uno de los motivos por los que la imagen de Europa no siempre se percibe de una manera positiva por la ciudadanía europea. (...) Como se puede comprender, esta situación no favorece la construcción de una identidad ciudadana

no podría ser otra que la de defender la necesidad de una Constitución europea, no sólo de una Constitución en sentido material, sino de una Constitución formal, cuya fuente de legitimidad sean los ciudadanos europeos en su totalidad.⁷⁵⁷ La circunstancial imposibilidad de concretar tal contexto, no obstante, debería conducir a una reflexión sobre la naturaleza del propio Derecho constitucional, no ya europeo, sino nacional, puesto que muchos de los obstáculos al avance del constitucionalismo europeo derivan del carácter estatal que impregna al Derecho constitucional y que lo aleja de una configuración supraestatal. Las categorías constitucionales y la forma de articularlas teóricamente, orientadas hacia una realidad estatal, dificultan entender fenómenos jurídicos europeos como fenómenos constitucionales. Se trata, en este caso, de traer la expansión que propone Habermas para cada una de las esferas públicas nacionales, en los Estados miembros, para el ámbito del Derecho constitucional. Por consiguiente, sería de esperar no una expansión del Derecho constitucional de los respectivos Estados miembros hacia una dimensión europea, sino su apertura para recibir, como parte de su contenido, esta dimensión. Por esta razón, el Prof. Balaguer Callejón apunta la necesidad de que se estudien formas de aproximación del Derecho constitucional estatal a la realidad de la integración europea y sitúa la reforma constitucional como punto de inflexión de esta aproximación.⁷⁵⁸

europea ni permite avanzar estable y continuada en el proceso de integración. En la actualidad hay una clara asimetría entre el nivel constitucional interno y el nivel europeo. Mientras esa asimetría no se resuelva será difícil pensar en una auténtica democracia en el contexto de un constitucionalismo plural o multinivel.” (*Ibid.*, p. 222, 223).

⁷⁵⁷ “Lo que no tendría sentido en el futuro es un nuevo experimento como el Tratado Constitucional. Lo lógico es que el siguiente paso fundamental de la Unión sea una auténtica Constitución europea que lo sea no sólo por el contenido sino también por la forma. Una Constitución que sea expresión de la voluntad expresada por la ciudadanía fragmentada, sino por la ciudadanía de la Unión Europea. La reforma en curso puede proporcionar una base constitucional sólida para pasar de una Constitución material europea a una Constitución formal en el futuro. Una Constitución que sea ratificada en referéndum europeo por la ciudadanía europea, modificando para ello todos los marcos jurídicos europeos y estatales que sean necesarios.” (*Ibid.*, p. 223).

⁷⁵⁸ “Por ese motivo, mientras llega la Constitución formal europea y para facilitar su llegada, habrá que seguir trabajando en la construcción del Derecho constitucional europeo. De este punto de vista, no podemos pensar en trabajar sólo para hacer más constitucional el Derecho europeo sino que tenemos que plantearnos seriamente la necesidad de hacer más europeo el Derecho constitucional nacional. Las culturas constitucionales nacionales siguen teniendo muchas adherencias y residuos históricos que caminan en dirección contraria a la construcción de Europa. (...) En el contexto de una pluralidad de ordenamientos que interaccionan entre sí, la flexibilidad y la capacidad de ofrecer una respuesta rápida mediante las correspondientes reformas internas, también en el nivel constitucional, es una condición necesaria para que el entero sistema funciones de manera adecuada. En muchos casos esta respuesta viene dificultada por disposiciones sobre la reforma constitucional que sólo tiene un sentido histórico, pero que carecen de virtualidad en el actual contexto europeo.” (*Ibid.*, p. 224).

1.3.3. *Derecho Constitucional Común y Constitución en una Comunidad Constitucional en desarrollo*

El Prof. Peter Häberle también reivindica la necesidad de europeización del Derecho constitucional estatal, cuyo enfoque del fenómeno de integración europea desvela una amplitud y originalidad capaz de echar luz sobre los problemas más intrigantes de este proceso. Su pensamiento tiene un dinamismo propio para abarcar teóricamente las distintas etapas del proceso de integración, que exige un análisis que lo trate como algo más que una postura cristalizada, como un conocimiento que, aunque en constante construcción, no cae en incoherencias tan tentadoras para quien dedique atención a un fenómeno tan cambiante.

Un paradigmático esfuerzo en el sentido de forjar una sistematización que tuviera como objeto el proceso de integración europea puede encontrarse en la noción de Derecho constitucional común europeo, desarrollada a lo largo de la década de 1980. Varios presupuestos ya indicaban la necesidad de realizar un análisis racionalizador de este proceso, partiendo de un punto de vista constitucional. Uno de estos presupuestos giraba en torno del concepto de Estado constitucional y de la constatación de su generalización, en cuanto tipo, tras la caída del muro de Berlín.⁷⁵⁹ De la misma forma, se puede indicar la idea de que la gradual desaparición de la dicotomía interna / externa constituía una de las consecuencias del avance de este tipo ideal hacia la forma de Estado constitucional cooperativo⁷⁶⁰ —que ya hemos tratado en etapas

⁷⁵⁹ “Más bien se trata de reconocer que los procesos de desarrollo del Estado constitucional en última instancia solamente pueden entenderse si se toma en cuenta el espacio, hoy Europa o incluso el mundo. No es sólo a partir de 1989 que podemos observar procesos de producción y recepción en materia del Estado constitucional a través del espacio y por encima de los continentes. (...) Sin embargo, a partir de 1989 es visible una comunidad de producción y recepción mundial, que abarca a Europa oriental y a partes de Asia, en la que los textos constitucionales, los paradigmas científicos, las resoluciones judiciales, se vuelven objeto de los ‘procesos de globalización’, es decir, son intercambiados y también ‘transformados’. Con ello también hay recepción de una ‘realidad constitucional’, en el sentido de que los Estados constitucionales más jóvenes convierten en conceptos y en texto lo que se ha desarrollado paulatinamente en los más antiguos.” (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 59, 60).

⁷⁶⁰ “El Estado cooperativo vive de la cooperación con otros Estados, con la comunidad de naciones y con organizaciones internacionales. Conserva y salvaguarda a éstas a pesar de tener que conservar su propia identidad cara a todas las susodichas instituciones, adopta estructuras constitucionales derivadas de la comunidad internacional en sí sin que ello le suponga perder sus propios perfiles o sin dejar que se desdibujen, impulsa también a la vez la

anteriores de este trabajo— lo que ciertamente conduciría, posteriormente, a la extinción del concepto de extranjero en una Europa en proceso de integración.⁷⁶¹ En consecuencia, la construcción de la noción de Derecho constitucional común europeo se dirigiría a una actualización del propio Derecho constitucional, como disciplina científica, frente a las consecuencias y la ampliación de una integración en fase de crecimiento. Se trataba de, mediante esta noción, diseñar estructuras comunes en el sentido de crear las bases de una “casa común europea”.⁷⁶²

La forja de este Derecho constitucional común no se daría exclusivamente en el ámbito propiamente jurídico-positivo, en el que se acentuaban las diferencias entre los distintos ordenamientos. En verdad, el hecho de expresarse jurídicamente mediante un sistema propio no representaría un obstáculo a tal formulación, pues la naturaleza en común de Estados constitucionales proporcionaría que se compartieran una serie de valores, concepciones y principios —tales como los relativos a la consagración de los derechos humanos y su concreta garantía, el principio democrático, el

constitucionalización de toda la comunidad internacional sin tampoco sobrestimar sus propias posibilidades, toma parte junto con otros Estados en el llamado diálogo Norte-Sur, adopta responsabilidades sin refugiarse en cómodos subterfugios. Desarrolla sobre todo, ya desde el mero punto de vista de los propios textos constitucionales internos, procedimientos, competencias y estructuras, proponiéndose tareas que justifica mediante la cooperación con el exterior al abrirse a tales fuerzas de tal modo que el clásico esquema interior-exterior se deshace, al igual que acaba con las doctrinas de la presunta impermeabilidad normativa y termina poniendo en tela de juicio el presunto monopolio estatal de la exégesis respecto de las fuentes del Derecho. El Estado cooperativo es un tipo de Estado que trabaja en el desarrollo de un Estado internacional cooperativo hallándose en camino de lograr un tipo de Estado cooperativo común.” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2002, p. 262).

⁷⁶¹ “(...) Dicho con otras palabras, ninguno de los Estados constitucionales europeos se considera ‘extranjero’ en virtud del principio de reciprocidad de trato, con lo que en último extremo lo que realmente se pone en solfa es el esquema clásico de interior/exterior al hablar del Estado en el contexto europeo.” (*Ibidem*, p. 128).

⁷⁶² “En una época que permite hablar de la llegada de la hora ‘del Estado constitucional a nivel planetario’ (...), la Teoría General de la Constitución se encuentra, en la Europa actual, en un estado de auge único en su género. El lema de la ‘casa común europea’ exige mantener una situación puntera en lo tocante a la ciencia jurídica civilista. Una de las vías en este sentido la configura el ‘Derecho constitucional común europeo’, al crear las bases internas de dicha ‘casa común europea’ (para conservar la terminología) al pergeñar estructuras comunes (...), mientras que la reconstrucción de la Europa del Este exige una teoría general que sea simultáneamente europea ‘y’ nacional. La europeización de la Teoría General del Derecho y del Estado es programa y proyecto a la vez y se encuentra ya en fase inicial de desarrollo. (...) Reconocer que los Estados nacionales europeos se han constituido de forma ‘análoga’ y que tales analogías son precisamente lo que de común tienen, al igual que lo que presupone su existencia, permite a cada Estado seguir su propio camino y, simultáneamente, contemplarse a sí mismo inmerso en el contexto común europeo.” (HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Europeo. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 79, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero – Marzo, 1993, p. 11, 13).”

del Estado Social de Derecho— que, sirviendo de argamasa de esta unión, favorecerían una unidad en la diversidad.⁷⁶³ Este enfoque, además, no conduciría a la creación de algo desprovisto de concreción. Por el contrario, implicaría volcarse teóricamente sobre lo ya existente, aunque no racionalizado. No se trataría de una elucubración académica sin el respaldo de la realidad jurídica. De hecho, una convergencia de esta naturaleza, realizada o no de forma consciente, podría deducirse en la esfera legislativa, jurisprudencial y doctrinal. La integración de Europa, normalizada mediante Tratados internacionales, la consagración de principios comunes en las varias Constituciones nacionales, la interacción entre las distintas esferas jurisdiccionales por medio de paradigmáticas sentencias judiciales y la propia producción científica, siempre orientada para preparar el futuro a la luz de fenómenos del presente, representarían fuentes de esta esfera jurídico-constitucional común, sobre las que sería posible pensar una categoría como el Derecho constitucional común europeo.⁷⁶⁴

El surgimiento de esta categoría no vulneraría la diversidad que caracteriza la realidad jurídica europea a fin de encontrar un camino hacia la unidad, tampoco usaría la idea de un Derecho constitucional común para minar manifestaciones de las especificidades constitucionales de los Estados europeos. Por el contrario, se trataría de primar la unidad en todas las actividades jurídicas, preservando lo que, por su propia naturaleza, debería

⁷⁶³ “Los principios del DCCE — reseñados sin pretensión de exhaustividad — contienen de forma muy superficial y casual ideas jurídicas paralelas, análogas o similares. Se trata de profundizar en lo más hondo de la cultura jurídica de cada uno de los Estados constitucionales en particular, y sacar a la luz los factores comunes, lo concordante, lo familiar, yendo más allá de lo meramente jurídico-positivo. Aquello que se halla en el substrato común de la cultura jurídica y que, en última instancia, aboca en determinadas concepciones sobre la justicia, crece sobre un terreno de raigambre europea que descansa en la unidad histórica del viejo continente y que hoy se encuentra, de nuevo tras haber superado el horizonte del ‘futuro de Europa’, en la actual conjunción de Estados nacionales europeos.” (*Ibidem*, p. 12).

⁷⁶⁴ “La siguiente secuencia plantea una perspectiva sistemática: textos positivos, textos no positivos (es decir, sentencias judiciales sobre todo), doctrina científica (Derecho de los juristas), todo ello manifestaciones objetivas que, al actuar de consuno, desarrollan por sí mismas ideas jurídicas que se dan en común en Europa. (...) Resumiendo: legisladores, jurisprudencia constitucional y ciencia jurídica (constitucional) constituyen en Europa un substrato jurídico común indisoluble que contiene elementos del tipo ‘Estado constitucional’, es decir, ante todo respeto a la dignidad humana, democracia pluralista, derechos humanos y libertades fundamentales, Estado de Derecho, justicia social, autogestión administrativa a nivel municipal, subsidiariedad, tolerancia y protección de minorías, regionalismo y federalismo.” (*Ibidem*, p. 14, 22, 23).

permanecer específico.⁷⁶⁵ Para enriquecer esta prudencia, sería importante entender que existía un elemento de unificación que ya impregnaba aquella esfera geográfica, que el Prof. Häberle denominaba la “Vieja Europa”, y que impulsa el proceso de integración actual, que es la cultura. Esta es una idea prolífica en su raciocinio. La cultura es el elemento que unifica el continente europeo.⁷⁶⁶ El factor que enraíza en suelo europeo una conformación política, social e ideológica en torno a la que giran las diversas sociedades y que sirve como medio de comprobación de un distanciamiento o de una nueva aproximación a Europa por la que podría pasar un determinado Estado, a lo largo de su historia. Esta cultura, tejida de forma amplia, se manifiesta, también, como cultura jurídica. Cultura jurídica común, en pro de la cual los factores específicos actúan como elementos que favorecen la construcción de una experiencia común, potenciada por el proceso de integración, que refuerza, finalmente, la forja de una identidad europea.⁷⁶⁷

Una vez superados los dos elementos que, según el Prof. Peter Häberle, durante mucho tiempo habían inviabilizado los presupuestos de construcción

⁷⁶⁵ “El tener siempre bien presente el contenido ‘nacional’ específico de cada Derecho constitucional de un estado concreto o país es lo que, en último término, puede evitar que se incurra en el error de reducir ‘a común denominador’ de forma precipitada justamente aquello que debe ser y permanecer ‘diferente’; piénsese en los preámbulos de textos legales en cuanto a su dimensión de resumen expositivo de la historia nacional, en las garantías de las festividades nacionales y en tantos otros textos constitucionales repletos de símbolos. Tampoco se debe allanar toda diferencia en la estructura federal de países como, por ejemplo, Suiza, Alemania y Austria (...) más allá de lo meramente teórico de todo arquetipo de Estado federal comunitario europeo.” (*Ibid.*, p. 35).

⁷⁶⁶ “La europeización del derecho en general, pero también de sus disciplinas, se ha convertido en lugar común. (...) Otros términos clave provienen de H. Coing y su frase ‘desde Bolonia hasta Bruselas’, así como de sus investigaciones sobre la historia del derecho en Europa (...). Estos procesos generales de desarrollo, que no deben perderse en lo indeterminado, se vuelven tangibles para la teoría de la Constitución en tres campos que penetran en las dimensiones culturales profundas y respecto de los cuales es válida la siguiente proposición: la cultura y el derecho ‘hacen’ la cultura del derecho de Europa.” (HÄBERLE, P. Op. cit., 2001, p. 66). “Europa es una parte del mundo con fronteras abiertas, pero delimitable en su identidad cultural: una, pero en sí misma plural, cultura jurídica. El derecho islámico, los países en vías de desarrollo, los estados asiáticos, todos ellos son otros mundos jurídicos. (...) Vista globalmente, Europa viven en el plano cultural y, por tanto, también en el jurídico-cultural, algo particular.” (HÄBERLE, P. Europa como comunidad constitucional en desarrollo. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 1, Granada: Universidad de Granada, Enero-Junio, 2004, p. 19).

⁷⁶⁷ “La especial proximidad geográfica y la vecindad de ciertos Estados constitucionales concretos en la vieja Europa posibilita procesos de intercambio por el mero hecho de que Europa tiene una cultura. Este aspecto cultural, denominado con más precisión conceptual ‘cultura jurídica’, es motivo suficiente para acercar a todo legislador e intérprete constitucional europeo mucho más todavía, por tener siempre a mano el posible recurso de acceder o reconducir su trabajo al DCCE. La Europa del Este en especial puede recuperar su identidad cultural tras el vacío dejado al desplomarse el marxismo-leninismo, reafirmando su pertenencia a la Europa cultural.” (HÄBERLE, P. Op. cit., 1993, p. 33).

de un Derecho constitucional común europeo, el Estado nacional y la idea de soberanía del siglo XIX por un lado, y la proximidad entre el Derecho constitucional y el Derecho político de cada Estado, por otro, avanzamos hacia un contexto en el que el Estado nacional no se presenta como continente exclusivo y necesaria forma de manifestación del Estado constitucional, rompiendo el vínculo entre esta forma política y el concepto de nación.⁷⁶⁸ La evolución de este, en el sentido de conformarse como Estado constitucional cooperativo, sobre todo en el contexto europeo, conduce a una reconfiguración del Derecho constitucional de acuerdo con la influencia recíproca entre la dimensión nacional y la dimensión europea. De ahí que el profesor Häberle, además de dividir el Derecho europeo en sentido estricto y sentido amplio,⁷⁶⁹ se refiera a un Derecho constitucional europeo nacional, como resultado de un proceso de interiorización del Derecho europeo en las estructuras constitucionales de los Estados miembros, que conduce, fatalmente, al desmoronamiento gradual de estructuras teóricas clásicas, asentadas en la aislamiento estatal de las categorías constitucionales.⁷⁷⁰

Afirmar o negar la existencia de una Constitución europea, de acuerdo con el Prof. Häberle, presupone elucidar lo que se entiende por Constitución. Ciertamente el alcance de su concepto no permitiría identificarla con un documento formal, es decir, al referirnos a una Constitución estaríamos ante todo tratando de algo que trascendería tanto una dimensión jurídico-positiva

⁷⁶⁸ “El estado nacional clásico no puede ya considerarse un modelo obligado para el Estado constitucional. En su actual nivel de desarrollo, todos los Estados constitucionales, ya sean mono o multiculturales, tienen que ser concebidos de manera pluralista.” (HÄBERLE, P. El Estado Constitucional europeo. In: *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N.º 2, Mexico, DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Enero-Junio, 2000, p. 94).

⁷⁶⁹ “De antemano hay que diferenciar entre el Derecho europeo en sentido estricto y en sentido amplio. Aquel está integrado por los Tratados de la CE/UE, éste por el Consejo de Europa (...), ante todo el CEDH y la OSCE (...).” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2004, p. 13).

⁷⁷⁰ “Una dimensión hasta ahora poco estudiada de la europeización será caracterizada aquí como derecho constitucional europeo ‘nacional’. Con ello nos referimos a los artículos sobre Europa — cuantitativa y cualitativamente en aumento — que pueden encontrarse en las Constituciones europeas. La Ley Fundamental alemana, en articular, ha incorporado recientemente muchos artículos de esa naturaleza (...). En esa evolución es importante destacar que el Estado constitucional nacional interioriza aquí la idea de Europa, convirtiéndola en un asunto propio de manera más intensa que lo que el derecho europeo en sentido estricto le permite, considerado más como algo que crece ‘desde afuera’. (...) La europeización del hasta ahora clásico derecho constitucional nacional puede provocar el desmoronamiento de construcciones dogmáticas completas.” (HÄBERLE, P. Op. cit., 2000, p. 99, 100, 101).

como, en consecuencia, a una dimensión puramente normativa.⁷⁷¹ La Constitución, de acuerdo con su entendimiento, es más que el documento formal. Representa el orden jurídico fundamental de la sociedad y no se confunde exclusivamente con la idea de Constitución del Estado. Dirigida a juristas y no juristas, como elemento sujeto a una sociedad abierta de intérpretes, la Constitución debe entenderse como estado cultural, que vive de la dimensión de la cultura.⁷⁷² Esto no implicaría el vaciamiento de la relevancia de la Constitución formal, antes bien permite, partiendo de esta concepción mixta, encontrar elementos que, formando un sentido más amplio de Constitución, deben integrar su texto para justificar su denominación como tal.⁷⁷³ De ahí que, al depararse con la cuestión de la existencia o no de una Constitución en Europa, el Prof. Häberle parta, tanto de la indicación de la pluralidad de funciones que ésta desempeña —tales como la función de crear

⁷⁷¹ “Los ciudadanos, los grupos y la comunidad en conjunto se pueden reencontrar en la Constitución y en sus valores orientadores; la Constitución combina el recuerdo del patrimonio cultural y su profunda fuerza identificadora con la esperanza en el futuro y un quantum irrenunciable de utopía propio al Estado constitucional, como ocurrió con la reunificación alemana y ocurre hoy con Europa. (...) Sobre todo, la referencia científico-cultural de la Constitución es la clave de su ‘exitosa historia’ regional y universal: la dimensión cultural de la Constitución se manifiesta de la mano del preámbulo, de las libertades culturales, de los bienes jurídicos culturales, de la garantía del día de descanso, del régimen constitucional de la religión, de la protección de las minorías culturales e de las otras formas de manifestación del derecho constitucional de la cultura y, cómo no, también a la luz de los objetivos de la educación escolar: por ejemplo, la democracia, el respeto a la dignidad humana y la tolerancia. (...) En esta perspectiva, las Constituciones no son sólo textos ‘positivos’, jurídicos, textos constitucionales en sentido estricto. Los textos constitucionales están además, ‘contextualizados’ en la extensión y en la profundidad del tiempo y el espacio, de ahí que los llamados textos clásicos sean textos constitucionales en sentido amplio; me refiero a pensadores como Aristóteles, Montesquieu y I. Kant, actualmente J. Rawls y H. Jonas.” (HÄBERLE, Peter. *¿Tienen España y Europa una Constitución?* Sevilla: Fundación El Monte, 2004, p. 24, 25).

⁷⁷² “Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado el constituido (la Constitución no es sólo Constitución ‘del Estado’). (...) De ninguna manera se hace referencia exclusiva al ‘esqueleto de las normas’, sino que hay que incluir a la cultura y al ambiente políticos, las opiniones y prácticas, que no son jurídicas en sentido estricto, en la ‘sociedad’ constitucional. (...) Frente a este trasfondo debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. (...) Al mismo tiempo la concepción culturalista (...) de las Constituciones gana en capacidad de convicción. La Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, (...) sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico (...), sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural (...).” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2001, p. 3, 4, 5).

⁷⁷³ “En realidad, la Constitución es un ensamble mixto de muchas concepciones: sea por su pluralidad de ámbitos y grupos de artículos, sea por las diversas posiciones que ha ocupado en el curso de la historia de una concreta comunidad política. No se puede afirmar ‘de una vez y para siempre’ qué es una Constitución; aquello que puede y debe realizar una Constitución depende de la historia de desarrollo del tipo Estado constitucional y del país concreto. Algo que, por otro lado, rige tanto en el nivel nacional como en el europeo.” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2004 (II), p. 29, 30).

órganos constitucionales y división del poder, la función de autorización y limitación del poder, la función legitimadora, la función del espacio público— como de la delimitación de contenidos.⁷⁷⁴ Por consiguiente, Europa carecería, nítidamente de una Constitución formal que resultara de un ejercicio de un Poder Constituyente democrático.⁷⁷⁵ En este punto, el problema de legitimidad que impregna el proceso de integración europea, forzosamente, vendría a imponer el reconocimiento de que, aunque el avance representado por la nueva Unión Europea hubiera revelado una cierta tendencia hacia la búsqueda de amparo democrático en algunas etapas del proceso de integración, no se había producido una manifestación popular europea que hiciera de esta tendencia una *conditio sine qua non* del proceso mismo. Esta inclinación democrática debería consolidarse y representar un paso adelante en una Europa, que ya no compatibilizaría con la idea anacrónica de identificar los Estados como señores de los Tratados; y en la que el foso entre la incipiente configuración de mecanismos democráticos de formación de la voluntad política y la concentración de competencias en la esfera comunitaria no haría más que evidenciar la necesidad de consolidar la legitimidad derivada de la voluntad de los ciudadanos europeos.⁷⁷⁶ Sin embargo, a pesar de esta deficitaria legitimidad democrática, según el Prof. Häberle, sería posible afirmar que Europa existe “(...) bajo un conjunto de constituciones escritas y no escritas

⁷⁷⁴ “La pluralidad de funciones de las Constituciones debería estar abierta en el tiempo a los nuevos desarrollos, de modo que recogiera toda la lista de temas constitucionales materiales. Y ha de ser así tanto para las constituciones nacionales (...), como igualmente en la perspectiva europea. Las funciones y los correspondientes temas de una Constitución se muestran tanto a nivel nacional como a nivel europeo.” (*Ibidem*, p. 32).

⁷⁷⁵ “Visto formalmente no se ha producido ninguna acción del ‘poder constituyente’ en el sentido clásico-nacional. Se trata siempre de nuevas reformas de los Tratados en base a consensos intergubernamentales previos, incluso cuando el derecho europeo ya existía como ordenamiento autónomo.” (*Ibid.*, p. 71).

⁷⁷⁶ “Observado desde el punto de vista material se produce así un pedazo puntual de Constitución que se corresponde con la interpretación de los Estados Miembros. Pero en conjunto, el pueblo como comunidad ciudadana permanece ‘excluido’, incluso cuando los temas materiales cada vez maduran más hacia temas constitucionales típicos (...). Aunque, de acuerdo con el proceso de reforma de los Tratados, el pueblo no tiene que actuar a nivel europeo, el creciente carácter constitucional de su contenido material impulsa a ello. El muchas veces citado déficit constitucional no puede compensarse con las elecciones europeas directas ni con la paulatina ampliación de las competencias del Parlamento. Sigue siendo grande, y parece que todavía crecerá más, el contraste entre la ausencia de un poder constituyente formal, y la intensificación y expansión de la Constitución en sentido material, pues aún continúan creciendo los elementos y las dimensiones de la Constitución material en el plano UE/CE.” (*Ibid.*, p. 72, 73).

que quizás necesita hoy un paso adelante, con el que se reafirmaría también la especial ‘aptitud constitucional’ de la Unión Europea (...).⁷⁷⁷

De esta forma, aunque fuera posible identificar la existencia de una Constitución compartida por Europa —en sentido estricto— y por los Estados miembros en conjunto, y una tendencia constitucionalizante en el ámbito del Derecho europeo en sentido amplio —entendida, en la totalidad, como una comunidad constitucional que manifiesta una estructura constitucional por medio de una cultura jurídica común, basada en un patrimonio histórico compartido, en un esfuerzo común para imponer la racionalidad al Derecho, en el surgimiento de innumerables presupuestos que garantizarían la conformación de un terreno fértil para la generalización del imperio del Derecho y en el cumplimiento de las funciones que rigurosamente deberían componer los objetivos de una Norma Fundamental⁷⁷⁸ —, compuesta por un conjunto de Constituciones parciales que abarcan no sólo la antes citada, sino también las de los Estados miembros,⁷⁷⁹ el constitucionalismo europeo aún se resentiría de la condición incipiente de un espacio público de carácter político que se articulara mediante instituciones democráticas —aún no consolidadas en el ámbito europeo— ya que la identidad europea todavía se manifiesta de forma predominante por medio del aspecto económico.⁷⁸⁰ El desarrollo de un espacio público basado en la cultura como elemento que unifica, incluso jurídicamente, Europa, que parte —y asume como presupuesto fundamental— su diversidad, podría contribuir al desarrollo de una identidad europea, al romper fronteras y

⁷⁷⁷ HÄBERLE, P. Op. Cit., 2004 (I), p. 12.

⁷⁷⁸ “España y Alemania viven en una ‘comunidad constitucional’ (así como los otros 14 Estados Miembros, pronto 24), tienen con Europa una Constitución común, que se ha desarrollado poco a poco y que aún lo hará más estrechamente en el futuro — Europa significa aquí Europa en sentido estricto de la UE, y aunque la Europa en sentido amplio de la OSCE todavía no ofrece un tejido tan espeso, muestra igualmente gracias al TEDH estructuras parcialmente constitucionales, como por ejemplo al realizar funciones de organización, protección, límite del poder u orientación —.” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2004 (II), p. 105).

⁷⁷⁹ “En mi opinión, se puede hablar de una ‘comunidad constitucional’ *sui generis*. Los actuales Tratados son constituciones parciales o tratados constitucionales sectoriales. Revelan típicos temas y funciones constitucionales y sustraen ámbitos clásicos a las constituciones nacionales, de tal manera que éstas en algunos aspectos se convierten, a su vez en constituciones parciales en el contexto de la CE/UE (...).” (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2004 (I), p. 13).

⁷⁸⁰ “Un análisis preciso del espacio europeo nos muestra que muchos artículos de los Tratados en parte lo presuponen y en parte contribuyen a crearlo. (...) ¿Se corresponde este espacio público europeo de los textos con la realidad? Mucho puede considerarse todavía deficitario, ante todo en el campo de la política: el Parlamento europeo avanza sólo de manera lenta en la conciencia del espacio público democrático (...). ‘Europa’ aparece sólo en primer plano en la economía (...).” (*Ibidem*, p. 21).

ganar precedencia, sin dejar de interactuar con los ámbitos económico y político.⁷⁸¹ El Prof. Häberle insta, en este sentido, para la definitiva europeización del Derecho constitucional estatal. Lo que fatalmente tendría que intensificar una preconizada crisis en los conceptos y en las categorías de la Teoría de la Constitución, conforme tendremos oportunidad de verificar en las etapas siguientes de este trabajo.

2. ¿Existe un Poder Constituyente europeo?

La pregunta en cuestión es una consecuencia lógica de cualquier argumento que afirme la existencia de una Constitución europea. Esto nos enfrenta a otro desafío, pero esta vez relativo al Poder Constituyente. Cabe afirmar que esta pregunta no se dirige únicamente al Tratado de Roma de 2004, más conocido como Constitución Europea, el cual no ha representado, según algunos autores, más que una compilación y simplificación de lo que ya existía,⁷⁸² pero que al mismo tiempo se caracterizado como un Tratado con alma de Constitución o una Constitución con forma de Tratado, bajo otra

⁷⁸¹ “Sólo de manera complementaria se constituye Europa también de economía y política; en cuanto de ellas cristalizan principios comunes del derecho europeo. Que el espacio público europeo se constituye en primer lugar de cultura se puede constatar en los clásicos europeos de todas las ciencias y artes. Eruditos europeos desde Tomás de Aquino, pasando por los reformadores hasta los pensadores del Estado como J. Locke, Montesquieu, Rousseau o Kant han acuñado la historia de la cultura europea de manera continua hasta hoy. Son fuentes de inspiración en cuanto ‘textos clásicos en la vida constitucional’ y provocan nuevos desarrollos (...). Al espacio cultural europeo pertenecen también los ordenes jurídicos de los estados europeos en todas sus variantes nacionales. Desde hace mucho tiempo se ha restablecido una ciencia jurídica europea que se pone de manifiesto en la frase ‘de Bolonia a Bruselas’ (...) como igualmente en el espacio público de los juristas, en la praxis creciente del derecho comparado y en los programas para estudiantes como Erasmus, Tempus o Socrates. (...) La preferencia actualmente favorecida de lo meramente económico pone en peligro esta Europa de la cultura.” (*Ibid.*, p. 21, 22).

⁷⁸² “Por todo ello, parece clara que la conclusión es que el Tratado Constitucional Europeo no es más que un tratado comunitario (tampoco menos). Tratado comunitario que recoge en su seno normas constitucionales preexistentes, sin introducir novedades significativas desde el punto de vista conceptual, pero que también contiene normas que en ningún caso pueden considerarse constitucionales. De esta forma es un tratado (y su naturaleza formal es claramente iusinternacional) que sistematiza y ordena una constitución preexistente. No es, pues, una constitución, aunque contenga los elementos básicos del Derecho constitucional de la Unión y de la propia constitución europea (...).” (BUSTOS, GIBBERT, R. Op. cit., 2005, p. 143).

perspectiva.⁷⁸³ Es cierta la constatación de que algunos de los significativos paradigmas contenidos en aquél Tratado ya habían sido afirmados décadas antes a través de la actividad jurisdiccional del TJE, y por lo que su redacción, en parte, no hacía más que reunir y expresar los innumerables temas ya delineados en otros documentos. Sin embargo también cabe afirmar que “(...) lo que de Constitución había en el Tratado (y permanece sustancialmente en el Tratado de Reforma) se ajustaba a las características básicas de un texto constitucional.”⁷⁸⁴ Ahora bien, al abordar el asunto de la existencia de un Poder Constituyente europeo debemos ir más allá del Tratado de Roma de 2004. Por más polémica que haya causado, en su confección, la utilización del término “Constitución”, no dirigimos sobre esto nuestro análisis, sino sobre una supuesta Constitución de carácter material, o compuesta, a que se refieren los autores que afirman su existencia.

El Poder Constituyente en su génesis fue tan dependiente del vínculo entre Constitución y Estado como lo ha sido de la premisa política representada por la soberanía estatal. En un cuadro de “relativización” de tales vínculos su significado puede, inevitablemente, claudicar. Sin embargo, nos parece que así como suena inconcebible afirmar la existencia de un Poder Constituyente que conduzca al advenimiento de una Constitución escrita en el Reino Unido, también suena atípico una manifestación semejante en el ámbito europeo.

El advenimiento de una Constitución europea — basada en la afirmación del efecto directo, la supremacía normativa y la salvaguarda de los derechos fundamentales por parte de las instituciones comunitarias — pone en evidencia la relación de tal ordenamiento supranacional con los respectivos ordenamientos estatales. De tal forma que, al ser la Constitución nacional consecuencia del ejercicio soberano del Poder Constituyente, ¿Cómo puede ser admisible la existencia de un ordenamiento que propugne su supremacía

⁷⁸³ “El Tratado era un experimento novedoso que permitía aventurar la voluntad de Europa de avanzar, sin rupturas, desde el contexto internacional y supranacional hacia un contexto constitucional. De ahí que ese experimento tuviera dos vertientes: por un lado la forma de Tratado y por otro lado el contenido de una Constitución. Esa doble vertiente era asimétrica en el sentido de que el contenido constitucional no llegaba hasta el punto de alterar para el futuro su naturaleza de Tratado mediante el establecimiento de un sistema de revisión de carácter constitucional, aunque se avanzaba en esa línea. A pesar de ello, se sentaban las bases de una evolución constitucional de la Unión Europea, a partir de nuevos acuerdos constitucionales.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.). Op. Cit., 2007, p. 210, 211).

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 207.

sobre ella? ¿Puede una estructura constitucional prevalecer como tal una vez que se admita una relación de supremacía con un ordenamiento de rango superior? ¿Sería posible, en última instancia, admitir la existencia de un Poder Constituyente Comunitario que en su ejercicio engendrara una estructura superior a la Constitución estatal?

El punto de partida para este análisis se divide en dos cuestiones correlativas. La primera de ellas tiene relación con el *locus* de la soberanía en el contexto actual de integración comunitaria. Mientras que la segunda se refiere al supuesto de conflicto normativo entre las instituciones comunitarias y las estatales. Sobre la primera cuestión, Ingolf Pernice argumenta que la soberanía ni se encuentra en la Unión ni en los Estados miembros, sino en los pueblos europeos bajo cuya voluntad se abre la senda constitucional que viabiliza y profundiza el proceso de integración.⁷⁸⁵ En contraposición, Neil MacCormick utiliza el conjunto conceptual creado por Hart referente a las normas de adjudicación, de cambio o de reconocimiento, a la luz de las consecuencias de la adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas, en 1972.⁷⁸⁶ Dicha adhesión revela la incidencia de la jurisprudencia del TJE — quien propugna supremacía y efecto directo de las normas comunitarias respecto a los Estados miembros— sobre el Parlamento británico, órgano tradicionalmente soberano en el Reino Unido, Estado carente de una Constitución escrita. Para MacCormick, eso no significó más que la disposición del “poder de cambio” para añadir un nuevo criterio a la “norma de reconocimiento”, lo que de ninguna manera presupone una prohibición para que, por medio del mismo proceso, se suspenda tal criterio y se retorne al

⁷⁸⁵ “The multilevel structure of the European constitution implies that there is no competence-competence of the Member States nor of the Union. The real sovereign are the peoples who entrust specific powers and competences to the institutions they agree to establish in the constitution-making process.” (PERNICE, I. Op. cit., 2002, p. 519).

⁷⁸⁶ “(...) 1. ‘rules of adjudication’ the substantial cluster of rules that constitute courts and empower judges to hear and determine trials and disputes, concluding them by the issuance of enforceable orders. 2. ‘rules of change’, being (a) rules that constitute legislators or legislative bodies with power to enact general rules for the guidance of the population, and (b) rules that enable private persons to vary their rights and duties, by varying the incidence or application of primary rules that impose obligations; 3. a ‘rule of recognition’ that establishes criteria for identifying which rules are valid members of the legal system maintained by the legal officials whose roles are regulated by rules of adjudication and rules of change. This rules depends on a complex but normally concordant practice of those officials whereby they appeal to the same rules as the rules of law that must be used and observed in their society. (MACCORMICK, N. Op. cit., 1999, p. 82, 83).

status quo ante.⁷⁸⁷ Sin embargo, el autor destaca el dilema resultante de las dos concepciones antagónicas. Bajo la perspectiva estatal, si bien es cierto que una parte del poder soberano fue cedida a la entidad supranacional, teniendo ésta autoridad interpretativa de carácter definitivo respecto a lo que fue cedido, la capacidad unilateral de revertir este cambio introducido con la adhesión a tal entidad se mantiene en la esfera constitucional soberana del Estado. Así pues, corresponde al Estado la decisión de cambiar la norma de reconocimiento a través del ejercicio de un nuevo poder de cambio, desvinculándose de la entidad supranacional y desprendiéndose de su voluntaria sumisión a las obligaciones comunitarias.⁷⁸⁸

Por otro lado, bajo el punto de vista comunitario se admite la posibilidad de contrariar normas constitucionales estatales, incluso aquellas que mantienen el poder de secesión unilateral. MacCormick argumenta que el tema permanece abierto y que recibirá una respuesta positiva o negativa, según la opinión sea favorable a la esfera estatal o a la esfera comunitaria.⁷⁸⁹ El dilema evoluciona hacia un cuadro de pos-soberanía, puesto que ni los Estados tienen la completa capacidad de separarse unilateralmente de la Comunidad por razones político-económicas, no considerándose entidades plenamente soberanas, ni tampoco la Unión en sí misma puede considerarse un Estado, y por ende una entidad soberana.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ “There was not in 1972 a revolution in the United Kingdom, not even in a technical legal sense. The constitutional changes that were made in 1972 are capable of being read as changes that involved the use of the ‘power of change’ to add a new ‘criterion of recognition’ to the rule of recognition. Unless this was interpreted as precluding later re-amendment of the rule of recognition by the same process, there would be no constitutional objection in terms of the constitution of 1972. Nothing forces such an interpretation, and it ought not to be accepted. There is therefore no legal discontinuity, no usurpation of power under the guise of legality.” (*Ibidem*, p. 94).

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 94.

⁷⁸⁹ “In such a condition of studied indeterminacy, there remain in being two sets of interlocking and interacting legal systems that have the potential to answer the same question in mutually contradictory ways. So the answer to the question whether the states have irrevocably transferred part of their sovereign power to the Community, or have done so in a merely conditional and revocable way, may for the moment depend on whether you raise the question in the perspective of the law of a member state or the law of the Community.” (*Ibid.*, p. 95).

⁷⁹⁰ “Neither politically nor legally is any member state in possession of ultimate power over its own internal affairs. Politically, the Community affects vital interests, and hence exercises political power on some matters over member states. Legally, Community legislation binds member states and overrides internal state-law within the respective criteria of validity. So the states are no longer fully sovereign states externally, nor can any of their internal organs be considered to enjoy present internal sovereignty under law; not have they any unimpaired political sovereignty. The Community on the other hand is plainly not a state. Nor does it possess sovereignty as a kind of Federation or Confederation. It is neither legally nor politically independent of its members. (...) To the extent that the terminology of ‘divided sovereignty’ is

Ingolf Pernice, basado en la perspectiva del constitucionalismo multinivel, manifiesta una opinión abiertamente europeísta, atacando incluso la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán en la decisión Maastricht de 1993.⁷⁹¹ Por otro lado, Neil MacCormick defiende una perspectiva pluralista, basada en la negación de la dependencia de los Estados entre sí o de los Estados respecto de la Comunidad. La Constitución estatal no encuentra su validez ni en las demás Constituciones estatales, ni en el ordenamiento comunitario.⁷⁹² Dicha perspectiva se divide en un pluralismo sujeto al Derecho internacional y un pluralismo radical. El primero impone una relación interactiva en vez de jerárquica entre los ordenamientos y consagra la prevalencia de la dimensión jurídica en la solución del conflicto.⁷⁹³ En tanto que el segundo, desplaza el problema hacia un ámbito exclusivamente político.⁷⁹⁴ Las colisiones son, en un contexto pluralista, posibles aunque no inevitables. Su ocurrencia dependerá no sólo de la sensibilidad necesaria para abordarlas, sino de la

found valuable either rhetorically or analytically, it can be applied here — the sovereignty of the Community's member states has not been lost, but subjected to a process of division and combination internally, and hence in a way enhanced externally. But the process of division and combination has taken us 'beyond the sovereign state', indeed well beyond it." (*Ibid.*, p. 132, 133).

⁷⁹¹ "According to this view — and contrary to that of the German Constitutional Court in its Maastricht decision (...) — national constitutions could not require a national court to uphold national law conflicting Community law. Even in the case of a conflict with the very substance of fundamental rights or to be *ultra vires*. As can be seen from the new Article 6(2) (ex F(2)) TEU, fundamental rights are also part of the Community legal order and it is for the Court of Justice, according to the new provision in Article 46 (lit. d) TEU (ex Art. L, as amended by the Treaty of Amsterdam), to ensure their respect by the institutions of the Union. (...) Thus, in the absence of any provision to the contrary, primacy of European law in the multilevel constitutional system of the European Union is founded on the common decision of the peoples of the member States to achieve a functioning structure of political action above the State level; and this structure may not be put into question by the institutions of an individual Member State." (PERNICE, I. Op. cit., 1999, p. 718, 719).

⁷⁹² MACCORMICK, N. Op. cit., 1999, p. 117.

⁷⁹³ "But pluralism under international law suggests that we need not run out of law (and into politics) quite as fast as suggested by radical pluralism. The potential conflicts and collisions of systems that can in principle occur as between Community and member-states do not occur in a legal vacuum, but in a space to which international law is also relevant. Indeed, it is decisively relevant, given the origin of the Community in Treaties and the continuing normative significance of *pacta sunt servanda*, to say nothing of the fact in respect of their Community membership and otherwise the states owe each other obligations under international law." (*Ibid.*, p. 120).

⁷⁹⁴ "Acceptance of a radically pluralistic conception of legal systems entails acknowledging that not every legal problem can be solved legally. The problem in principle is not that of an absence of legal answers to given problems, but of a superfluity of legal answers. (...) Resolving such problems, or, more wisely still, avoiding their occurrence in the first place, is a matter for circumspection and for political as much as legal judgment. The ECJ ought not to reach its interpretative judgments without regard to their potential impact on national constitutions. National courts ought not to interpret laws or constitutions without regard to the resolution of their compatriots to take full part in European Union and European Community. If conflict despite this comes into being through judicial decision-making and interpretation, there will necessarily have to be some political action to produce solution." (*Ibid.*, p. 120).

existencia de un cuadro teórico que viabilice su solución.⁷⁹⁵ Para evitar los conflictos que eventualmente se desarrollan y generan entre el ordenamiento interno y comunitario, Joseph Weiler propone el principio de tolerancia constitucional, basado en la obediencia como acto voluntario, a través de la vivencia cotidiana de la realidad del proceso de integración en los más diversos niveles político-institucionales.⁷⁹⁶

A partir de un contexto de relativización de la soberanía en función del avanzado grado de integración normativo-institucional en un ámbito supraestatal, la consecuencia más inmediata para la Teoría del Poder Constituyente es una necesaria revisión de sus cuadros conceptuales. El análisis del proceso de creación y reforma de la Constitución ya no puede prescindir del proceso de integración internacional para su adecuado desarrollo. Cerrar los ojos ante las evidentes expansiones de esta aglutinación comunitaria no generará más que un aislamiento conceptual, afectando el alcance del Poder Constituyente como categoría del Derecho Constitucional. Ante tal situación, Cruz Villalón señala que: “Cada uno de estos capítulos clásicos de la norma constitucional plantea específicos problemas cuando se pretenden aplicar a la Unión y, de rechazo, plantea problemas conceptuales. Pero son sobre todo los que Böckenförde llama ‘conceptos límites’ los que resultan más acuciantes: el poder constituyente y el de reforma de la Constitución, el sujeto constituyente, la reconducción a un momento de unidad de ‘los pueblos de Europa’.”⁷⁹⁷

La incomodidad que se vive entre los constitucionalistas y la continua formulación de las mismas preguntas para evidenciar debates que ponen en jaque a las sólidas categorías de su rama dogmática, resulta de la insuficiente precisión que tales categorías ofrecen para la lectura de los fenómenos más palpitantes de la realidad político-jurídica contemporánea. Las evidentes

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 121.

⁷⁹⁶ En este sentido, destaca: “What defines European constitutional architecture is not the exception, the extreme case which definitively will situate the Grundnorm here or there. It is the quotidian, the daily practices, even if done unthinkingly, even if executed because the new staff regulations require that it be done in such a new way. This praxis habituates its myriad practitioners at all levels of public administration to their concealed virtues.” (WEILER, Joseph H. Europe’s Constitutional Sonderweg. In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene (ed.) *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 22).

⁷⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La Constitución Inédita*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 24.

lagunas en innumerables aspectos de la Teoría del Poder Constituyente se vuelven particularmente llamativas cuando las confrontamos con una integración comunitaria profundizada, ya que su incidencia en los procesos de creación y reforma de la Constitución no vino acompañada de un marco teórico que aclarara su significado sin erosionar las categorías tradicionales del Derecho Constitucional. La supremacía de la Constitución nacional y su rigidez son elementos que dependen, hoy en día, en términos explicativos, de un análisis conjunto con los fenómenos que suceden en un ámbito supraestatal.

Es necesario asimilar los cambios teóricos impuestos por los hechos, ya que, si el proceso de integración en sí creó una región gris, una especie de “universo primigenio” donde comparten espacio y se funden los fenómenos políticos nacionales y comunitarios, no hay por qué rechazar la existencia de un contexto equivalente en un plano teórico y así admitir que ni las sólidas categorías son más de lo que pensábamos que eran, ni los nuevos fenómenos pueden ser analizados correctamente a través de un cuadro conceptual anacrónico.

Asimismo, la cautela debe encabezar cualquier análisis, pues, si es posible afirmar que existe una Constitución europea donde no existe un Estado europeo, no se puede deducir que el Estado haya dejado de desempeñar un vigoroso protagonismo en nuestros días. La cesión de ciertos derechos soberanos a una entidad supranacional expresa, por sí sola, una capacidad de decisión que neutraliza cualquier argumento que ponga en jaque la soberanía estatal. Los Estados se mantiene soberanos, aun cuando hayan cedido ciertas competencias en favor de una entidad que trasciende su propia dimensión y promueve una integración en varios niveles y entre los diversos Estados que comparten ciertos valores comunes. La soberanía estatal se afirma, incluso, por exclusión, es decir, por el simple hecho de que no existe otra entidad dotada de los poderes y derechos atribuidos al Estado, éste debe ser considerado como el único ente dotado de tal cualidad. Así como internamente la soberanía no es absoluta (si es cierto que en algún momento lo ha sido), puesto que se encuentra diluida en la fórmula del Estado constitucional, también en un ámbito externo nos acercamos a una fase de cambio gradual en la definición de dicha soberanía, en los términos apuntados anteriormente por

MacCormick. Si por un lado resulta posible vislumbrar un futuro político pos-soberano, construido sobre la estructura vigente de la soberanía estatal en el escenario internacional; por otro, cabe afirmar que esta misma soberanía desempeña un papel primordial, incluso como premisa del proceso de integración, puesto que solamente gozando de su propia soberanía pueden los Estados renunciar a derechos y poderes que le son inherentes.

En consonancia con esta perspectiva y trayendo el debate de nuevo hacia el ámbito de la Teoría del Poder Constituyente, creemos que no parece adecuado exigir la existencia de una manifestación constituyente originaria europea semejante a aquellas ocurridas en el ámbito estatal.⁷⁹⁸ De hecho, en ninguna manifestación legal o institucional comunitaria ha sido posible, hasta el momento, verificar la aparición de características cruciales de un proceso constituyente originario, tales como el carácter de inicialidad, en el sentido de que no hay una ruptura con un orden anterior, seguida del establecimiento de una nueva estructura; una titularidad atribuible al pueblo, por no existir lo que sería un pueblo europeo; o la falta de limitación jurídica, ya que el proceso de integración surgió y se desarrolló a la luz de las limitaciones impuestas por las Constituciones estatales.

Respecto al carácter de inicialidad, no existe un poder constituyente originario europeo porque aún no hemos deparado con un evento político capaz de movilizar a una colectividad que toma conciencia de sí misma y

⁷⁹⁸ Aunque considere que el proceso que culminó con el Tratado Constitucional de 2004 representó un innegable avance constitucional para el proceso de integración, al intensificar la densidad democrática de las etapas que llevaron a su aprobación, el Prof. Peter Häberle señala que ésta es todavía una etapa previa que carece de la definitiva participación del Pueblo europeo, en este sentido, aunque denomine el proceso de poder constituyente, queda clara que no se refiere a una identificación entre la manifestación estatal de éste y la experiencia comunitaria con el Tratado Constitucional: "Con todo la gran crítica, en mi opinión, sigue siendo la necesaria participación del Pueblo. Un referéndum de dimensión europea es irrenunciable. El modelo convencional utilizado, que no estaba previsto en los textos constitucionales (...) se ha de elogiar como paso adelante, pero, entre tanto, sólo consiste en un paso previo del 'poder constituyente' de la UE y debería como tal insertarse en el derecho vigente (...). La cultura constitucional común europea exige la palabra y el acto de sus ciudadanos, de su Pueblo." (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2004 (II), p. 79). En un sentido semejante, Rafael Bustos Gisbert señala: "En fin, no puede situarse con claridad un determinado acto constituyente en el que esta organización internacional pueda recibir el impulso constitucionizador o, si se nos permite violar la lengua castellana, constitucionalizante, mediante la legitimación y la adopción de un programa racional de ordenación de la realidad política por parte de un pueblo específico movilizado para decidir sobre su propia forma de ser y de existir en los clásicos términos de Schmitt. No existe, señala Solozabal, una decisión fundante de un pueblo sobre su configuración política." (BUSTOS GISBERT, R. Op. cit., 2005, p. 131).

decide fundar un nuevo cuerpo político rompiendo con una realidad pretérita. Bajo toda perspectiva, no es posible identificar la quiebra de la continuidad en la realidad constitucional comunitaria. Incluso el Tratado de Roma de 2004 no representó una línea divisoria de aguas capaz de instaurar la incomunicabilidad político-jurídica entre una realidad pasada y otra actual.⁷⁹⁹

Históricamente, incluso en situaciones en las que no hubo una reflexión cuidadosa en torno a los eventos políticos que sacudían las bases de una determinada sociedad, el ejercicio del Poder Constituyente Originario, aunque mitigado formalmente, siempre ha estado marcado por la conciencia del acto político que se llevaba a cabo. La experiencia histórica indica que el Poder Constituyente, en cuanto evento político, tiene un carácter inequívoco. No es el caso europeo. No hay una intención declarada de fundar un nuevo orden político, estructurado a través de una Constitución, sobre la base de una ruptura con el pasado. Precisamente este es el punto en el que Francisco Balaguer Callejón señala la existencia de una quiebra al comparar el proceso de aprobación del Tratado de Roma de 2004 con el ejercicio de un Poder Constituyente Originario, razonando que sólo se puede reconocer su configuración en el ámbito europeo en un sentido amplio o genérico, precisamente en cuanto al resultado y, en parte, al proceso de elaboración del Tratado.⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ Al respecto se manifiesta Gonzalo Maestro Buelga: “El proceso abierto por la Convención europea, que culminará, despejados ya los obstáculos que provocaron el fracaso de la cumbre de Bruselas de finales del año pasado, con la aprobación de un Tratado constitucional de la Unión Europea, no es sino la continuación, consolidándolo, del proyecto que se pone en marcha con la aceleración del proceso de integración iniciado a mediados de los años ochenta. Mantiene los problemas de legitimación que afectaban al Ordenamiento comunitario y articula un orden jurídico-institucional que afecta a la continuidad formal del constitucionalismo social de los Estados miembros y a las bases del constitucionalismo de la posguerra mundial. La continuidad señalada dificulta hablar de proceso constituyente y de ejercicio del poder constituyente europeo con referencia al contenido del Proyecto de la Convención. Poder constituyente que impone, al menos desde cierta perspectiva, una radicalidad democrática en su expresión, una libertad y capacidad transformadora que no están presentes en este caso.” (MAESTRO BUELGA, G. Op. cit., 2005, p. 157).

⁸⁰⁰ “En la comparación de este proceso con un proceso constituyente para la elaboración de una Constitución cabe destacar la existencia de dos quiebras fundamentales. La primera de ellas afecta al proceso de elaboración, ya que la Convención no fijó el texto de la Constitución sino que sería la Conferencia Intergubernamental la que finalmente estableció el texto definitivo. A pesar del nombre de ‘Convención’, no se puede decir, por tanto, que funcionara como tal Convención constituyente. La segunda quiebra afecta al proceso de aprobación, ya que la forma de Tratado y la voluntad de no generar una ruptura constitucional obligó a seguir el procedimiento establecido en el artículo 48 TUE, cuyo párrafo determina que las revisiones de los Tratados ‘entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales’. Este proceso de ratificación, inherente a la forma de Tratado, aunque incompatible con el contenido

El reconocimiento de la existencia de un Poder Constituyente Originario europeo, por otro lado, debería suponer la resolución del problema de la titularidad en el ámbito supraestatal. Es cierto que no se puede esperar que se reproduzcan en ésta esfera las mismas condiciones que se desarrollan en el contexto estatal respecto al relevante aspecto de la titularidad. Sin embargo, el aumento de la complejidad política del proceso de integración europeo hace que éste sea un tema de primera línea.

Creemos que la titularidad, que es uno de los puntos neurálgicos de la Teoría del Poder Constituyente, no encuentra un discurso apropiado en un ámbito europeo. La Europa integrada, aunque esté compuesta por Estados en los que la democracia supone una característica prácticamente indisoluble de la esfera política, hoy en día no representa un auténtico espacio de instituciones y de práctica plenamente democráticas. Con la gradual transferencia de competencias de una esfera estatal a otra supranacional, el proceso de integración ha provocado la pérdida de la sincronía entre las instituciones políticas efectivas y una representación democráticamente legítima, que viabilice el control de estas instituciones por parte de los ciudadanos europeos. Sin embargo, el debate está condicionado no sólo por la adaptación de los marcos institucionales comunitarios a los cánones de la representación democrática, sino también por la imposibilidad, hasta el momento, de percibir la formación de una opinión pública que trascienda las fronteras de los Estados miembros. En otras palabras, en un ámbito supranacional, el déficit democrático se fundamenta en la deficiencia estructural para reflejar adecuadamente la voluntad popular y en la inexistencia de un ambiente apto para generar formas de manifestación de esta voluntad.

Sin embargo, el déficit democrático no debe utilizarse como un elemento apto para reflexionar teóricamente sobre el tema de una supuesta titularidad de un poder constituyente originario en instancias comunitarias, ni de cómo tales

constitucional, se ha manifestado claramente caótico. El Tratado Constitucional ha estado sometido a un proceso de ratificación de más de tres años (superando la fecha inicial prevista en el artículo IV-447.2 para su posible entrada en vigor: el 1 de noviembre de 2006) que ha fracasado finalmente pese a que la mayoría de los Estados miembros que representan a la mayoría de la población lo han ratificado. La no ratificación por parte de Francia y de Holanda como consecuencia de los procesos referendarios negativos celebrados en 2005 ha sido el factor decisivo en la crisis del Tratado Constitucional.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.). Op. Cit., 2007, p. 210).

instancias carecerían de formas para expresar adecuadamente una supuesta “voluntad popular europea”, pues no ha habido, hasta el momento, una manifestación consciente dirigida hacia este contexto.⁸⁰¹

Efectivamente, aún cuando sea posible defender la existencia de una comunidad cívica, como expone MacCormick,⁸⁰² o una identidad que, basada en la historia y experiencia de los pueblos europeos, esté fundada en los valores comunes expresados por el derecho, como argumenta Pernice,⁸⁰³ no hay como sugerir la existencia de un “pueblo” europeo en el sentido apuntado y debatido en el capítulo anterior. Es cierto que no hay que aplicar criterios

⁸⁰¹ Aunque en los Estados miembros se produzcan formas de consultas a la ciudadanía a través de referendos respecto a temas de la integración europea, no podemos afirmar, en este supuesto, que nos encontramos ante la manifestación de una voluntad popular europea mientras el resultado de la consulta condicione, de forma aislada, cada realidad nacional específica. Para hablar de una voluntad popular europea y no de una voluntad popular española, alemana o francesa, respecto a temas europeos, es necesario que cualquier proceso de consulta popular sea uniformemente aplicable a todos los Estados que componen la Unión, a través de las instituciones europeas, y que su resultado pueda someter mismo a los Estados miembros cuya población se haya manifestado masivamente en contra del posicionamiento mayoritario.

⁸⁰² “I should like to suggest the possibility of our conceiving such a thing as a 'civic' demos, that is, one identified by the relationship of individuals to common institutions of a civic rather than an ethic or ethic-cultural kind. People can have a civic identity constituted perhaps by what Habermas has dubbed 'constitutional patriotism', *Verfassungspatriotismus*. This is a common loyalty to a common constitutional order, regardless of differences of language, ethnic background, and the rest. People are sometimes willing to sink differences of culture, of language, of heritage, of history for the sake of their common participation in a lawfully constituted polity or commonwealth. If there is, however deficiently, a lawfully constituted commonwealth of Europe, then it makes it possible (not inevitable) that we can orient ourselves toward this, and regard this as something of ours, a common possession and achievement of the peoples of the states that participate in the commonwealth. That gives us a basis for acknowledging each other as fellow members in the same enterprise, and makes sense of admittedly thin, even etiolated, citizenship provisions included in the Treaty of European Union. That we do now have acknowledged European citizenship, defined within this constituted order, in itself creates an opportunity for, though not necessarily the immediate realization of, a sense of European civic identity, and therewith a European civic demos. The citizenship is doubtless a 'thin' citizenship, the demos a 'thin' demos, for each depends upon pre-existing statehood and membership of the Union only via the member states. It does not cancel, but presupposes, the distinct peoplehoods of the different peoples of the member states.” (MACCORMICK, N. Op. cit., 1999, p. 144, 145).

⁸⁰³ “It is not a pre-existing spiritual, social and political homogeneity which holds this evolving citizenry together and could develop into the foundation of the peoples' 'common myth', we-feeling belongingness. Rather, it is — on the basis of their common history and experience — to safeguard peace among themselves; to overcome and abolish national frontiers in order to make way for the movement of goods, services, people and capital; to ensure equal treatment, freedom, safety and welfare; and to face the challenges of globalization through common institutions, legal guarantees and procedures. In short, this foundation of identity emerges from the agreement on common values, which express an emerging political culture based on equal rights and which include the liberty to be different. Thus the identity of the European citizen is founded on law expressing common values, no on any kind of presumed homogeneity.” (PERNICE, I. Op. cit., 1999, p. 720, 721). Pernice va más lejos que MacCormick en este tema, al sugerir la existencia de un contrato social europeo. Para él, hay una complementariedad entre la ciudadanía nacional en los Estados-miembros y la europea. (*Ibidem*, p. 722).

tradicionales de homogeneidad político-social a la realidad europea. Al plantearse la existencia de un pueblo europeo resulta imposible utilizar elementos como unidad étnica, idiomática o cultural. La realidad que el proceso de integración revela es esencialmente plural.⁸⁰⁴ La falta de sensación de pertenencia a una colectividad que trascienda las fronteras nacionales entre los varios pueblos que componen los Estados de la Unión,⁸⁰⁵ la dificultad de creación de un espacio público europeo donde pueda generarse una voluntad popular común,⁸⁰⁶ la inmadurez y falta de cohesión y coherencia respecto a un proyecto político definido en el desarrollo del proceso de integración, son algunos de los factores más importantes que evidencian la inexistencia de un pueblo europeo. Es posible que tras el Tratado de Maastricht estos factores hayan cambiado favorablemente hacia la creación de una identidad europea, sin embargo, no es posible deducir hoy por hoy que los distintos pueblos

⁸⁰⁴ En este sentido convergen las posiciones de Dieter Grimm y Jürgen Habermas: “La sospecha de que esta afirmación es una avanzadilla de la idea de que la democracia es posible tan sólo en base a una *Volksgemeinschaft* homogénea (comunidad étnica), en definitiva no tiene base. Los requisitos para la democracia aquí no están desarrollados a partir del pueblo, sino a partir de la sociedad que quiere constituirse como unidad política. En cierto que esto requiere una identidad colectiva, si lo que pretende es estabilizar sus conflictos de forma no violenta, aceptar el gobierno de la mayoría y ejercer la solidaridad. Pero esta identidad no necesariamente ha de estar arraigada en el origen étnico, puede tener también otras bases.” (GRIMM, D. Op. cit., 1996, p. 14); “Desde el punto de vista de Grimm, la identidad de una nación de ciudadanos ‘no necesita’ tener ‘raíces de origen étnico, sino que puede también tener otras bases’. Pienso, al contrario, que debe tener otra base si el proceso democrático finalmente trata de garantizar la integración social de una sociedad diferenciada. (...) La identidad europea puede en todo caso no significar nada más que unidad en la diversidad nacional.” (HABERMAS, J. Op. Cit., 1996, p. 23, 24). “Por tanto, hay que rehuir el debate en términos nacionalistas pues la nación no debe ser el horizonte último de la democracia. En consecuencia, ni ‘Europa de las patrias’ (es decir, de los Estados, de acuerdo con el significado originario gaullista de la expresión) ni ‘Patria europea’ concebida como nación monoidentitaria: ambos son planteamientos propios del paradigma nacionalista. (...) El pluralismo y la heterogeneidad de Europa no deben verse como un problema, sino como un dato de hecho al que deberá adaptarse el modelo de integración.” (AGUILERA DE PRAT, Cesáreo. ¿ Existe un “Demos” Europeo?: una propuesta normativa. In: Revista de Estudios Políticos Nueva Época. n.º 125, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Julio – Septiembre, 2004, p. 164, 165).

⁸⁰⁵ “Sociológicamente la UE no es una verdadera comunidad pues la mayoría de sus ciudadanos no ‘siente’ tal identidad como referente primario o paritario. En efecto, la lealtad fundamental se dirige al Estado nacional (o, en su caso, a la nación/región subestatal) y sólo secundariamente y de modo derivado (casi nunca directo) a la UE. Los sucesivos avances parciales en la integración europea no parecen incrementar el sentido de pertenencia cívica a la UE como un todo.” (*Ibidem*, p. 160).

⁸⁰⁶ “Los proyectos educativos y los *mass media* deberían reforzar la percepción de la *Europeanness* desde parámetros muy abiertos y pluralistas, para facilitar a todos los ciudadanos el ‘vivir juntos’ como europeos. Sin embargo, la escuela está muy diversificada por lo que atañe a los valores (...) y apenas existe un espacio comunicacional europeo en cine, radio, televisión o prensa dada la completa atomización nacional. (...) Lo cierto es que, al no existir una opinión pública europea, los ciudadanos siguen encapsulados en los Estados nacionales, de ahí que no razonen en términos europeos.” (*Ibid.*, p. 165, 167, 168).

Europeos compartan una identidad europea basada en los presupuestos antes apuntados.

Por otro lado, no cabe referirse a un Poder Constituyente Originario europeo sin suponer la existencia de un pueblo europeo o al menos de una colectividad que manifieste vínculos capaces de generar una identidad común europea. En el plano institucional supraestatal tampoco se han desarrollado mecanismos adecuados de representación que justifiquen una afirmación doctrinal, al unísono, en el sentido de que un pueblo europeo decida su propio destino político democráticamente. El tema de la manifestación de un Poder Constituyente Originario europeo encuentra en la titularidad, por tanto, un obstáculo de difícil superación por las dos cuestiones profundamente correlacionadas, aunque no recíprocamente condicionantes: la falta de un pueblo europeo y la deficitaria representación política en un ámbito supranacional.

El Poder Constituyente Originario continúa siendo, así, inevitablemente, un atributo no cedido de la soberanía estatal. Si es posible, por analogía, y en atención a ciertos significados de la Constitución, afirmar su existencia en el ámbito supranacional, no es posible prescindir de las características del fenómeno constituyente originario al identificar su manifestación. No estamos aquí tratando simplemente de dificultades teóricas a la hora de delimitar la idea de no limitación jurídica, carácter inicial o titularidad, sino constatando su inexistencia. No existen suficientes elementos para identificar un Poder Constituyente Originario en el proceso de integración europeo o en alguna de sus etapas.⁸⁰⁷

⁸⁰⁷ Matización interesante —aunque contraria a nuestra argumentación— la que acerca de este tema nos ofrece José Luis Cascajo Castro, al admitir la existencia de un proceso constituyente europeo: “Para quien está acostumbrado a entender el proceso constituyente como una serie de momentos que posibilitan a una comunidad política el planteamiento de sus propios fundamentos y el esfuerzo por clarificarlos, es posible que se sienta perplejo y desconcertado ante el proceso de construcción europeo, un proceso constituyente a su manera, irreversible y en marcha desde hace tiempo, basado más en el principio de efectividad que en los clásicos de legalidad y legitimidad con los que suele medirse la doctrina constitucionalista. Si se participa de la idea de que el momento constituyente no es más que un momento dentro de un proceso que está siempre abierto, el europeo ha tenido también sus particulares y heterodoxos momentos constituyentes, como pone de relieve la propia historia de la UE. Podríamos decir, forzando los límites de la analogía, que se ha ido implantando de manera original la fecunda semilla de un poder constituyente, no entendido desde los habituales modos de pensar del Derecho Constitucional.” (CASCAJO CASTRO, José Luis. Constitución y Derecho Constitucional en la Unión Europea. In: *Teoría y Realidad*

Hablar de un poder constituyente originario europeo significa abordar un objeto de estudio con el método equivocado. Bajo la perspectiva del proceso de integración, elementos como Estado, Constitución, soberanía y supremacía normativa, se modifican completamente o pierden su significado. Sin embargo, esto no significa que el Poder Constituyente, en cuanto categoría, no pueda relacionarse con elementos teóricos de la integración comunitaria. Lo cual se justifica no sólo porque dicha integración tenga una dimensión eminentemente jurídica, sino porque tal fenómeno afecta y se ve afectado por la Constitución nacional. Si bien es cierto que no se puede hablar de un Poder Constituyente Originario europeo, tampoco podemos negar una manifestación constituyente derivada, producto del fenómeno integrador, como destacaremos *a posteriori*.

De tal suerte que, aún cuando el Tribunal de Justicia Europeo haya afirmado doctrinas tan avanzadas como la de la primacía y la del efecto directo de las normas comunitarias, y aunque se valga de la peculiar integración con órganos jurisdiccionales estatales para efectuar un control judicial de carácter comunitario, el fundamento de validez del ordenamiento comunitario permanece en las Constituciones estatales. Consecuentemente, el elevado grado de autonomía del ordenamiento supraestatal se justifica por la imposibilidad de remitir su fundamento a una Constitución nacional.⁸⁰⁸ La perspectiva pluralista se torna, así, imprescindible, pues sólo en referencia al conjunto de Constituciones que la conforman, sólo en cuanto punto de convergencia “interconstitucional”, la idea de un fundamento de validez arraigado en las Cartas de los Estados miembros se hace palpable. Por tanto, aunque sea posible afirmar la existencia de una Constitución europea —atípica por no estar vinculada a la estructura política del Estado, resultante de la innegable creación, en una esfera supranacional, de un foro jurídico-político de acción recíproca del todo sobre las partes y que concretiza una dialéctica normativa de altísimo nivel de complejidad y de innegable eficacia — es

Constitucional. n° 15, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 98).

⁸⁰⁸ Esta realidad hace que Juan José Solozábal vislumbre dos ordenamientos complementarios no susceptibles de reducción a una unidad: “No hay un orden constitucional total referible, a pesar de su complejidad, a un poder constituyente único, como ocurre en el sistema federal, fuera del que quede excluida cualquier manifestación de dominio: lo que hay, en la Unión, son dos sistemas constitucionales, autónomos, que se complementan, pero que no pueden reducirse a una unidad.” (JOSÉ SOLOZÁBAL, Juan. *Nación y Constitución*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2004, p. 258).

necesario señalar que los fenómenos constitucionales en el ámbito europeo no son de carácter originario, sino derivado, ya que su fundamento último se ubica simultáneamente en cada una de las constituciones estatales y no en el ordenamiento comunitario.

En efecto, buscar una manifestación constituyente originaria en el ámbito europeo nos haría caer en una empresa frustrada. Lo que da la razón a esta afirmación es la constatación de que el legado kelseniano del principio de unidad del ordenamiento sólo puede reconstruirse —en un marco de pluralidad de ordenamientos como el que se presenta en la actualidad en Europa— si se entiende que la Constitución nacional proporciona esta unidad.⁸⁰⁹ Ahora bien,

⁸⁰⁹ El desarrollo del principio de unidad del ordenamiento, como ya tuvimos oportunidad de constatar, no sería lo mismo sin la influencia de Hans Kelsen. Para el jurista alemán, a “(...) la norma cuya validez no puede derivar de otra superior la llamamos ‘fundamental’. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden. Que una norma pertenece a determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden. Mientras que un juicio ‘enunciativo’ es verdadero porque la realidad de la experiencia sensible lo confirma, un juicio ‘normativo’ sólo es válido si pertenece a un sistema válido de normas y puede ser derivado de una fundamental cuya validez se presupone. (...) La pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es — como la que se refiere a la causa de un efecto — un regressus ad infinitum, sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última razón de validez dentro de un sistema normativo (...). La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez.” (KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. 2. ed., México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 130, 131, 133). Según Kelsen, puesto “(...) que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas.” (KELSEN, H. Op cit., 1993, p. 214). Acerca del principio de unidad del ordenamiento, el Prof. Francisco Balaguer Callejón matiza con precisión la tesis kelseniana, al afirmar: “La unidad del ordenamiento es una exigencia básica de su condición de orden jurídico. Unidad no es equivalente a uniformidad, sino que indica tan sólo que debe existir un punto de referencia hacia donde se puedan reconducir todas las normas. KELSEN, partiendo de la diferenciación radical entre el ser y el deber ser, entendía que toda norma, en cuanto expresión de un deber ser, sólo puede fundamentar su validez en otra norma, en otro deber ser. Esta última norma podría ser por ello descrita, de modo figurado, como norma superior respecto de la norma cuya validez fundamenta. Este encadenamiento entre normas debe conducir necesariamente a un punto final, a una última norma superior en torno a la cual se construye la unidad de todo el sistema normativo, considerado como orden de validez de las normas. (...) en el sistema kelseniano, esa norma no podía ser la última norma positiva (la constitución) porque también ella debería fundamentar su validez en otra norma. Por tanto, junto a la Constitución en sentido jurídico-positivo (la constitución real, vigente) debería existir otra norma (...) en sentido lógico-jurídico que permitiera reconducir el sistema a unidad. Esa norma lógico-jurídica es la Norma Fundamental del orden jurídico, que no es real sino presupuesta, porque constituye tan sólo una condición lógica para articular todo el sistema. (...) Si bien esta última parte de ese esquema teórico (...) no parece asumible, existe cuando menos un aspecto que no puede obviarse: la unidad del sistema exige la reconducción de todos sus componentes a una norma o a un conjunto normativo, donde se establecen las condiciones formales y materiales de validez del resto de las normas. Para nosotros esa norma fundamental es la propia Constitución, más allá de la cual no existe Derecho alguno ni es posible, por tanto, el análisis

si, en conformidad con este principio, debe existir una norma que fundamente formal y materialmente todas las demás fuentes presentes en un mismo ordenamiento, una norma en la que se puedan encontrar los cimientos y la argamasa sistemática imprescindible para que exista un ordenamiento como tal —aunque esta visión sea matizada por el contexto de pluralidad de ordenamientos—, y Europa entendida como “comunidad constitucional en desarrollo” —para usar elementos del raciocinio del Prof. Peter Häberle— existe sobre varias Constituciones parciales entre las que figuran las de los Estados miembros y los Tratados Comunitarios, entre otras formas jurídicas de naturaleza internacional, no se podrá encontrar, en el ámbito europeo, en sentido amplio, o incluso en sentido estricto —de acuerdo con la perspectiva häberliana— la posibilidad de reducir el conjunto normativo en interacción con la unidad fundamentada en una única norma.

Faltaría, en este caso, el elemento que está presente en el ámbito de las Constituciones estatales, la manifestación originaria que las dota de apertura normativa, que posibilita la articulación de los distintos ordenamientos entre sí. Esto es así porque la existencia de múltiples ordenamientos, en estado de continua interacción, en una misma dimensión espacio-temporal, no constituye, en sí misma, un problema. Sin embargo, la falta de unidad excluye de esta interacción el carácter sistémico, sin que sobre —ante la falta de una norma que sirva, no de elemento jerárquico, sino de criterio de apertura y de delimitación competencial— cualquier fundamento de esta interacción y, por consiguiente, más que el caos entre fuentes de distinta naturaleza.

Este papel de elemento bajo el que se eleva el principio de unidad del ordenamiento, por tanto, en el actual contexto europeo, todavía lo desempeña la Constitución nacional,⁸¹⁰ mediante la que se canaliza la apertura a la

jurídico.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 1991, p. 87).

⁸¹⁰ El Prof. Francisco Balaguer Callejón destaca con precisión este contexto, al analizarlo en referencia a la Constitución española: “El sistema constitucional de fuentes del Derecho no está sólo en el texto de la Constitución de 1978 sino también en las remisiones que se operan en ella sobre los diversos niveles ordinamentales que conforman el sistema jurídico español. (...) La normatividad de la Constitución supuso en el momento de su aprobación, la transformación más relevante del sistema de fuentes. A esa transformación iba unida una ordenación radicalmente distinta del sistema de fuentes basada en el pluralismo: pluralismo ordinamental, pluralidad de fuentes, pluralidad de tipos legales, pluralismo en la interpretación y el control. Esa pluralidad se articula de manera unitaria a través de la Constitución, como centro del ordenamiento jurídico (hasta tanto el principio de unidad se pueda reconstruir a nivel europeo mediante una auténtica Constitución de la Unión Europea). La reconstrucción

interacción con el ordenamiento comunitario. Esta apertura no se fundamenta en el criterio de jerarquía, pues no suscita la relación directa entre los ordenamientos, aunque crea espacios de competencias en los que el ordenamiento comunitario puede desarrollarse sin que una eventual antinomia entre normas pueda implicar la pérdida de validez de una de ellas.⁸¹¹ En este supuesto, únicamente se vería afectada la aplicabilidad.⁸¹² La falta de una manifestación constituyente originaria en el ámbito comunitario no altera, por tanto, la naturaleza unificadora de la Constitución nacional para el ordenamiento jurídico. En este sentido, pese a abrirse a la pluralidad de ordenamientos, la Constitución sigue siendo el elemento mediante el que esta pluralidad puede coexistir en armonía.

permanente de esa unidad se formaliza por el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución. (...) Ahora bien, la pluralidad de ordenamientos no está en la propia Constitución sino que se abre paso a través de las remisiones que en ella se realizan (...) a la integración en Europa. El pluralismo ordinamental se desarrolla, por tanto, a partir de las previsiones constitucionales, pero de manera externa a la propia Constitución.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, N.º 69, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 2003, p. 200, 201).

⁸¹¹ En este sentido, cabe señalar la diferencia entre los criterios de jerarquía y competencia que destaca el Prof. Balaguer Callejón: “La jerarquía supone (...) la imposición de una norma en base a su propia fuerza, a una característica inmanente que no requiere de una especial regulación por el sistema jurídico. La competencia por el contrario implica la referencia a una norma sobre la producción jurídica habilitante y exige por ello una remisión al ordenamiento. Competencia y ordenamiento son así conceptos que se implican mutuamente.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 139).

⁸¹² Nuevamente respecto a la realidad constitucional española, el Prof. Balaguer Callejón lleva a cabo un diagnóstico preciso de este contexto: “Sobre el territorio español, en sus diversas Comunidades Autónomas, conviven tres poderes normativos que configuran tres ordenamientos distintos: el Derecho comunitario europeo, el Derecho estatal y el Derecho de cada Comunidad Autónoma. Ninguno de esos ordenamientos se relaciona con los otros de acuerdo con los criterios propios del Estado legal de Derecho: por ejemplo, no hay jerarquía entre las normas de un ordenamiento y otro. Existen preferencias aplicativas, llámense primacía o prevalencia, pero no una ordenación jerárquica como la que se daba en el Estado legal de Derecho y se sigue dando hoy entre las fuentes de cada ordenamiento, en el interior de cada ordenamiento. La inexistencia de relación jerárquica tiene su explicación en la propia fundamentación política del sistema: ninguna fuente del Derecho (salvo la Constitución misma) tiene ahora la fuerza inmanente atribuida a la ley como expresión de la voluntad nacional en el Estado legal de Derecho. Todas las fuentes y los ordenamientos disciplinan su relación con las otras fuentes y los otros ordenamientos sobre la base de una remisión permanente a las reglas de competencia establecidas en la Constitución. No existen, entre las fuentes de los diversos ordenamientos, relaciones directas como las que existían en el Estado legal de Derecho entre ley y reglamento. Todas las relaciones son indirectas, en todas se produce la mediación de una tercera norma, la propia Constitución. Ese carácter indirecto expresa la diferencia estructural entre los principios de jerarquía y de competencia.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2003, p. 201).

Por consiguiente, la conclusión no puede ser otra que la de que la integración en sí resulta de una inclinación constitucional favorable a este proceso. Esta inclinación se lleva a cabo a través de una manifestación constituyente que abre la Carta Magna de un determinado Estado hacia la dimensión internacional, lo que propicia normativamente el proceso de integración. Lo anterior se confirma al crearse una Constitución, tal como fue el caso de la Constitución española o el de la portuguesa,⁸¹³ o bien mediante una reforma en la que se incluye una cláusula de apertura explícita, como sucedió en Alemania y Francia.⁸¹⁴

⁸¹³ Constitución española, Art. 93.: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.” Respecto a este artículo, Rafael de Bustos Gisbert señala: “Por tanto, la inclusión del Art. 93 en la Constitución Española y la posterior puesta en marcha de la transferencia de poderes a las instituciones europeas con el Tratado de Adhesión supone aceptar la doctrina del efecto directo, de la primacía del derecho europeo, de la inoponibilidad del Derecho interno (incluso constitucional) al Derecho comunitario e incluso, el carácter constitucional de determinadas normas comunitarias. (...) En fin, el art. 93 no establece límites procedimentales ni materiales a la transferencia de poderes, no apunta límites al eventual despliegue del poder de transferencia de competencias derivadas de la Constitución o al crecimiento de las funciones, cuantitativo y cualitativo, de las instancias europeas (...). De esta forma el art. 93 puede interpretarse como una cláusula de apertura que supone, más allá de su concreta literalidad, la asunción y, por tanto, la legitimidad constitucional de desarrollos futuros no conocidos.” (BUSTOS GISBERT, R. Op. cit., 2005, p. 165, 166) “Constitución portuguesa, Art. 7.5: Portugal participa en el fortalecimiento de la identidad europea y en la intensificación de la acción de los Estados europeos a favor de la democracia, de la paz, del progreso económico y de la justicia en las relaciones entre los pueblos. 7.6: Portugal puede, en condiciones de reciprocidad, respetando el principio de subsidiariedad y teniendo a la vista la realización de la cohesión económica y social, convenir el ejercicio en común de los poderes necesarios para la construcción de la unión europea. (...) Art. 8.3: Las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal sea parte entrarán en vigor directamente en el orden interno, desde el momento en que se encuentre establecido en los respectivos tratados constitutivos.”

⁸¹⁴ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Art. 23.1: “En orden a la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania coopera en el desarrollo de la Unión Europea, que deberá ajustarse a los principios del Estado democrático de derecho, social y federal así como al principio de subsidiariedad y garantizar una tutela de los derechos fundamentales equivalente en sus líneas esenciales a la dispensada por esta Ley Fundamental. A tal efecto la Federación podrá transferir derechos de soberanía por la vía de una ley de las que requieren la aprobación del Consejo Federal (...)” Constitución de Francia, Art. 54: “Si el Consejo constitucional, a instancia del Presidente de la República, del Primer ministro, del Presidente de cualquiera de las cámaras o de sesenta diputados o sesenta senadores, declarase que un acuerdo internacional contiene estipulaciones contrarias a la Constitución, sólo podrá autorizarse la ratificación o aprobación de tal acuerdo internacional, una vez que la Constitución haya sido revisada.” Art. 88-2.: “Bajo reserva de reciprocidad y de acuerdo con las modalidades previstas por el Tratado sobre la Unión Europea firmado el 7 de febrero de 1992, Francia acepta realizar las transferencias de competencias necesarias para el establecimiento de la unión económica y monetaria europea, así como para la determinación de las normas relativas al paso por las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Comunidad Europea.”

No cabe duda, por tanto, de que si existiera un Poder Constituyente Originario a quien recurrir cuando se aborda la llamada Constitución europea, su naturaleza no sería comunitaria sino estatal, aunque diluida en las diversas manifestaciones constitucionales de cada uno de los Estados miembros.⁸¹⁵ De ser así, el contexto sería estrictamente plural, pues el proceso de integración está constituido por más de dos docenas de Estados miembros, cuyas Constituciones, al mismo tiempo que permiten la integración, encaminan su manifestación constituyente hacia un foro de interacción política que adquiere una dimensión constitucional propia, pero no inicial ni ilimitada. Congruente con lo anterior, el entusiasta europeísta Ingolf Pernice, atribuye la creación de la Constitución europea a los ciudadanos de los distintos Estados miembros, transformándose así, en ciudadanos europeos.⁸¹⁶

El Poder Constituyente Originario, cuya manifestación crea la Constitución europea es, pues, para cada Estado miembro, el mismo a través del cual se crea la Constitución nacional. La integración comunitaria es un punto de convergencia por voluntad constituyente en el momento de la creación o reforma de la Constitución, la cual representa, hoy en día, una fuente de limitación del poder político y una garantía de derechos. Por tanto, si

⁸¹⁵ En este sentido, y en atención a la realidad constitucional española, Javier Ruy Pérez destaca: “En primer lugar, no creemos que el Derecho Comunitario, más bien el carácter obligatorio y vinculante de sus normas, pueda ser afirmado al margen de los ordenamientos jurídicos estatales. Antes el contrario, aquél sólo cobra sentido cuando se le pone en relación con la vida interior de los Estados que integran la moderna Confederación europea. (...) Vista de este modo la cuestión, evidente resulta que la norma fundamental de la que el Derecho Comunitario derivado extrae su carácter obligatorio y vinculante, merced al cual sus normas se presentan como normas directamente aplicables en el interior de los Estados miembros, sin que sea necesaria alguna actividad convalidatoria por su parte no puede encontrarse en los Tratados comunitarios. Por el contrario, y como ya quedó de algún modo dicho, será a las Constituciones de los distintos Estados a las que corresponda el papel de *Grundnorm* no sólo respecto de las normas emanadas por los órganos constitucionales del Estado, sino también, y como consecuencia de la vocación europeísta del Constituyente consignada en preceptos como, por ejemplo, nuestro artículo 93, de las emanadas por los órganos comunitarios.” (RUIPÉREZ, J. Op. cit., 2000, p. 98, 99).

⁸¹⁶ “This is exactly how, on the basis of the integration clauses, conditions and procedures set out in the constitutions of the Member States, the European Treaties have been adopted and developed: as an expression of the common will, as an instrument to pursue certain common goals, the citizens of the Member States — through their respective governments and constitutional processes have agreed to create and agree to develop further supranational institutions, entrust them with certain competences to be exercised according to the procedures laid down in the Treaties, and define their own common status as citizens of this Union, their rights and freedoms. The statehood of the Member States and national citizenship are not called into question, but a new constitutional layer establishing a complementary public authority has been added for matters of common interest, drawing its legitimacy from the subjects who are also subject to its policies: the citizens of the Union.” (PERNICE, I. Op. cit., 2002, p. 515, 516).

es cierto que sería imposible erigir una estructura comunitaria entre varios Estados si sus constituciones dispusieran óbices continuos al proceso de integración, resulta también lógico afirmar que su radicalización normativo-institucional sólo pueda alcanzarse a través de canales constitucionales. Prueba de ello es que a partir de Maastricht se intensificó el diálogo entre los Tratados y las Constituciones nacionales. No cabe, por consiguiente, buscar el fundamento de la Constitución Europea en un Poder Constituyente Originario europeo. El único supuesto en el que se manifestaría tal fenómeno sería a través de la creación de una Constitución formal que trascendiera las realidades constitucionales de cada uno de los Estados miembros, lo que no puede compararse con la aparición del Tratado de Roma de 2004.⁸¹⁷ En tal caso ¿Cómo definir la incidencia de la dimensión normativa comunitaria sobre la estatal y permitir incluso a la modificación de la propia Constitución?

Es éste el punto neurálgico del actual debate. Ante la negación de la existencia de un Poder Constituyente Originario europeo —lo que resuelve por sí sólo el tema de la titularidad— la integración internacional se identifica como un proceso político derivado de la autorización constitucional nacional. Dicha autorización emana directamente de la soberanía popular al crear el Estado su propia Constitución.

El escenario parece apto para asimilar la idea de que, a través de la apertura de la Constitución al proceso de integración y la consecuente transferencia de competencias a la entidad supranacional, se transfiere

⁸¹⁷ En este sentido, el Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma: “(...) quiere esto decir que si bien es cierto que el ordenamiento comunitario está provocando alteraciones en el Derecho constitucional interno de los Estados, no ha llegado hasta el momento a configurarse como un Derecho constitucional Europeo en la intensidad requerida para dar lugar a un sistema jurídico del que deriven su legitimidad el sistema jurídico interno de los Estados. Por el contrario, es de los Estados de donde la Comunidad, como orden jurídico y político, deriva su legitimidad, y esta sustantividad de los Estados es lo que provoca la persistencia de fenómenos que serían inexplicables desde la perspectiva de un ordenamiento con entidad constitucional absolutamente diferenciada. No me refiero sólo a la condición de Derecho internacional de los Tratados fundacionales, sino también a los nuevos convenios que se aprueban por los representantes estatales fuera del marco procedimental institucionalizado en la Comunidad. Del mismo modo, fenómenos como el de la remisión a la responsabilidad internacional del Estado para la aplicación correcta del Derecho comunitario (a la que se recurre, por ejemplo, en relación con el cumplimiento del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas), sólo se explican desde la perspectiva de un ordenamiento que no ha alcanzado todavía la naturaleza de ordenamiento constitucional y originario.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal. In: GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (dir.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 596).

también, aunque de forma parcial, la competencia para reformar la Constitución nacional. Es así como el debate se centra en el tema de la reforma constitucional.

3. Poder Constituyente Derivado Comunitario

Como vimos anteriormente, la presión ejercida por el proceso de integración europea sobre las categorías de la Teoría de la Constitución no nos lleva hacia lo que podríamos llamar “Poder Constituyente originario comunitario”, sin embargo, ante la profundización de la relación entre la Constitución nacional y la estructura constitucional europea, viene tornándose evidente que, en la actualidad, es posible encaminar la Teoría del Poder Constituyente hacia modificaciones doctrinales derivadas de esta dimensión fáctica. El reconocimiento del fenómeno de cesión de la competencia reformadora a una entidad supranacional, nos llevaría a admitir una nueva configuración de la dicotomía Poder Constituyente Originario / Poder Constituyente Derivado, que consistiría en la aparición y reconocimiento de un Poder Constituyente Derivado comunitario, es decir, una competencia reformadora de la Constitución que, por disposición del propio constituyente originario, tuviera su *locus* en instancias ubicadas fuera del Estado miembro.

Las Constituciones de los Estados que iniciaron el proceso de integración traerían consigo un mecanismo de apertura a tal proceso que las situaba en una posición de vanguardia que parecía ser, entonces, suficiente para acomodar, sin mayores trastornos, los efectos de este proceso.⁸¹⁸ No

⁸¹⁸ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, Art. 24.1: “Podrá la Federación transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales.” Constitución belga, Art. 34: “Se podrá confiar por un tratado o por una ley el ejercicio de poderes determinados a instituciones de derecho internacional público”. Constitución francesa, Art. 11.1: “El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno durante el período de sesiones o a propuesta conjunta de las dos Cámaras, publicadas en el Diario Oficial, puede someter a referéndum proyectos de leyes referidos a la organización de los poderes públicos, reformas relativas a la política económica o social de la Nación y a los servicios públicos que contribuyen a éstas, o dirigidos a autorizar la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, tuviera repercusión sobre el funcionamiento de las instituciones.” Constitución italiana, Art. 11: Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales accede, en condiciones

tardó mucho aflorar una innegable insuficiencia de estas disposiciones ante las etapas subsecuentes en las que desaguaría el proceso de integración europea. En la medida en que las cualidades normativas del ordenamiento comunitario se delimitaron y consolidaron por el Tribunal de Justicia Europeo, la asimetría en la relación entre Constitución nacional y el ordenamiento Comunitario irrumpió en el escenario político-constitucional. En este punto se inicia el intenso debate constitucional protagonizado principalmente por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano con el Tribunal de Justicia Europeo, al que hemos dedicado atención en las etapas anteriores de este trabajo. Este debate sufriría cambios cualitativos no sólo por una clara tendencia a una colaboración interinstitucional por parte de ambas jurisdicciones, sino también como consecuencia de la intensificación de la relación entre Constitución nacional y ordenamiento comunitario, propiciada por el Tratado de Maastricht.⁸¹⁹ A partir de ahí, el descompás entre el avance del proceso de integración y el silencio de las Constituciones nacionales comenzó a ser corregido en la medida en que comenzaron introducirse las cláusulas europeas en los textos constitucionales, inaugurando una nueva etapa en esta relación y aproximando la apertura constitucional al proceso de integración del ejercicio del poder de reforma.⁸²⁰

de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin.” Constitución de Luxemburgo, Art. 49 bis: “Mediante tratado, podrán atribuirse temporalmente a instituciones de derecho internacional el ejercicio de competencias reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.” Constitución de los Países Bajos, Art. 92: “Mediante tratado o en virtud de un tratado podrán atribuirse competencias legislativas, administrativas y judiciales a organizaciones de derecho internacional público, a condición de observar, si fuese necesario, lo dispuesto en el artículo 91, párrafo tercero.” (CRUZ VILLALÓN, P. (Coord.). Op. cit., 2006, p. 223, 228, 237, 244, 250).

⁸¹⁹ En este sentido, Marta Cartabia señala: “En el curso del ‘procedimiento de revisión semipermanente de los tratados’, que se ha sucedido en Europa a partir del Acta Única Europea de 1986, la ratificación y la recepción del tratado de Maastricht fueron precedidos en muchos Estados miembros por vivos y encendidos debates constitucionales, como si fuese un Tratado constitucional, especialmente por los aspectos de aquel que se referían a la ciudadanía europea, a la institución de la unión monetaria, a la expansión de las competencias en materias de inmigración, visados, asilo. En efecto, en algunas de sus partes el tratado de Maastricht tocaba materias típicamente constitucionales como la ciudadanía, el jus admittendi, el derecho de acuñar moneda, erosionando ulteriores aspectos decisivos de la soberanía de los Estados miembros. Por esto, justamente, la ratificación del tratado de Maastricht en Francia, Alemania, Dinamarca, España, acaeció solo después de un saludable debate constitucional que se desarrolló con la intervención de los Tribunales constitucionales, con la modificación de algunas constituciones nacionales, y en algunos casos con la celebración de referenda populares.” (CARTABIA, Marta. *El Tratado Constitucional para la Unión europea y la voluntad constituyente de los Estados miembros*. In: CARTABIA, Marta; DE WITTE, Bruno; PÉREZ TREMPES, Pablo, GÓMEZ FERNANDEZ, Itziar. *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*. Valencia: Tirant lo Blach, 2005, p. 273, 274).

⁸²⁰ Este acercamiento al que nos hemos referido se debe al hecho de que tras el Tratado de Maastricht varios Estados Miembros hayan introducido mecanismos para

Esta constitucionalización interna del fenómeno de integración europea, sin embargo, no encubre el hecho de que la incapacidad de engendrar una auténtica Constitución europea, fruto de una decisión Constituyente por parte del conjunto de ciudadanos, genera una seria perturbación constitucional que sólo puede solucionarse, al menos hasta la aparición de ésta, con la prevalencia de la Constitución nacional como factor de unidad del ordenamiento, conforme destacamos en páginas anteriores. Ello, no obstante, no previene que del ordenamiento comunitario deriven normas que susciten modificaciones en esta misma Constitución. Sin embargo, si queda clara la imposibilidad de que tales conflictos deriven de una manifestación constituyente originaria europea, y que no puede haber un contexto de prevalencia de la Constitución nacional ante una incidencia normativa derivada de otro ordenamiento jurídico y privada de cualquier control,⁸²¹ siendo el poder de reforma un mecanismo limitado de apropiación —por el pueblo que integra un cuerpo político— del futuro de su legado constituyente, no parece que quede otra salida que no sea la de concluir que, para compatibilizar el avance del proceso de integración con el control democrático exigido por su complejidad y por su impacto, cabrá avanzar en el sentido de un reconocimiento de una nueva modalidad de Poder Constituyente derivado,

ratificación de tratados comunitarios que se sometían a un procedimiento agravado con quórum para aprobación semejante al de la reforma constitucional en sus respectivas constituciones. Este aspecto demuestra un acercamiento formal innegable. En este sentido, Marta Cartabia destaca: “En muchos Estados miembros justamente la cuestión de Maastricht condujo a la introducción de nuevas *European clauses* en las constituciones nacionales, dotando a los ordenamientos constitucionales de normas ad hoc para la ratificación de los tratados que comporten ulteriores limitaciones de soberanía de los Estados miembros. (...) Incluso, los Estados miembros de nueva incorporación, particularmente sensibles al problema de las cesiones de soberanía, ya preven procedimientos agravados para la ratificación de los nuevos tratados europeos.” (*Ibidem*, p. 275).

⁸²¹ El Prof. Francisco Balaguer Callejón plantea esta necesidad de control: “Hay que tener en cuenta también que el desarrollo de esos espacios constitucionales no necesariamente va a ser coherente con los principios constitucionales. Esa coherencia no puede ser exigida a las instancias europeas, obviamente, desde las instancias internas. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que el derecho constitucional europeo se pretende formar sobre la base de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros. En ese sentido lo que sí resulta exigible no ya desde las instancias estatales internas sino desde la condición de ciudadano europeo sometido a un poder político cada vez más intenso, es que allí donde exista poder político se generen también los mecanismos constitucionales de control. Un orden constitucional que pretenda mantener su dignidad como tal no puede transferir poder político a ninguna instancia sin procurar promover el control de ese poder.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. Cit., 2003, 182).

mediante de una cesión, aunque parcial, del poder de reforma la instancias supranacionales.⁸²²

Conforme ya hemos destacado, no podemos hablar de una Constitución formal europea, sin embargo, no hay duda de que podemos referirnos a una evidente estructura constitucional, de carácter material en el ámbito comunitario, resultante de un proceso constituyente abierto que, aunque apunte en el sentido de, aún no ha culminado en una Constitución europea propiamente dicha.⁸²³ Se trata, por tanto, de una estructura con una complejidad propia y sustancialmente diferente de una Constitución formal. Una

⁸²² Sin descuidar esta dimensión de control democrático que suscita la reforma de la Constitución, Carlos de Cabo Martín destaca la necesidad de redimensionar su relevancia ante los nuevos fenómenos sociales, y sobretodo de cara a fenómenos tan intensos como el que supone el proceso de integración europea. Señala que "(...) la reflexión sobre (...) la estabilidad constitucional y en consecuencia sobre la Reforma constitucional no puede plantearse en términos atemporales. Porque parece fuera de toda discusión que la relación actual Constitución-Sociedad, en la que se inscribe la cuestión de la Reforma, no es comparable a la que existía en las formaciones sociales en las que se genera y construye la teoría clásica del a Constitución; tanto las transformaciones del Estado y sus funciones como la complejidad experimentada pro los Ordenamientos, además en constante cambio, las implicaciones que añaden las nuevas formas de internacionalización y globalización, sitúan la valoración de los cambios constitucionales en una perspectiva bien distinta de aquella en la que la — al menos aparente — estabilidad general no sólo no los demandaba sino que daba una valoración positiva a la inamovilidad constitucional acorde con el escaso dinamismo de su 'tiempo histórico'. Se invierte así la situación, en cuanto que si todo presiona hacia el cambio, hacia su aceptación, de manera que la predisposición al mismo pasa a ser una exigencia de la mentalidad moderna y de la modernización, no parece que pueda dejar de afectar al cambio constitucional en concreto tal como lo hace respecto del cambio jurídico en general. Supuesto, además, que en el ámbito del Derecho constitucional operan dos principios que son congruentes con ese cambio o aceleración del cambio como nuevo signo del actual tiempo histórico: el primero es que, desde el comienzo, el constitucionalismo fue la expresión inmediata del racionalismo ilustrado y ha seguido siendo después una manifestación cada vez más compleja y fundamentada en la corriente más clara del racionalismo europeo en su sentido más propio, es decir, como única vía de comprensión de la historia y ordenación de la sociedad; el segundo es el de su fundamento democrático, lo que supone que también el cambio constitucional tiene que serlo y que por tanto cuando ocurra siempre implicará un ejercicio democrático. Por consiguiente, considerar que en el ámbito del Derecho constitucional (...) su ausencia añade solidez y adhesión (...) es contradecir esos dos principios, porque, de un lado se trata de buscar el fortalecimiento de la vigencia constitucional a través de una vía irracional (...) que no le corresponde, trasladando al constitucionalismo formas de legitimación propias de otros sistemas, y, de otro, se aleja al Pueblo de su Constitución cuando parece más acorde con su fundamento democrático 'aproximarlo' a ella implicándolo con la frecuencia necesaria en los problemas y cambios que demanden su Reforma constitucional." (DE CABO MARTÍN, C. Op. Cit., 2003, p. 24, 25). Atenta a la necesidad de someter los avances en el proceso de integración a los controles democráticos, Marta Cartabia desarrolla una precisa observación crítica al destacar la necesidad de recepcionar tratados de alta densidad constitucional como auténticas reformas de la Constitución. En este sentido, destaca que, "(...) la ratificación mediante ley ordinaria equivale sustancialmente a una aprobación de las fuerzas políticas mayoritarias afines al Gobierno, mientras que la aprobación mediante ley constitucional exige al menos la implicación de un espectro más amplio de fuerzas políticas representativas. Ratificar un tratado de alto potencial constitucional mediante ley parlamentaria ordinaria significa dejar que los valores de la Constitución nacional puedan ser, si no modificados, cuanto menos remodulados por las decisiones asumidas por las mayorías de gobierno en las sedes europeas." (CARTABIA, M. Op. Cit., 2005, p. 284).

estructura que engloba no sólo los Tratados comunitarios y la paradigmática jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, sino también las limitaciones surgidas del constitucionalismo vigente en los Estados miembros, en la medida en que la reacción de los tribunales constitucionales, al “negar” la amplitud de los efectos normativos del ordenamiento comunitario contribuía para una verdadera síntesis dialéctica, que delimita el contenido de este ordenamiento con base en parámetros constitucionales internos y conduce a lo que el Prof. Peter Häberle llama “Constitución parcial”.⁸²⁴ Por un lado, el ordenamiento comunitario se ve presionado a asimilar aspectos constitucionales que derivan

⁸²³ Al analizar la naturaleza del Derecho Comunitario, el Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma: “Que el Derecho comunitario constituye un ordenamiento propio, diferenciado de los ordenamientos estatales y dotado de autonomía respecto de los mismos, es algo asumido en esos ordenamientos estatales, tras una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario (...). El Derecho comunitario es, por tanto, un ordenamiento un cuerpo sistemático de normas que se producen y se aplican por órganos comunitarios y que cuentan con las garantías jurisdiccionales necesarias para asegurar su eficacia. Pero es también un ordenamiento peculiar respecto de los modelos de sistemas jurídicos estatales, supraestatales e internacionales hasta ahora existentes, que puede muy bien ser caracterizado como un sistema normativo híbrido, que incorpora tanto un procedimiento autónomo de creación de normas de derecho derivado, como mecanismos de decisión extraordinarios de carácter intergubernamental (...), o mecanismos propios del Derecho internacional público, junto a normas de Derecho interno, resultantes del desarrollo de normas comunitarias. A este carácter híbrido del Derecho comunitario no es ajeno, sin duda, el que todavía sea un cuerpo jurídico que procede de normas de Derecho internacional público, de Tratados internacionales, y que no ha alcanzado aún la condición de un auténtico Derecho constitucional comunitario. Esto es, se debe en gran medida, a la inexistencia de una Constitución comunitaria. (...) Como se puede comprender, la exigencia de que el Derecho comunitario se convierta en Derecho constitucional Europeo (que lo es ya en parte, sin duda, pero no completamente) para poder definir al ordenamiento comunitario como ordenamiento originario, no procede de una actitud purista o interesada de los profesores de Derecho constitucional o de Derecho público. Responde, por el contrario a una realidad material, tangible, de naturaleza política: históricamente el ejercicio de la soberanía y del poder constituyente han ido indisolublemente unidos. Sólo puede hablarse de un ordenamiento originario cuando esos dos poderes confluyen en la definición de un sistema jurídico perfectamente diferenciado, cuya legitimidad no se deriva de la existencia de otros sistemas jurídicos, sino que es propia, capaz de actuar en la relaciones con otros sistemas como una entidad jurídico-política (...) con plenitud de facultades y competencias.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 1997, p. 594, 595).

⁸²⁴ El Prof. Peter Häberle destaca esta interacción, al afirmar: “Sin duda, se han de añadir también grandes decisiones de concretos Tribunales Constitucionales, incluso la discutida sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional alemán (...) o las relevantes decisiones de los Tribunales en Madrid o París. Observado desde el punto de vista material se produce así un pedazo puntual de Constitución que se corresponde con la interpretación de los Estados Miembros. (...) El desarrollo del ‘derecho constitucional común europeo’ (...) demuestra cada vez más, según mi opinión, que se trata de una ‘Constitución parcial’, de una ‘Comunidad constitucional’”. (HÄBERLE, P. Op. Cit., 2004 (II), p. 72). Por otro lado, el Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma que la “(...) interacción entre el orden constitucional incipiente de la Unión Europea y el consolidado de los Estados miembros es una realidad cada vez más tangible. En nuestro caso, no genera sólo posibles relaciones de conflicto con incidencia en el ámbito de la reforma constitucional, sino también claras relaciones de confluencia, a través de la integración del Derecho europeo en el bloque de constitucionalidad. Por más que esa integración sea expresamente negada por el Tribunal Constitucional, en sus propias decisiones se pueden ver manifestaciones de una orientación contraria a los pronunciamientos doctrinales expuestos.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. Cit., 2002, p. 112).

del ámbito estatal. Por otro, la inercia formal de las Constituciones de los Estados miembros se rompe; y el proceso de integración comunitaria gana formalmente una inequívoca dimensión constitucional. Por tanto, no puede ignorarse la naturaleza recíprocamente constituyente y “desconstituyente” de esta relación, puesto que, tanto en un sentido como en el otro dio ocasión a normas de carácter constitucional que favorecen la convergencia entre ambos ordenamientos.⁸²⁵

Es una disposición normativa favorable a este proceso, presente en las Constituciones nacionales, que abre el ordenamiento interno y lo hace compatible con otro ordenamiento, en este caso, el europeo. Este último, que era autónomo antes de esta apertura —si no fuera así, no habría como entender que su existencia precediera a la de la propia Constitución española— preserva la misma autonomía tras su constitucionalización, sin depender de la Constitución nacional para existir.⁸²⁶ Por consiguiente, a partir del análisis en el que se atribuye a la voluntad constituyente originaria nacional la apertura de la Constitución al proceso de integración, la Unión Europea representa el punto de convergencia de expansiones constitucionales deseadas por el Poder Constituyente de cada Estado miembro, siendo la única entidad legítima para, desde un plano supranacional y en el ejercicio de sus competencias, emitir normas que incidan en las Constituciones estatales, requiriendo su

⁸²⁵ “Las dificultades que se están planteando en la situación actual de las relaciones entre el Derecho estatal y el comunitario, no se plantean sólo por la condición no originaria del ordenamiento comunitario. Por el contrario, el problema hoy es que, dado el nivel de desarrollo la integración europea, no sólo el ordenamiento comunitario no es originario, porque todavía no ha llegado a adquirir esa condición, sino que el ordenamiento estatal ya ha dejado de serlo porque los compromisos adquiridos le colocan en una situación de progresiva dependencia jurídico-política (no digamos económica) del ordenamiento comunitario. Situación de dependencia que explica el ejercicio progresivo del poder constituyente interno por las instancias políticas y jurídicas de la Comunidad Europea. De tal manera que nos encontramos en un período de transición en el que los ordenamientos estatales han perdido ya en gran parte su condición de ordenamientos originarios, y el ordenamiento comunitario no ha adquirido todavía plenamente esa condición. Este período de transición es el que da lugar a gran parte de los problemas jurídicos con que nos enfrentamos en las relaciones entre ordenamiento comunitario y ordenamientos estatales.” (BALAGUER CALLEJÓN F. Op. Cit., 1997, p. 596).

⁸²⁶ En verdad, conforme señala el Prof. Francisco Balaguer Callejón, es “(...) cierto que la Constitución no establece, por sí misma, la pluralidad ordinamental. Esa pluralidad se abre paso a través de las remisiones que en ella se realizan a (...) la integración en Europa. El proceso se desarrolla, por tanto, a partir de las previsiones constitucionales, pero de manera externa a la propia Constitución. Sin embargo, es la propia Constitución la que realiza esas remisiones y la que ha hecho posible la formación de estructuras ‘constitucionales’ en el ámbito interno y la incorporación a estructuras de esa naturaleza en el ámbito europeo.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2002, p. 111).

modificación. Lo anterior se ve reflejado especialmente en la realidad española.⁸²⁷ Al mismo tiempo, es innegable que, en muchas ocasiones, la Constitución nacional sufre la presión que deriva de la dimensión normativa comunitaria y cede ante esta presión, al ser reformada, en algunos casos, y al dar lugar a mutaciones constitucionales, en otros. El punto de convergencia que otorga significado a la incidencia sobre la Constitución estatal — fruto del Poder Constituyente originario — de normas comunitarias — derivadas de un ordenamiento autónomo — que la modifican, sólo puede explicarse si a esta ecuación adicionamos lo que puede calificarse como Poder Constituyente derivado. Ello porque entender que normas comunitarias puedan provocar reformas en las Constituciones nacionales no va contra el fundamento de poder en el que se asientan tales Constituciones, pues se trata de la evolución normativa de una apertura deseada por el propio Constituyente y le proporciona significado coherente a un fenómeno que no encuentra amparo teórico como resultado de un ejercicio de un Poder Constituyente originario comunitario, lo que vendría a presuponer una superioridad jerárquica del ordenamiento comunitario con relación al ordenamiento interno. La integración europea impone, por tanto, un dilema cuya resolución no es otra que reconocer la existencia de un Poder Constituyente derivado comunitario. Es decir, reconocer que en la esfera comunitaria surgen normas jurídicas que, al incidir sobre la Constitución, provocan su modificación.⁸²⁸ Este Poder Constituyente

⁸²⁷ Respecto a la configuración de este proceso en el sistema constitucional español, el Prof. Balaguer Callejón destaca: “La interacción entre el orden constitucional incipiente de la Unión Europea y el consolidado de los Estados miembros es una realidad cada vez más tangible. En nuestro caso, no genera sólo posibles relaciones de conflicto con incidencia en el ámbito de la reforma constitucional, sino también claras relaciones de confluencia, a través de la integración del Derecho europeo en el bloque de constitucionalidad. Por más que esa integración sea expresamente negada por el Tribunal Constitucional, en sus propias decisiones se pueden ver manifestaciones de una orientación contraria a los pronunciamientos doctrinales expresos.” (*Ibidem*, p. 112). Por otro lado, tal y como lo señala Santiago Muñoz Machado: “El Estado, en realidad, controla plenamente el poder constituyente cuando usa, con todas sus consecuencias, el *treaty making power* del artículo 93. Decide libremente la incorporación del Derecho comunitario integrado, en el momento de la aceptación, por normas de contenido cierto. Pierde enseguida, parcialmente, el control sobre el poder de modificar la Constitución porque el Derecho derivado comunitario produce las grandes alteraciones en el contenido de los poderes de las instituciones estatales y en su reparto territorial interno, que ya han sido reseñadas. En el marco de este proceso se producen grandes mutaciones constitucionales que no se formalizan como reformas en los textos constitucionales. Sin embargo, el Estado retiene parcialmente, el poder de reforma cuando se elaboran y aprueban nuevos tratados comunitarios o se modifican los vigentes.” (MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit., 2004, p. 324).

⁸²⁸ En este sentido, el Prof. Francisco Balaguer Callejón afirma sin hesitación: “Podríamos decir que la Unión Europea está ejercitando ya poder constituyente sobre los Estados miembros, si bien no se trata de un poder constituyente originario sino derivado. Este ejercicio de poder de reforma es congruente con la especial fase de transición en que se

derivado tendría como fundamento la Constitución estatal, sin embargo, mediante él se abriría un espacio en la Constitución para acomodar la reforma derivada de normas comunitarias, con otro fundamento de validez, cuyo contenido provocara su modificación.⁸²⁹

En efecto, frente al avanzado proceso de integración europea, no cabe más que reconocer que el Poder Constituyente derivado ya se somete a presiones que, de acuerdo con el Prof. Francisco Balaguer Callejón, se subdividen en una vertiente activa y otra pasiva.⁸³⁰ Por un lado, de la Unión Europea surgen normas que, al incidir sobre la Constitución, provocan su modificación. Estas normas sólo pueden ser asimiladas como resultado de un

encuentra el proceso de integración. En este momento, se puede afirmar que los Estados miembros han perdido ya en gran parte la condición de ordenamientos originarios mientras que la Unión Europea todavía no ha adquirido plenamente esa condición (a la que podrá llegar una vez que exista una auténtica Constitución europea).” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2002, p. 111, 112). Santiago Muñoz Machado efectúa un diagnóstico que puede aplicarse a este contexto: “El poder constituyente, en efecto, resulta, por una parte limitado y, por otra, fragmentado, como lo está la propia soberanía. La limitación procede de que si el poder constituyente pretendiera ejercerse en la actualidad, el contenido de sus decisiones tendría que acomodarse a los condicionamientos que resultan de que el Estado sea miembro de la Unión Europea. Los principios del Derecho de la Unión y sus regulaciones fundamentales no pueden ser alterados por uno solo de sus miembros. La Constitución interna, y el poder constituyente que la crea, debe acomodarse siempre al Derecho de la Unión. Por otro lado, el poder constituyente resulta fragmentado. Esta división es una consecuencia más de lo anterior. El contenido de la Constitución no es ya el que se consigna en el texto elaborado por el Estado, sino la suma de los contenidos de la Constitución Europea, y sus desarrollos, y de la Constitución interna. De la conjunción de estos poderes constituyentes resulta la Constitución general. El proceso al que estamos abocados es, posiblemente, el de la reunificación futura del poder constituyente.” (MUÑOZ MACHADO, S. Op. cit., 2004, p. 322, 323). Atento a esta situación, también Cruz Villalón destaca: “Pues está claro que la Constitución de la Unión, tal cual en cada momento es, se erige en un límite material de principio al poder nacional de reforma constitucional. La idea de partida es, como se indicaba, la de que el constituyente nacional es ya un constituyente limitado, en la medida en sólo puede moverse en el ámbito que le permite la Constitución de la Unión (en este sentido, autonomía constitucional). El deber de mutua lealtad en el seno de la unión implica que no se impulse una reforma de la Constitución que nazca en contradicción con el Derecho de la Unión.” (CRUZ VILLALÓN, P. Op. cit., 2004, p. 77).

⁸²⁹ “Ciertamente estamos ante un ejercicio externo del poder constituyente de los Estados por la Comunidad Europea. Sin embargo, ese ejercicio no ha llegado, hasta el momento, en nuestra opinión, a configurarse como el ejercicio de un auténtico poder constituyente originario, para emplear otra distinción conocida en el Derecho constitucional. Por el contrario, se ha configurado tan sólo como un poder constituyente derivado, un poder de revisión, por vía de reforma del texto de la Constitución, o por vía de mutación constitucional. Quiere esto decir que si bien es cierto que el ordenamiento comunitario está provocando alteraciones en el Derecho constitucional interno de los Estados, no ha llegado hasta el momento a configurarse como un Derecho constitucional Europeo en la intensidad requerida para dar lugar a un sistema jurídico del que deriven su legitimidad el sistema jurídico interno de los Estados. Por el contrario, es de los Estados de donde la Comunidad, como orden jurídico y político, deriva su legitimidad, y esta sustantividad de los Estados es lo que provoca la persistencia de fenómenos que serían inexplicables desde la perspectiva de un ordenamiento con entidad constitucional absolutamente diferenciada.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. Cit., 1997, p. 595, 596).

⁸³⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2002, p. 116-118.

poder de reforma que, no obstante, ya no se sitúa exclusivamente en el ámbito estatal. Conforme hemos destacado, la apertura de esta Constitución estatal al proceso de integración evoluciona gradualmente hacia lo que el Prof. Balaguer Callejón llama fragmentación del Poder Constituyente y suscita un efecto concomitante que consiste en desplazar una parte del poder de reforma de su texto hacia el ámbito comunitario.⁸³¹ La incidencia de una norma comunitaria que modifique la Constitución debe entenderse como manifestación del ejercicio de este Poder Constituyente derivado que, pese a no encontrar respaldo textual en la Constitución no pierde su naturaleza como tal.

Al mismo tiempo, no podemos negar que la evolución de la relación entre la constitucionalización del Derecho europeo y la manifestación del poder de reforma podría incrementarse con la inclusión, en los textos constitucionales, de un mecanismo de articulación de un proceso de modificación de la Constitución que manifestara etapas desarrolladas en un ámbito comunitario e interno, lo que suscitaría una flexibilización de los distintos procedimientos de reforma constitucional consagrados en los Estados miembros. Las modalidades de reforma se verían enriquecidas por una hipótesis en la que el inicio del proceso tuviera lugar en el ámbito comunitario, complementándose en la esfera nacional mediante su asimilación por parte de procedimientos internos de discusión y aprobación.⁸³² Esto, sin embargo,

⁸³¹ “Ya resultaba cuestionable pensar en la intervención directa de un poder de reforma que no estuviera sometido a límites materiales implícitos. Pero ahora no cabe ya dudar de la existencia de límites materiales a la reforma, derivados en primer término de la integración de nuestro país en la Unión Europea. En la medida en que proceso va adquiriendo caracteres de irreversibilidad, se puede hablar de la imposibilidad de intervención del poder constituyente originario en nuestro ordenamiento constitucional y de la transformación, a esos efectos, del poder constituyente en poder de reforma. Esta es la principal consecuencia de la fragmentación del poder constituyente.” (*Ibidem*, p. 116).

⁸³² Las alternativas a la situación que la actual relación entre Derecho Comunitario y Constitución manifiesta expresan peculiar relevancia sobretudo ante la constatación que hace el Prof. Francisco Balaguer Callejón: “Es conveniente insistir en esta última idea, porque se está extendido entre los juristas la sensación de que esos problemas de articulación jurídica entre ordenamientos, son, por así decirlo, estructurales, y forman parte de la existencia misma del ordenamiento europeo. No es así, por el contrario hay que decir que si bien es cierto que todo ordenamiento complejo que integre en su seno ordenamientos diversos, es pos sí mismo problemático, no lo es que todos los problemas a que hoy nos enfrentemos se deriven de esa complejidad ordinamental, Antes bien, lo peculiar de la articulación de los ordenamientos estatal y europeo en este período de transición que estamos viviendo no consiste en que haya problemas de relación, que son perfectamente normales entre ordenamientos. Las dificultades no surgen de la existencia de esos conflictos (que son inherentes a las relaciones entre ordenamientos, sean cuales sean) sino de la inexistencia de reglas, de técnicas, de mecanismos definitivos que permitan resolver esos conflictos de manera satisfactoria para las dos partes enfrentadas.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 1997, p. 596, 597).

tendría que presuponer una suavización de tales procedimientos que, en ningún caso, podrían tener una complejidad similar a la de los actuales supuestos de reforma constitucionales consagrados en el sistema español, so pena de bloquear el avance del propio proceso de integración. Aunque se haya transferido parcialmente la competencia reformadora de la Constitución, ello no excluye que el Estado tenga facultad para intervenir o para ejercer algún control en el proceso de modificación constitucional, a fin de adecuar la Constitución a los cambios incidentales que sobrevengan de las expansiones normativas de la esfera comunitaria. En cierto modo, aunque indirectamente, una situación de esta naturaleza ya se produjo en la primera mitad de la década de los noventa, al presentarse el Tratado de Maastricht, cuyo contenido provocó una ola de reformas constitucionales en los principales Estados miembros de la Unión.⁸³³ En esta ocasión, los Estados tomaron las riendas del proceso de modificación constitucional, lo que no oculta el hecho de que el principio normativo de este cambio tuviera su origen en la dimensión supraestatal. Un proceso de reforma de la Constitución de un Estado miembro que asuma una naturaleza compuesta, no deja de tener un carácter supranacional por el hecho de que se desarrolle parcialmente bajo la tutela estatal. Y a su vez, la naturaleza supranacional de la reforma de una Constitución estatal no excluye el protagonismo del Estado en etapas de este proceso, incluso aunque al reformar la Constitución para adecuarla al ordenamiento comunitario, el Estado esté actuando también como una institución europea y no simplemente estatal.

Por otro lado, es innegable que la configuración de un Poder Constituyente derivado comunitario afectaría los límites impuestos al poder de reforma en el ámbito interno, entre los que destacan, con relevancia para el avance del proceso de integración, los de naturaleza material consagrados en cláusulas de intangibilidad. Como una parte significativa de estos límites ya se incorporó al Derecho comunitario originario como resultado del intenso debate entre el Tribunal de Justicia Europeo y los tribunales constitucionales

⁸³³ Con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht se reformaron la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (introducción del artículo 23, modificación del artículo 28 y 88), la Constitución austriaca (introducción del Título "B", Unión Europea, Art. 23a-23f), la Constitución española (modificación del artículo 13.2), la Constitución francesa (modificación de los artículos 2, 54 y 79 y la inserción del Título De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea) y la Constitución portuguesa (modificación del artículo 7º, 15 y 105).

nacionales, conforme se ha demostrado a lo largo de este trabajo, hoy en día ya se puede afirmar que la integración de un Estado a la Unión Europea, conlleva no sólo la cesión de innumerables competencias, sino también la aceptación de una serie de valores y la consolidación de un contexto interno de respeto a parámetros mínimos aceptables de garantía de un orden democrático y de derechos fundamentales que condicionan la actividad constituyente derivada sobre la Constitución. La cuestión está en saber, frente a la necesidad de avance del proceso de integración en el sentido de un constitucionalismo auténticamente encabezado por una Constitución formal, el papel que tales cláusulas pueden desempeñar.

Es verdad, sobre todo en referencia a este último aspecto, que aún hay una profunda diferencia entre la democracia que impregna el diseño institucional comunitario y la que caracteriza los Estados constitucionales que son miembros de la Unión Europea. El Prof. Francisco Balaguer Callejón destaca este desequilibrio al indicar como, en último término, acaba afectando al propio sistema de fuentes, por estar en desacuerdo con la dicotomía mayoría-minorías, que se manifiesta en el ámbito estatal, que es substituida, en el ámbito europeo por la dicotomía de legitimidades expresada en la relación Estado-ciudadanía.⁸³⁴ No obstante, el reconocimiento de un marco favorable al surgimiento de un Poder Constituyente derivado comunitario no debe interpretarse como parte del problema, sino como parte de la solución. En este sentido, cabe reconocer que la europeización del Derecho constitucional interno, defendida por el Prof. Peter Häberle y por el Prof. Balaguer Callejón, entre otros, pasa por una flexibilización de estas limitaciones y, por consiguiente, de los procedimientos de reforma entendidos como un todo,

⁸³⁴ “La contraposición básica entre mayoría-minorías es la que fundamenta en los ordenamientos internos la reserva de ley, en cuanto la ley es expresión de las garantías formales que hacen posible la expresión del pluralismo. A través de los procedimientos legales (no siempre parlamentarios, como ocurre cuando existen actos con valor de ley, como los decretos-leyes o los decretos legislativos) se hace posible la participación de las minorías en la producción legislativa y/o en su control. La contraposición mayoría-minorías exige, sin embargo, un espacio público desarrollado dentro de una comunidad política consolidada. No es el caso, todavía, de la Unión Europea, donde la tensión constitucional que se manifiesta en los procesos normativos de nivel superior no es la de mayoría-minorías. Por el contrario, esa tensión se refleja en otras variables que expresan en última instancia la doble legitimidad sobre la que descansa la Unión: la de los ciudadanos y la de los Estados.” (BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. La Constitución Europea: forma y contenido, ciudadanos y Estados en la construcción del sistema de fuentes de la Unión Europea. In: *Revista de Derecho Político. Número monográfico sobre el Tratado Constitucional Europeo (I)*. N.º 64, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2005, p. 127, 128).

obviamente, en consonancia y en relación dialéctica con el avance democrático y la consolidación de una esfera pública en el ámbito comunitario,⁸³⁵ para que, al final, se pueda hablar de una articulación entre ordenamientos satisfactoria hasta el momento en el que una manifestación constituyente originaria y soberana en el ámbito comunitario dé lugar a una auténtica Constitución europea.

⁸³⁵ “Desde esa perspectiva, si hemos sido críticos con las dificultades que el avance constitucional tiene en el plano europeo debido a la exigencia de ratificación unánime de los Tratados de acuerdo con los procedimientos internos, no podemos dejar de ser críticos en el análisis de la capacidad de adaptación de muchos ordenamientos constitucionales internos a las exigencias derivadas de la interacción constitucional con la Unión Europea. En el contexto de una pluralidad de ordenamientos que interaccionen entre sí, la flexibilidad y la capacidad de ofrecer una respuesta rápida mediante las correspondientes reformas enteras, también en el nivel constitucional es una condición necesaria para que el entero sistema funcione de manera adecuada. En muchos casos esta respuesta viene dificultada por disposiciones sobre la reforma constitucional que sólo tienen un sentido histórico, pero que carecen de virtualidad en el actual contexto europeo. Muchas de esas reglas son el fruto de reacciones de los nuevos sistemas constitucionales europeos frente a regímenes autoritarios anteriores, con la finalidad de prevenir posibles involuciones antidemocráticas. En la actualidad, sin embargo, la mejor garantía para prevenir ese tipo de involuciones es la propia integración europea. La homogeneidad vertical es uno de los elementos disuasorios más fuerte contra posibles involuciones autoritarias en los Estados miembros de la Unión. Por ese motivo, esas cláusulas han perdido ya su sentido histórico. Sin embargo, siguen estando ahí y contribuyen a dificultar la interacción entre los diversos niveles constitucionales.” (BALAGUER CALLEJÓN, F. Op. cit., 2007, p. 224).

CONCLUSIONES

3. Hablar de Poder Constituyente significa abordar un fenómeno que está profunda y exclusivamente enraizado en la modernidad, pues tres elementos que, en peculiar unión, suscitan la existencia del Poder Constituyente, sólo se dejan entrever en este momento histórico específico. Son el Estado, la soberanía y la Constitución. Como en ninguna etapa anterior de la historia de las civilizaciones fue posible vislumbrar la existencia, aislada o simultánea, de estos tres elementos, su contexto histórico, así como el del Poder Constituyente, será el moderno. En el ámbito de la modernidad, la génesis del fenómeno constituyente, como hecho político y elemento teórico, fue revolucionaria y estuvo marcada por los acontecimientos ocurridos en las colonias británicas en América y en Francia, en las últimas dos décadas del siglo XVIII. El carácter revolucionario que se vincula a esta génesis se debe al hecho de que sólo los movimientos americano y francés sacan a la superficie los elementos que sirven como punto de inflexión a la idea de revolución como fenómeno político. Así, a partir de estos dos eventos se acepta que la revolución es un fenómeno que trae consigo el inconfundible signo de la novedad —en el sentido de que su eclosión justifica la instauración de un nuevo orden y no el retorno a un *status quo ante*—, la reivindicación de la libertad pública —como capacidad de participación activa en los negocios públicos— y el elemento de irresistibilidad, que le da un carácter ajeno al control, aunque su evolución se oriente a la instauración de un gobierno estable. Finalmente, como elemento que aparece tan sólo en Francia— y que desvirtúa el movimiento revolucionario allí verificado— se destaca la cuestión social, derivada del problema de la abrumadora miseria, que ahora ya no se entiende más como una condición intrínseca a la existencia humana. La consecuencia de este contexto, al menos en el siglo XVIII, fue la de una reacción generalizada contra la monarquía como forma de gobierno, mediante la ruptura de los vínculos entre la colonia y la metrópolis en América del Norte, y la destitución del rey de

Francia. En este contexto, y precisamente en el contexto histórico americano, surge el Poder Constituyente como hecho político moderno, pues la instauración de una Constitución representa el punto culminante del proceso revolucionario, mediante el que se trataba de consolidar la autoridad pública, ya que el fundamento del poder se encontraba en el pueblo. Al mismo tiempo, aunque sea posible percibir una clara comprensión del fenómeno entonces vivido, así registrada en las páginas de *El Federalista*, el hecho político ocurrido en América del Norte no vino acompañado de una reflexión que suscitara su expresión teórica. Esta reflexión acabaría siendo la gran contribución llegada del otro lado del Atlántico, en el contexto de la Revolución Francesa, mediante el pensamiento de Sieyès.

4. El significado teórico del Poder Constituyente y su relevancia para las estructuras políticas modernas no permanecerían incólumes a lo largo de los dos siglos siguientes. En primer lugar, en el contexto europeo, precisamente donde se genera un esfuerzo teórico en el sentido de comprender este nuevo fenómeno político, la tendencia, tras la consecución de los objetivos político-económicos por parte de la burguesía, pasa a ser la preservación del marco político en cuestión. La reacción al nuevo paradigma resultante de los movimientos revolucionarios del siglo XVIII provoca un distanciamiento del Poder Constituyente, comprendido, entonces, como signo de inestabilidad política y, por tanto, no deseado en los escenarios políticos marcados por el acuerdo entre grupos en declive y otros en ascenso. De forma paralela, la relevancia jurídica de la Constitución se pone en jaque, como resultado de un renovado debate en torno de la soberanía, localizada ahora en las manos del legislador, mediante el que se expresa la voluntad general. Dada la trascendencia de la naturaleza de la ley, la Constitución no podría ofrecerle oposición, minando su validez y eficacia. Se reduciría a la función de instrumento descriptivo de la organización política vigente; y el Poder Constituyente no se entendería más que como una categoría debilitada en el mundo jurídico. Este escenario se modificaría tras la aparición de la Constitución de Weimar y

el establecimiento de un nuevo paradigma normativo que tiene en la Constitución el fundamento del orden jurídico. Para ello, fue imprescindible la contribución de Hans Kelsen.

5. La delimitación de los presupuestos teóricos y de la expresión dogmática de la reforma constitucional parte de la problemática en torno de la naturaleza del propio Poder Constituyente. Su concepto está marcado por la controversia teórica, que oscila entre una “juridificación” y una “politización”, y revela un marco de resistencia a la homogeneidad doctrinal. Esta problemática delimitación exige postular un equilibrio entre ambas posiciones. En este sentido, el propio origen histórico del Poder Constituyente, como hecho político moderno, revela un vínculo con ciertos principios, ya que la crisis en el fundamento del poder político del Antiguo Régimen fue uno de los sus elementos motivadores y, en este contexto, el ejercicio del Poder Constituyente no estuvo desprovisto de valores. Afirmar lo contrario sería equivalente a aceptar que, como punto culminante del proceso revolucionario del siglo XVIII, el ejercicio del Poder Constituyente pudiera instaurar nuevamente la tiranía. Por otro lado, esta perspectiva no implica ignorar un innegable elemento de imponderabilidad política intrínseca al fenómeno constituyente que, al tiempo en que debe comprenderse como un proceso orientado hacia el orden constitucional, no está sujeto a ningún condicionamiento formal y se manifiesta en el vacío constitucional. Al mismo tiempo, principios como el de supremacía de la Constitución y mecanismos como el de rigidez constitucional encuentran en la Teoría del Poder Constituyente un sólido fundamento, que denuncia su relevancia para la Teoría de la Constitución.
6. Aunque el Poder Constituyente, como fenómeno político, haya propiciado el debate en torno de su permanencia, o no, tras la llegada de la Constitución, es cierto que, pautado por el principio de “agotabilidad”, el Poder Constituyente, como manifestación de la soberanía, no puede perdurar tras su culminación. Instaurada la Constitución, cualquier manifestación dentro del ordenamiento jurídico por ella encabezado sólo puede tener naturaleza de poder constituido y no constituyente. Ello

porque la soberanía no puede entenderse como una cualidad del poder político apta para manifestarse dentro del orden constitucional, bajo el riesgo de inviabilizarla. Por el contrario, tras la manifestación constituyente, se transforma en supremacía de la Constitución. A fin de cuentas, este orden constitucional tendría muy poco de estabilidad y permanencia en el caso de que estuviera sujeto a una potencial manifestación del Poder Constituyente durante su vigencia. Ello no quiere decir, no obstante, que éste no pueda reivindicarse en cualquier momento. Sin embargo, en este caso, ya no se estará tratando dentro de los parámetros de un orden jurídico, y sí de una manifestación constituyente marcada por la falta de limitación jurídica, que se agota en el exacto momento de la instauración de la nueva Constitución. La distinción entre la manifestación política soberana, pautada por el principio de “agotabilidad”, que crea la Constitución, y la manifestación jurídica limitada que promueve modificaciones en su contenido, gana, así, una delimitación teórica inequívoca. Esta delimitación se consolida al establecerse la diferencia entre Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado. Ambos obedecen a una dinámica propia relativa a la manifestación formal, limitación y titularidad. Este último, sujeto a los parámetros establecidos en la propia Constitución, se pauta por la limitación jurídico-positiva que se presenta de una forma bastante diversificada entre los varios sistemas constitucionales existentes. La clasificación entre Poder Constituyente originario y derivado también proporciona medios para individualizar la categoría de la reforma constitucional y diferenciarla de la modificación constitucional como manifestación que, sin estar sujeta a los mismo parámetros formales, provoca cambios en la Constitución, pero cuya expresión —como punto de equilibrio entre la presión ejercida por el dinamismo de la realidad y la necesidad de garantizar la normatividad de la Constitución— acaba fatalmente siendo limitada, por no poder ir contra su fuerza normativa.

7. El proceso de integración europea se insiere en el contexto de profundización de las relaciones internacionales y se desarrolla, en relación dialéctica con la evolución del Estado constitucional

cooperativo. Sus etapas históricas revelan un proceso que gana en complejidad jurídica y avanza del ámbito puramente económico al político. A lo largo de este proceso de integración, la actuación del Tribunal de Justicia Europeo engendra una estructura normativa presidida por el principio de primacía, efecto directo, salvaguarda de derechos fundamentales y respeto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. A la consolidación y gradual ampliación de esta estructura normativa — que refuerza la posición del ordenamiento comunitario como autónomo y que, en su relación con el orden interno de los Estados miembros, no diferencia entre la Constitución y las demás normas del ordenamiento — se dirige la reacción de los tribunales constitucionales nacionales, entre los que se puede destacar la contribución paradigmática del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Constitucional italiana, así como las contribuciones francesa (Consejo Constitucional) y española (Tribunal Constitucional). En conjunto, estos tribunales formulan reservas a la incidencia del principio de primacía del Derecho comunitario, que engendran una doctrina de los contralímites. En esta actuación jurisdiccional se verifica una justificada preocupación con el grado de protección a la garantía de los derechos fundamentales y con la poca densidad democrática en el ámbito comunitario, que exige avances tanto en la protección de aquéllos, como en la ampliación de esta última. La falta de ambos como contrapeso a una concentración de competencias cada vez mayor en esta esfera fomentó la vehemente reacción de los tribunales constitucionales que, en su actuación, no sólo proporcionaron una significativa aproximación entre el ordenamiento comunitario y las Constituciones nacionales como contribuyeron al avance del propio Derecho comunitario en la medida en que se mantenía abierto un intenso diálogo compuesto por decisiones judiciales, tanto en la esfera europea como en el ámbito interno. Esta relación dialéctica entre Constitución nacional y Derecho comunitario se vería impulsada tras el Tratado de Maastricht, con el definitivo avance del proceso de integración en el sentido de una conformación política cada vez más definida. El silencio formal de muchas Constituciones se rompe con la

introducción, en sus textos, de cláusulas que “constitucionalizaban” —y así, en cierta forma, se apropiaban— del fenómeno europeo, no sin vehementes reservas manifestadas en la paradigmática sentencia Maastricht, dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

8. La presión ejercida por el fenómeno de integración europea sobre la Constitución nacional, como tipo, da lugar a impactantes cuestionamientos de la Teoría de la Constitución. El primero de ellos, se concentra en la apropiación terminológica del concepto “Constitución” y su aplicación a la dimensión normativa comunitaria. El dilema sobre la existencia o no de una Constitución europea gana evidencia no sólo por la disociación entre Constitución y Estado, en cuanto fenómenos correlativos, sino también porque presupone un problema de naturaleza democrática que exige saber si se dan las condiciones para su aparición, como por ejemplo, una esfera pública desarrollada y capaz de producir una manifestación política democrática. Al mismo tiempo, la respuesta positiva o negativa a este dilema nos sitúa ante otro problema, esta vez relativo a la existencia o no de una manifestación constituyente en el ámbito europeo. En efecto, las posiciones contrarias a la existencia de una Constitución europea revelan tanto un aislamiento conceptual, tendente a una debilitación de la comunicabilidad entre categorías que pertenecen a distintas ramas dogmáticas, como un intento de mantener incólume un determinado *statu quo* jurídico-dogmático. Por otro lado, las posiciones favorables a su existencia buscan distanciar la idea de una Constitución europea de una manifestación formal similar a la que se presenta en el ámbito estatal, que varía, desde la noción de una Constitución de carácter evolutivo hasta la idea de un constitucionalismo en varios niveles.
9. La cuestión sobre la existencia de una Constitución europea, en verdad, debe estar precedida de la discusión en torno al tema de la legitimidad sobre la que se asentaría esta Constitución y, sobre todo, de la respuesta a una pregunta anterior que problematiza no la existencia, sino la necesidad de una Constitución para Europa. En este sentido, el paradigmático debate entre Dieter Grimm y Jürgen Habermas, indica

una convergencia cuya relevancia se sobrepone a las diferencias explicitadas. Mientras ambos apuntan la deficiencia del actual espacio público europeo para fortalecer instituciones que impulsen una Constitución europea, la síntesis dialéctica que se puede obtener del pensamiento de ambos, al confrontarse la posición de Grimm —según el cual la adopción de una Constitución sólo aumentaría la crisis institucional en el ámbito comunitario— con la de Habermas —en la que se muestra el carácter fomentador que una Constitución europea tendría para el avance de estas mismas instituciones—, no puede ser otra que la de que el proceso de integración europea precisa asumir su carácter constitucional, tanto como condición para solucionar problemas —por ejemplo el déficit democrático—, como para poder culminar la adopción de una Constitución propiamente dicha. Por otro lado, la necesidad de una Constitución formal es precisamente el punto de llegada de la argumentación del Prof. Francisco Balaguer Callejón, que critica el miedo a la Constitución que impregna tanto las posiciones favorables como las contrarias a una Constitución europea. El avance del proceso de integración no podría prescindir de la asunción de un perfil inequívocamente constitucional, puesto que, sólo así podría resolverse la crisis de legitimidad que asola la estructura político-normativa comunitaria. Obviamente, para las instituciones comunitarias, la asunción de un carácter constitucional traería consigo el imperativo de manifestar la formación de la voluntad político-normativa comunitaria mediante mecanismos democráticos y, concomitantemente, formas de control y limitación del poder político. Este nuevo perfil, asentado en la ampliación de una legitimidad basada en la “ciudadanía” europea exigiría invertir el marco actual por medio del que los Ejecutivos de los Estados miembros pueden ejercer poder sin responsabilidad, lo que causa perplejidad, pues desentona de la propia estructura jurídico-política de tales Estados, todos ellos, constitucionales. Este contexto representa un escollo para el surgimiento de una identidad europea. La necesidad de una Constitución parece obvia. Si, por un lado, esta posibilidad fue circunstancialmente alejada, en razón de las recientes etapas del proceso de integración, esto no impediría que, en el ámbito

del Derecho constitucional nacional, el fenómeno de integración europea fuera recibido de una forma, no sólo más evidente sino más eficaz; constituyéndose la reforma constitucional y su necesaria flexibilización en uno de los puntos de inflexión de esta aproximación. La necesidad de esta aproximación también encuentra amparo en el pensamiento del Prof. Peter Häberle. La construcción del Derecho constitucional común europeo, como categoría dogmática, revela los elementos más esenciales que componen esa peculiar relación entre la dimensión político-normativa comunitaria y la dimensión constitucional de los Estados miembros. Partiendo de una perspectiva unificadora en el ámbito de los principios y superando, así, las particularidades manifestadas por cada sistema jurídico específico, el Prof. Häberle destaca los fundamentos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales de esta gradual construcción que, aunque ya existente, padecería de una falta de racionalización y que encuentra, en la cultura jurídica común, un elemento unificador que no diluye las diferencias, pero que, por el contrario, se enriquece gracias a ellas. Decidir la existencia o no de una Constitución europea, por otro lado, exigiría saber de qué Constitución se estaría hablando. Para el Prof. Häberle, la Constitución sería el orden jurídico fundamental de la sociedad —sin confundirse exclusivamente con la idea de Constitución del Estado— que debe entenderse como estado cultural. Esta dimensión cultural, en su particular expresión jurídica, hace posible hablar de Europa como una comunidad constitucional que existe bajo varias Constituciones parciales, entre las que estarían la Constitución europea, en sentido estricto, y las Constituciones nacionales, escritas y no escritas. Esta constatación no prescindiría de la necesidad de ampliar el incipiente espacio público europeo, articulándolo mediante instituciones democráticas, empresa para la que la europeización del Derecho constitucional nacional representaría un paso necesario. Esta europeización traería consigo la inevitable crisis en los conceptos y categorías de la Teoría de la Constitución.

10. Al cuestionamiento en torno a la existencia o no de una Constitución europea debe asociarse la problemática sobre la manifestación o no de un Poder Constituyente originario comunitario. Queda patente que las clásicas características de esta categoría fallan al aplicarse a los fenómenos comunitarios. Una primera laguna podría encontrarse ya en la definición de entidad soberana que podría dar lugar a una manifestación constituyente comunitaria. En este caso, a pesar del avance del proceso de integración en el sentido de asimilar una configuración más compatible con los principios democráticos, no hay duda de que la soberanía todavía reside en los Estados, que se reservan, incluso, la retirada voluntaria de la Unión Europea; cuya integración se posibilita mediante una disposición político-normativa, específicamente orientada a ella, y se forma de modo soberano. Tampoco se puede discernir, en el ámbito comunitario, una manifestación política con carácter inicial que se manifieste como ruptura con un orden jurídico-político anterior. Al mismo tiempo el incipiente carácter democrático de las instituciones comunitarias revela un escenario poco propicio para argumentar a favor de una titularidad de un Poder Constituyente originario que no resida en el ámbito político de los Estados miembros, tema éste en el que converge la cuestión de la formación de una identidad común europea, inviabilizada, entre otras razones, por la incipiente sensación de integración en una colectividad transnacional, la innegable dificultad de crearse una esfera pública en la que efectivamente pueda germinar una voluntad popular común y la falta de cohesión en torno de un proyecto político definido para el proceso de integración. Por otro lado, la Constitución nacional sigue siendo, con relación a los Estados miembros, la única norma que da unidad a una nítida pluralidad entre ordenamientos. Es mediante una apertura posibilitada por medio de la voluntad constituyente que crea la Constitución, que ésta se abre a la incidencia del ordenamiento comunitario. Por tanto, no es posible identificar, hasta el momento, una manifestación originaria, impulsada por una entidad soberana que haya engendrado una norma con las mismas cualidades que la Constitución nacional en el ámbito comunitario, lo que conduce a la constatación de

que el Poder Constituyente originario sigue siendo un atributo no cedido por los Estados miembros a instancias supraestatales.

11. Por otro lado, la manifestación de un Poder Constituyente derivado comunitario ya no puede ser ignorada. Ello se debe a la peculiar relación que la Constitución establece con el ordenamiento jurídico comunitario y, al mismo tiempo, en razón de la que se niega la aparición de un Poder Constituyente originario en el ámbito europeo. La misma disposición constituyente que posibilita la interacción de la Constitución nacional con la esfera comunitaria —y le garantiza la posición de norma que proporciona unidad en un contexto de pluralidad entre ordenamientos— es la que impone la comprensión de que eventuales cambios efectuados en la Constitución nacional en razón de la incidencia de normas comunitarias, no puede ser consecuencia de otra manifestación soberana que no la interna. En la medida en que esta disposición constituyente originaria en pro de la integración posibilita la incidencia de normas comunitarias en el orden interno, que interactúan con la propia dimensión constitucional, este proceso no puede prescindir de control y de límites. De ahí que esta necesidad sea suplida por la apropiación de este fenómeno por parte del Poder Constituyente derivado.

12. Mientras el ordenamiento comunitario se ve presionado a asimilar aspectos constitucionales que derivan del ámbito estatal, el proceso de integración comunitaria gana formalmente una inequívoca dimensión constitucional. No obstante, la naturaleza recíprocamente constituyente y “desconstituyente” de esta relación da lugar a normas de carácter constitucional que favorecen la convergencia entre ambos ordenamientos, y genera un marco en el que el ordenamiento de los Estados pierde gradualmente la cualidad de originario mientras que el ordenamiento comunitario aún no la alcanzó, lo que propicia una fragmentación del Poder Constituyente originario —que se ve limitado en la amplitud de su potencial actuación— y que afecta directamente el Poder Constituyente derivado mediante una vertiente activa y pasiva. La primera se manifiesta mediante cambios materiales en la Constitución nacional, resultantes de la incidencia de normas comunitarias. La

segunda acabaría por presuponer la propia vulneración del procedimiento de reforma constitucional.

13. Una forma de asimilar el impacto de este proceso sería su recepción por parte de los textos constitucionales de los Estados miembros. Es cierto que esta recepción constitucional, para articularse, suscitaría una considerable flexibilización de los mecanismos de reforma constitucional en el ámbito de estos Estados, algunos de los que establecen cláusulas de intangibilidad con relación a ciertas materias constitucionales. Es cierto que la protección de una considerable parte de estas materias ya puede deducirse como incorporada al ordenamiento comunitario como consecuencia del intenso debate entablado entre el Tribunal de Justicia Europeo y los tribunales constitucionales nacionales y por el propio Derecho comunitario originario, de modo que la integración de un Estado a la Unión suscita, hoy en día, la consolidación de un contexto interno, por parte de este, de respecto a parámetros mínimos aceptables de garantía de un orden democrático y de derechos fundamentales que condicionan la propia actividad constituyente derivada sobre la Constitución. No hay duda de que la cuestión de la flexibilización de los límites materiales al procedimiento de reforma, como paso previo al reconocimiento constitucional formal de un Poder Constituyente derivado comunitario, exige la percepción de que las cautelas contra la ampliación de un proceso de integración —capitaneado por instituciones con poca densidad democrática— deben estar equilibradas con la certeza de que el avance que representa la flexibilización del procedimiento de reforma constitucional, y la propia constitucionalización de esta manifestación constituyente derivada comunitaria, forman parte de la solución de esta incipiente densidad democrática comunitaria, que representa una solución a los problemas provocados por la relación entre ambos ordenamientos, hasta la llegada de una Constitución europea.

BIBLIOGRAFÍA

ADINOLFI, Adelina. The Judicial Application of Community Law in Italy (1981 – 1997). In: *Common Market Law Review*, vol. 35, N.º 6, December 1998, Leiden: Kluwer Law International.

AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1989.

_____. *Libertad y división de poderes: el ‘contenido esencial’ del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989.

ALÁEZ CORRAL, Benito. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de Octubre de 1993. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, N.º 45, Septiembre-Diciembre, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

_____. *Los límites a la reforma de la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARANZADI. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Tomo I. Pamplona: Aranzadi, 1991.

_____. Repertorio Oficial de Legislación. Pamplona: Aranzadi, 1987.

ARENDDT, Hannah. *La Condición Humana*. Barcelona: Piados, 1993.

_____. *On revolution*. London: Penguin Books, 1990.

ARNOLD, Rainer. Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Enero – Junio de 2004, Granada, 2004.

_____. *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*. Madrid: Civitas, 1993.

ARNULL, Anthony; DAMIAN, Chalmers. The death of European constitutionalism and the renaissance of European liberal democracy. In: *European Law Review*, vol. 32, N.º 4, August 2007.

ASTENGO, Francesca. The Europeanisation of the Italian Constitutional Court. In: *Journal of European Integration*, vol. 26, N.º 2, June, 2004.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. Las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 1, Enero-Junio de 2004, Granada.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. El status constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente. In: *La democracia constitucional – Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

_____. *Fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento*. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*. Madrid: Tecnos, 1992.

_____. Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, N.º 69, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 2003.

_____. La Constitución Europea: forma y contenido, ciudadanos y Estados en la construcción del sistema de fuentes de la Unión Europea. In: *Revista de Derecho Político. Número monográfico sobre el Tratado Constitucional Europeo (I)*. N.º 64, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2005.

_____. La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal. In: GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (dir.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997.

_____. Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 4, N° 7, Granada, Enero-Junio, 2007.

_____. *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. I, 2. Ed., Madrid: Tecnos, 2007.

_____. Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Granada, Enero-Junio de 2004.

_____. *Possibilidades e limites da reforma constitucional na Espanha no contexto do Estado autonômico integrado na União Européia*. En prensa, Brasil, 2007.

_____. Recensión a LÓPEZ CASTILLO, A. - SAIZ ARNAIZ, A. - FERRERES COMELLA, V., Constitución española y Constitución europea: Análisis de la declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre). In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 22, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre – diciembre, 2005.

_____. Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. In: *La Ley. Unión Europea*. Vol. XXV, N.º 6138, Martes, 30 de noviembre de 2004.

BECK, Gunnar. The problem of Kompetenz-Kompetenz: a conflict between right and right in which there is no praetor. In: *European Law Review*, vol. 30, N.º 1, London: Sweet & Maxwell, February, 2005.

BERLIA, G.; BONNARD, R.; DUGUIT, L; MONNIER, H. *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 7. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. 3. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società: Frammenti di un dizionario politico*. Torino: Einaudi, 1995.

_____. *Thomas Hobbes*. Barcelona: Paradigma, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 1985.

BONNIE, Anne. The Constitutionality of Transfers of Sovereignty: the French Approach. In: *European Public Law*, vol. 4, issue 4, December 1998, Kluwer Law International, London, 1998.

BRYCE, James. *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

BULLOCK, Alan; STALLYBRASS, Oliver (ed.) *The Harper Dictionary of Modern Thought*. New York: Harper & Row Publishers, 1977.

BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional, 1981.

BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. London: Oxford University Press, 1950.

BUSTOS GISBERT, Rafael. *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

CABRAL PINTO, Luíza Marques da Silva. *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANCELA OUTEDA, Celso. *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

CANO MONTEJANO, José Carlos. *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. El Tribunal Constitucional en el Sistema Político Italiano: sus Relaciones con el Ordenamiento Comunitario Europeo. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N.º 4, Enero – abril, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

CARTABIA, Marta. El Tratado Constitucional para la Unión europea y la voluntad constituyente de los Estados miembros. In: CARTABIA, Marta; DE WITTE, Bruno; PÉREZ TREMPES, Pablo, GÓMEZ FERNANDEZ, Itzíar. *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*. Valencia: Tirant lo Blach, 2005.

CARTABIA, Marta; WEILER, Joseph. *L'Italia in Europa*. Bologna: Mulino, 2000.

CASCAJO CASTRO, José Luis. Constitución y Derecho Constitucional en la Unión Europea. In: *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 15, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

CELOTTO, Alfonso; GROPPPI, Tania. Derecho UE y Derecho Nacional: Primauté vs. Contralímites. In: CARTABIA, Marta; DE WITTE, Bruno; PÉREZ TREMPES, Pablo, GÓMEZ FERNANDEZ, Itzíar. *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*. Valencia: Tirant lo Blach, 2005.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La Constitución Inédita*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. Europeización de la Constitución española: una introducción al problema. In: CRUZ VILLALÓN, Pedro (Coord.). *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*. Bilbao: Fundación BBVA, 2006.

D'OLIVEIRA MARTINS, Afonso. O Poder Constituinte na gênese do constitucionalismo moderno. In: *Estado e Direito – Revista Semestral Luso-Espanhola de Direito Público*, N. 5-6, 1990.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DE CABO MARTÍN, Carlos. *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta, 2003

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional – Sistema de fuentes*. 2. ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1991.

DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

_____. Mundialización y Derecho Constitucional. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N. 100, 1998, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Espasa Universitaria, 1983.

DÍEZ-PICASO, Luís María. El Derecho Comunitario em la jurisprudencia constitucional española. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 18, N.º 54, Septiembre – Diciembre, 1998, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

EDWARDS, Paul. *The Encyclopedia of Philosophy*. New York: Macmillan and the Free Press, 1972.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

FERRERES COMELLA, Víctor. La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional. In: LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitución española y Constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005,

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Estado y Constitución. In: _____. *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y Derecho*. Madrid: Trotta, 2004.

FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno Constitucional y Democracia*, vol. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

GAJA, Giorgio. New Developments in a Continuing Story: the Relationship Between EEC Law and Italian Law. In: *Common Market Law Review*, vol. 27, Leyden: Kluwer Academic Publishers, 1990.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Norma Fundamental en los textos de Kelsen*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GARCÍA MARÍN, José Maria. La Doctrina de la Soberanía del Monarca. In: PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente, 1953.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. 2. Ed., Madrid: Civitas, 1985.

_____. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984.

GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan; LAMOUNIER, Bolívar; MIRANDA, Jorge; NOHLEN, Dieter. El proceso constituyente. Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N. 76, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El Estado Social – Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002.

GRIMM, Dieter. Necesita Europa una Constitución. In: *Debats*. N° 55, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, Marzo, 1996.

GROPPI, Tania. La 'Primauté del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional Nacional: un punto de vista comparado. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 5, Enero-Junio de 2006, Granada, 2006.

HÄBERLE, Peter. Derecho Constitucional Común Europeo. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. N.º 79, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero – Marzo, 1993.

_____. *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

_____. El Estado Constitucional europeo. In: *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N.º 2, Mexico, DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Enero-Junio, 2000.

_____. Europa como comunidad constitucional en desarrollo. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N.º 1, Granada: Universidad de Granada, Enero-Junio, 2004.

_____. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. *¿Tienen España y Europa una Constitución?* Sevilla: Fundación El Monte, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Observaciones a “¿Necesita Europa una Constitución?” In: *Debats*. N° 55, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, Marzo, 1996.

_____. So, Why does Europe need a Constitution? In: European University Institute, Robert Schuman Centre of Advanced Studies, URL: <http://www.iue.it/RSCAS/e-texts/CR200102UK.pdf>.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Middletown: Wesleyan University Press, 1961.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HILLGRUBER, Christian. La integración del Derecho Internacional y del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento constitucional alemán. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Enero-Julio, Granada, 2004.

HILLMAN, Karl-Heinz. *Diccionario Enciclopédico de Sociología*. Barcelona: Herder, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza, 1989.

HONDERICH, Ted (ed.). *Enciclopedia Oxford de Filosofía*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Teoría General del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JOSÉ SOLOZÁBAL, Juan. *Nación y Constitución*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2004.

KAUPER, Paul G. *Constitutional Law Cases and Materials*. New York: Prentice-Hall, 1954.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. 2. ed., México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

_____. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2002.

_____. *Teoría Pura del Derecho*. 7. ed., Ciudad de México: 1993.

KOKOTT, Juliane. German Constitutional Jurisprudence and European Integration. In: *European Public Law*, Vol. 2, N° 2, June, 1996, London: Kluwer Law International, 1996.

_____. German Constitutional Jurisprudence and European Integration II. In: *European Public Law*, Vol. 2, N.º 3, September, 1996, London: Kluwer Law International, 1996.

KOVAR, Robert; SIMON, Denys. Some Reflections on the Decision of the French Constitutional Council of December 30, 1976. In: *Common Market Law Review*, vol. 14, Holmes Beach, Florida, WM.W. Gaunt & Sons, 1977,

KRIEGER, Joel (ed.). *The Oxford Companion to Politics of the World*. Oxford University Press, New York, 1993.

KRIELE, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

LA PERGOLA, Antonio. El Juez constitucional italiano ante la primacía y el efecto directo del Derecho Comunitario. Notas sobre unas jornadas de estudio. In: *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio. De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF). In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14, N. 40, Enero / Abril, 1994.

_____. La jurisprudencia iuscomunitaria del TC a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. N.º 99, Enero-Marzo 1998, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

_____. La Unión Europea 'en constitución' y la Constitución estatal en (espera) de reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre. In: LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitución española y Constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

LÓPEZ, Mónica; TAMAMES, Ramón. *La Unión Europea*. 5. ed., Madrid: Alianza, 2002.

MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty*. New York: Oxford University Press, 1999.

MACLAUGHLIN, Andrew C. *The Confederation and the Constitution: 1783 – 1789*. New York: Collier Books, 1965.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. Poder Constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea. In: *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 15, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

MAÍZ, Ramón. Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la Revolución Francesa. In: PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998.

MANCINI, G.F. *Democracy & Constitutionalism in the European Union*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

MANGAS MARTIN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 3. ed., Madrid: Tecnos, 2005.

MANGAS MARTÍN, Araceli. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005.

_____. La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo. In: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, N.º 2, Mayo-Agosto, 1991.

_____. La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (Derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente. In: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV – 1992, N.º 2, Julio-Diciembre.

_____. Los tratados internacionales (Arts. 93 a 96 de la CE). Especial referencia a la ciudadanía europea. In: *Revista de Derecho Político*, N.º 36, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.

MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Madrid: Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, 1955.

MAURO PETRICCIONE, Raffaella. Member States of the European Communities – Italy. In: *European Law Review*, vol. 11, London: Sweet & Maxwell, 1986.

MAUS, Didier. The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constitutional Power, In: JYRÄNKI, Antero (org.). *National Constitutions in the Era of Integration.*, London: Kluwer Law International, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – tomo II.* 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes.* Madrid: Tecnos, 1987.

MORI, Paola. Derecho Comunitario y Derecho Interno em uma Sentencia Reciente del Tribunal Constitucional Italiano. In: *Revista de Instituciones Europeas*, N° 12, Septiembre – Diciembre, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.

MORTATI, Constantino. *La Constitución en sentido material.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

_____. *Studi sul Potere Costituente e sulla Riforma Costituzionale dello Stato.* Milano: Giuffrè Editore, 1972.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Constitución.* Madrid: Iustel, 2004.

_____. *Código de Derecho Comunitario Europeo.* Madrid: Civitas, 1988.

NEGRI, Antonio. *El Poder Constituyente.* Madrid: Libertarias / Prodhufi, 1994.

OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. Teoria Geral do Poder Constituinte. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos.* N. 52, Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 1981.

OLIVER, Peter. French Constitution and Maastricht Treaty. In: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43. London: The British Institute of International and Comparative Law, 1994.

OLLERO, Carlos. *El Derecho Constitucional de la postguerra.* Barcelona: Librería Bosch, 1949.

PACE, Alessandro. La Instauración de una nueva Constitución. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N. 97, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

PACE, Alessandro; VARELA SUANZES, Joaquim. *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2000.

PEASLEY, Amos J. *Constitutions of Nations* vol. III. The Hague: Martinus nihoff, 1968.

PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. *Cronología de la Unión Europea 1914-2004*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.

PÉREZ TREMPs, Pablo. *Constitución española y Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 1994.

_____. Justicia Comunitaria, Justicia Constitucional y Tribunales Ordinarios Frente al Derecho Comunitario. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, N.º 13, Enero-Abril, 1985, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: Europe constitution-making revisited. In: *Common Market Law Review*. Vol. 36, nº 4, Leiden: Kluwer Law International, 1999.

_____. Multilevel constitutionalism in the European Union. In: *European Law Review*, Vol. 27, nº 5, Chippenham: Sweet & Maxwell, 2002.

PIRIS, Jean-Claude. *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006

PORRAS NADALES, Antonio. Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española. In: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 24, Nov./Dic. 1981.

PULIDO QUECEDO, Manuel. *La Constitución española, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2. ed., Pamplona: Aranzadi, 1996

RASMUSSEN, Hjalte. *La Constitución de la Comunidad Económica Europea*. Madrid: Trivium, 1990.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luís. *Las normas preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

_____. El Poder Constituyente Constituido. In PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998.

RICHARDS, Claudina. The Supremacy of Community Law Before the French Constitutional Court. In: *European Law Review*. August 2006, Sweet and Maxwell, 2006.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del Juez comunitario para examinar la validez de una Directiva. In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N. 18, Mayo – Agosto 2004, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil.; VALLE GALVEZ, Alejandro. El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales. In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N. 2, Vol. I, Julio/Diciembre, 1997, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ROLLA, Giancarlo. Relaciones entre Ordenamientos en el Sistema Constitucional Italiano. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 1, Enero-Junio de 2004, Granada: Universidad de Granada, 2004.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

ROSSITER, Clinton L. *Documents in American Government*. New York: William Sloane Associates, 1949.

RUBIO LLORENTE, Francisco; DÁRANAS PELÁEZ, Mariano. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997.

RUIPÉREZ, Javier. *La 'Constitución Europea' y la Teoría del Poder Constituyente*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europea integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. In: LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitución española y Constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

_____. El Derecho Comunitario, ¿Parametro de la Constitucionalidad de las Leyes Internas?. In: *Revista de Instituciones Europeas*, N.º 22, Mayo – Agosto de 1995, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

_____. El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa. In: CARTABIA, Marta; DE WITTE, Bruno; PÉREZ TREMPES, Pablo; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Constitución Europea y constituciones nacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. Madrid: Editora Nacional, 1966.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel. La reforma de la Constitución española y el proceso de integración europea. Comentario al Informe del Consejo de Estado de 16 de Febrero de 2006. In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 24, Año 10, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Mayo/Agosto, 2006.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza, 2002.

SCHILACCI, Angelo. Caminos de la integración material: la “comunitarización” de los “contralímites” en la Decisión “Societè Arcelor Atlantique et Lorraine” del “Conseil d’État. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 4, N.º 8, Granada, Julio-Diciembre, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

_____. *A commentary on the Constitution of the United States: Part I - Powers of Government*. New York: Rothman.

SEGURA SERRANO, Antonio. La Primacía y el Control de Constitucionalidad del Derecho Comunitario en Francia. In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 20, Enero/Abril, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el Tercer Estado?* Barcelona: Orbis, 1973.

SNOWDON, Brian; VANE, Howard R. (edt.). *An Encyclopedia of Macroeconomics*. Northampton: Edward Elgar, 2002.

SNYDER, Francis. The Unfinished Constitution of the European Union. In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene. *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

STEIN, Eric. Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. In: *American Journal of International Law*. Vol. 75, Washington D.C.: The American Society of International Law, 1981.

STEIN, Torstein. La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht. In: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, N.º 3, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

TOTH, A.G. *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*. vol I, New York: Oxford University Press, 1991.

UÑA JUÁREZ, Octavio. Modernidad. In: HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, A.; UÑA JUÁREZ, O. *Diccionario de Sociología*. Madrid: Esic, 2004.

UNIÓN EUROPEA. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004.

- VANOSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional I – Poder Constituyente*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975.
- VARELA SUANZES, Joaquin. La soberanía en la doctrina británica: de Bracton a Dicey. In: PUNSET, Ramón (org.). *Fundamentos: Soberanía y Constitución*. Oviedo: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, 1998.
- VATTEL, Emero. *Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural*. Madrid: Imprenta de D. León Amarita, 1834.
- VON SIMSON, Werner; SCHWARZE, Jorge. Integración Europea y Ley Fundamental. Matrique y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 2001.
- WALKER, Neil. Postnational constitutionalism and the problem of translation. In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene. *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad* vol. I. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WEILER, Joseph.H.H. *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- _____. Europe's Constitutional Sonderweg. In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene (edt.) *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- WIND, Marlene. The European Union as a Polycentric Polity: returning to a neo-medieval Euroepa? In: WEILER, Joseph H.; WIND, Marlene (edt.) *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

The New Encyclopedia Britannica, volume 29, Chicago: Encyclopedia Britannica, 1998.