

CONGRESO INTERNACIONAL CONSTITUCIONAL

Palacio del Senado, 4 y 5 de octubre de 2018



CORTES GENERALES

|CENTRO DE|ESTUDIOS|POLÍTICOS Y|CONSTITUCIONALES|

CONGRESO INTERNACIONAL CONSTITUCIONAL

Palacio del Senado, 4 y 5 de octubre de 2018

**CORTES GENERALES
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**

© Cortes Generales / Centro de Estudios políticos y Constitucionales
Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones
Departamento de Publicaciones
Floridablanca, s/n - 28071 Madrid

ISBN: 978-84-7943-547-9
Depósito Legal: M-5743-2020

Realización Micronet, S.A.

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| NOTA A LA EDICIÓN..... | 7 |
| I. ACTO DE APERTURA DEL CONGRESO INTERNACIONAL CONSTITUCIONAL | |
| INTERVENCIÓN DE LA PRESIDENTA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS | 11 |
| Ana Pastor Julián | |
| INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL SENADO | 15 |
| Pío García-Escudero Márquez | |
| INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | 19 |
| Juan José González Rivas | |
| INTERVENCIÓN DE LA DIRECTORA DEL CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (CEPC) | 27 |
| Yolanda Gómez Sánchez | |
| II. SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: PRESENTE Y FUTURO | |
| Ponencia: SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 | |
| Manuel Aragón Reyes, <i>Catedrático Emérito de Derecho Constitucional, Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España</i> | 33 |

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| Ponencia: SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 | |
| Santiago Muñoz Machado, <i>Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid Académico de la Real Academia Española y Académico de las Ciencias Morales y Políticas</i> | 39 |
| Ponencia: CONSTITUCIÓN Y REGLAS DEL JUEGO | |
| Paloma Biglino Campos, <i>Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid</i> | 45 |
| Ponencia: LOS RIESGOS DE UNA BUENA CONSTITUCIÓN VIEJA: TIEMPOS DE REFORMAS Y DEMOCRACIA DE CONSENSO | |
| Javier García Roca, <i>Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Presidente Emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España</i> . | 49 |
| Ponencia: LA CONSTITUCIÓN DE 1978: PRESENTE Y FUTURO | |
| Javier Tajadura Tejada, <i>Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco</i> | 67 |
| Ponencia: 40 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN: LA CE DE 1978 DE CARA AL FUTURO | |
| Josep M ^a Castellà Andreu, <i>Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona</i> | 73 |
| Ponencia: LA CONSTITUCIÓN DE 1978: DIAGNÓSTICO Y RENDIMIENTO TRAS 40 AÑOS DE VIGENCIA | |
| Irene Delgado, <i>Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional a Distancia</i> | 81 |

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| Ponencia: SOBRE EL FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN: PROYECCIÓN Y ENCAJE EUROPEOS | |
| Ana Carmona Contreras, <i>Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla</i> | 91 |
| | |
| III. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EUROPA, Y PROYECCIÓN E INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 | |
| Ponencia: INTERVENCIÓN CON MOTIVO DE LA CONMEMORACIÓN DEL XL ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 | |
| Profesor Giuseppe de Vergottini, <i>Profesor ordinario emérito de la Universidad de Bolonia</i> | 125 |
| Ponencia: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN EL CONTEXTO IBÉRICO | |
| Afonso D'Oliveira Martins, <i>Rector y Profesor Catedrático de Derecho Público de la Universidad Lusíada de Lisboa (Portugal)</i> | 131 |
| Ponencia: LA PROYECCIÓN E INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 | |
| Teresa Freixes, <i>Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona</i> | 139 |
| Ponencia: LA PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA | |
| D ^a María Luisa Balaguer Callejón, <i>Magistrada del Tribunal Constitucional y Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga</i> | 147 |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| <p>Ponencia: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EUROAMERICANO</p> <p>Diego Valadés, <i>Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México</i>.....</p> | 149 |
| <p>Ponencia: DOS ETAPAS EN LA FORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: EL ROL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA</p> <p>César Landa Arroyo, <i>Profesor de Derecho Constitucional y expresidente del Tribunal Constitucional de Perú ..</i></p> | 185 |
| <p>Ponencia: LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994</p> <p>Alberto Ricardo Dalla Via, <i>Presidente de la Cámara Nacional Electoral de Argentina</i></p> | 195 |
| <p>Ponencia: LA INFLUENCIA DEL ARTÍCULO 96.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 54 N° 1 INCISO 5° DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA REFORMADA EN 2005, EN EL MARCO DE CONTROLES PREVENTIVOS Y REPARADORES DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS</p> <p>Humberto Nogueira Alcalá, <i>Presidente coordinador de las Asociaciones de Derecho Constitucional de América del Sur</i>.....</p> | 227 |
| IV. CONGRESO INTERNACIONAL CONSTITUCIONAL | |
| <p>Programa.....</p> | 243 |

NOTA A LA EDICIÓN

Esta publicación sobre el Congreso Internacional Constitucional, celebrada en el Palacio del Senado con motivo de la conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Constitución de 1978, durante los días 4 y 5 de octubre de 2018, recoge un buen número de las intervenciones que tuvieron lugar. Las que no se incluyen en esta obra, podrán consultarse en los siguientes enlaces:

Inauguración y primera jornada: <https://www.youtube.com/watch?v=xFI822XQDss>

Segunda jornada: <https://www.youtube.com/watch?v=tSWNEQnlG-w>

I. ACTO DE APERTURA DEL CONGRESO INTERNACIONAL CONSTITUCIONAL

INTERVENCIÓN DE LA PRESIDENTA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Ana Pastor Julián

Celebramos 40 años de la histórica fecha en la que los españoles unieron su voluntad para darse a sí mismos una Constitución democrática, y para refrendar un pacto de convivencia, de respeto al pluralismo y de apertura a los modernos valores de la libertad y del progreso.

Ello fue posible gracias a grandes hombres y mujeres que supieron dejar de lado las parcialidades ideológicas, y que trabajaron con generosidad para lograr el consenso que les permitió llevar adelante un admirable y cívico proceso de la transición a la democracia.

La Transición representó la reconciliación de todos los españoles; la libre expresión de las distintas opciones políticas, y el reconocimiento de la personalidad histórica y cultural de las diversas comunidades de España: una realidad plural e inclusiva que se configuraba bajo el sistema democrático encarnado en la monarquía parlamentaria.

Todo ello significaba que nuestro país asumía una transformación que no sólo había de reflejarse en el seno de nuestra sociedad, sino que nos comprometía con los valores de un mundo que miraba ya al siglo XXI.

Un mundo al que cada vez le resultaban más lejanas las traumáticas experiencias del siglo XX; y que, escarmentado por esas experiencias, cifraba ahora el desarrollo y el avance de los pueblos en las conquistas de la paz, de la democracia, de la libertad, de los derechos ciudadanos y de un progreso social y económico que desbordaba las fronteras nacionales y que en cambio evidenciaba una realidad global e interconectada.

La conciencia de incorporarnos con plenos derechos a la construcción de ese mundo estuvo presente en los españoles desde que dimos los primeros pasos en el camino de nuestra Transición.

Así lo revelan las ilusionantes palabras que el rey Juan Carlos dirigió al Congreso de los Estados Unidos de América en su visita de junio de 1976; en la que anunció: “España asume con decisión el papel que le corresponde en el concierto internacional”.

También a ese papel se había referido don Juan Carlos en su discurso de proclamación, en donde había destacado los estrechos vínculos que ligan España con otras nacionales y regionales del mundo en razón de nuestra historia y nuestra geografía.

Y hay que decir que el establecimiento y la consolidación de nuestra democracia ha fortalecido y expandido esos vínculos; pues ha traído aparejado un desarrollo social y económico que ha convertido nuestro país en un actor de indudable peso en los organismos multilaterales, en los mercados internacionales y en las comunidades políticas de las que forma parte.

Por eso, al homenajear nuestra Constitución y al promover la reflexión sobre sus logros, no podría obviarse al decisivo hito que supuso su entrada en vigencia para las relaciones de España y para la integración de nuestro país en el contexto del mundo de hoy.

Es por esa razón que la celebración de las Cortes Generales por el 40 Aniversario de la Constitución ha tenido siempre a la vista los acontecimientos y los progresos que han marcado esa “Transición hacia fuera” –como podríamos denominarla, acogiéndonos a la visión con la que Antonio Garrigues-Walker ha hablado de las “muchas transiciones” experimentadas por España.

Evocamos la histórica misión del presidente Álvarez de Miranda como cabeza de la delegación del Congreso que en octubre de 1977 manifestó en Estrasburgo el compromiso aprobado por toda la Cámara de asumir los ideales recogidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Un paso que nos preparaba para ser admitidos en el Consejo de Europa, y que certificaba el comienzo de la España presente y futura.

Como todos sabemos, los esfuerzos hechos por España para cumplir con las condiciones que habían de permitir su entrada en la Europa

unidad y democrática encontraron su recompensa el 12 de junio de 1985, con la firma del Tratado de Adhesión en el Salón de Columnas del Palacio Real de Madrid.

Y si Europa representa uno de los espacios políticos, históricos y culturales que dan pleno significado a España, otro tanto debe decirse de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

La tradición de libertades y de ciudadanía que compartimos con los países iberoamericanos, desde que, inspirados por los mismos principios, emprendimos la heroica lucha que dio origen a nuestras primeras constituciones, ha vuelto a reunirnos en la celebración de las Cumbres Iberoamericanas que, con la buena voluntad de todos, pusimos en marcha en el año 1991.

Junto a todo lo dicho, no debemos perder de vista que la feliz experiencia española en el proceso de nuestra Transición nos inscribe en el fenómeno que el famoso politólogo Samuel Huntington ha definido como la “Tercera Ola democratizadora” de nuestra Edad Contemporánea.

Esa coincidencia, que nos conecta con procesos análogos que han tenido lugar en otras naciones, representa una ocasión privilegiada para obtener una visión global del significado y del alcance que ha tenido la democracia en el mundo de las últimas décadas, y para analizar también cuáles son los desafíos que a ella se le presentan de cara a un futuro extraordinariamente dinámico y cambiante.

El deseo de las Cortes Generales al promover la celebración del 40 Aniversario de nuestra Carta Magna tiene como principal propósito el mostrar a los propios españoles -y especialmente a las generaciones más jóvenes-todo lo que puede lograrse cuando una nación decide unir sus esfuerzos y su capacidad en torno a un proyecto de libertad y de progreso en interés de todos los ciudadanos.

Pero los logros de la nuestra Transición y de nuestra democracia nos comprometen también ante una comunidad internacional con la que mantenemos lazos muy estrechos; pues es muy cierto lo dicho por su majestad el rey Felipe VI al entregar, en mayo del año pasado, el Premio Europeo Carlos V a don Marcelino Oreja.

Permítanme que cite sus palabras:

Debemos continuar promoviendo en el mundo los valores democráticos y los derechos humanos que compartimos, con el objetivo de seguir siendo un modelo de inspiración para todos aquellos que se desean libertad, democracia, prosperidad, seguridad, igualdad y, en definitiva, un mundo mejor.

Muchas gracias.

INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL SENADO

Pío García-Escudero Márquez

Señora presidenta del Congreso de los Diputados; señor presidente del Tribunal Constitucional; señora directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; autoridades; señoras y señores.

El Congreso Internacional Constitucional que está a punto de arrancar es, sin duda, uno de los platos fuertes dentro del intenso y extenso programa de eventos que las Cortes Generales estamos desarrollando con motivo del cuadragésimo aniversario de la Constitución española.

Mediante la colaboración con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, hemos querido reunir aquí, en el Senado, durante dos jornadas, a destacados representantes de los campos de la política y de la magistratura, así como a expertos juristas. Con sus valiosas aportaciones, a través de las cinco mesas previstas, queremos llevar a cabo un trabajo de análisis y de reflexión conjunta sobre el significado histórico de la Constitución de 1978, sobre su valor actual y sobre su proyección de futuro.

La Constitución de 1978, como bien sabemos, es un hito fundamental en la historia de España. Es la norma política fundamental que enmarca la convivencia democrática de los españoles, y que está en la base de nuestro progreso económico, social y cultural de las últimas cuatro décadas.

Sin embargo, eso no quiere decir que sea un asunto interno de nuestro país, ni que su dimensión se ciña estrictamente al límite de nuestras fronteras. Porque, en la misma medida en que es imposible entender lo que significa nuestra Constitución de 1978 sin tener en cuenta todo el azaroso recorrido histórico que precedió a esa fecha, tampoco se puede

comprender ni su génesis, ni su desarrollo, sin prestar atención a su contexto internacional; y, en particular, a la doble condición de España como país europeo e iberoamericano.

Por esa razón hemos entendido que este congreso constitucional debía revestirse, necesariamente, de un carácter internacional. Y de ahí, por tanto, que hayamos querido contar con participación de destacados representantes de Europa y América, tanto en el campo político como del académico.

El pasado martes celebramos en el Oratorio de San Felipe Neri, en Cádiz, un acto con embajadores de países iberoamericanos, en el que las Cortes Generales, en el marco del aniversario de nuestra Constitución, quisimos rendir homenaje a todos los pueblos de la Comunidad Iberoamericana de Naciones en nuestro común esfuerzo histórico de lucha por la libertad.

Hace dos siglos, la Constitución de Cádiz supuso el punto de arranque de nuestra historia constitucional, en el marco histórico de la revolución liberal que agitó las dos orillas del Atlántico. Empezaban entonces a abrirse paso principios tan definitorios del pensamiento político occidental como la soberanía popular ejercida mediante libre sufragio universal, la división y el equilibrio de poderes, o la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales con el imperio de la ley.

La historia del empeño por hacer realidad estos principios irrenunciables de la democracia liberal, venciendo todas las fuertes resistencias opuestas a su implantación y su desarrollo, es, en esencia, la historia de nuestra edad contemporánea. Y es la historia que, en el caso español, tras dolorosos fracasos, consigue por fin abrirse paso en esos tres apasionantes años transcurridos entre la muerte de Franco y la aprobación, por vía de referéndum, de la Constitución de 1978.

La democracia parlamentaria, que en los años treinta se había visto gravemente amenazada por el avance de los totalitarismos, pero que había superado el reto y cobrado nuevo empuje en Europa Occidental, tras la Segunda Guerra Mundial, esa tan ansiada democracia, llegaba por fin a España a finales de los setenta, del mismo modo que también lo había hecho en Portugal o en Grecia. Los españoles llegamos tarde a la democracia, pero lo hicimos con decisión, con madurez y con inteli-

gencia. Supimos aprender de nuestros errores pasados y, así, apostamos por la vía de la reconciliación y del acuerdo.

Gabriel Cisneros, uno de los padres de nuestra Constitución que nos dejó hace algunos años, lo expresó elocuentemente:

Sabíamos que los españoles anhelaban la libertad y no estábamos dispuestos a arriesgarla en aras de maximalismos extremistas. Y nos propusimos buscar el compromiso, en un afán de arrinconar la violencia, de desalojar la represalia, de exaltar la concordia.

Fue esto, en definitiva, lo que posibilitó el éxito de nuestra transición a la democracia: su afán integrador, inclusivo. El saber buscar solidez y estabilidad por la vía del reformismo pactado. El que nadie, autoinvestido de una falsa superioridad moral, se obstinara en imponer su propia visión del mundo a los demás.

Y, por esa razón, la Transición española, en los años posteriores sirvió, no diré que como modelo (porque cada país tiene sus particularidades), pero sí como referencia para otros Estados que también empezaban a poner en marcha procesos políticos semejantes. Fue así para muchas naciones iberoamericanas en su búsqueda de una salida pacífica a la democracia, que pusiera punto final a regímenes autoritarios, dictaduras personales o gobiernos militares. Y también para los países del Este de Europa, tras la caída del Muro y la desintegración del imperio soviético.

Cuarenta años después, los españoles podemos decir con orgullo que, gracias a nuestro esfuerzo y nuestro compromiso, nuestro país ha dejado de ser una singularidad o una anomalía exótica en el continente europeo. España es hoy una democracia avanzada y firmemente comprometida con el proyecto de construcción europea, tan comprometida como lo está con el impulso político, socioeconómico y cultural de la Comunidad Iberoamericana, conscientes como somos de nuestra posición estratégica como nexo transatlántico.

Hoy, ciertamente, en España hemos de enfrentarnos a grandes problemas y desafíos, pero que no son ya producto de ningún hipotético carácter diferencial, de ninguna rara peculiaridad, sino que son esencialmente los mismos a los que también se enfrentan ahora todos los países democráticos. Por su propia condición de sociedades abiertas, las democracias siempre tienen enemigos. Y han de saber cómo defenderse

eficazmente de ellos. Pero nunca deben caer en el error de hacerlo al precio de saltarse sus reglas básicas, ni de rebajar sus principios y sus aspiraciones fundamentales. Porque, cuando una democracia se desdibuja, se debilita peligrosamente.

Y lo cierto es que las democracias, para sobrevivir, necesitan crecer, necesitan perfeccionarse sin descanso para no perder su eficacia como escudo de la libertad y palanca del progreso. Una constitución es el necesario punto de encuentro entre la democracia y el derecho, el lugar donde la democracia deja de ser un ideal, una mera declaración de intenciones, y adquiere la fuerza normativa que precisa para cobrar entidad, afianzarse y perdurar. Por eso, la fortaleza y la solidez de una democracia dependen tan absolutamente de la fortaleza y la solidez de la constitución sobre la que se apoya.

Así pues, estas dos jornadas de reflexión sobre la Constitución española de 1978, sobre su significado, su presente y su futuro, son también una reflexión sobre los problemas y los retos a los que hoy, en este acelerado momento histórico que vivimos, se enfrenta el constitucionalismo de los países democráticos en su conjunto.

Desde esa amplia perspectiva, pues, iniciamos este Congreso Constitucional Internacional, que deseamos sirva como estímulo para el debate y el análisis intelectual, orientado hacia el futuro que queremos seguir construyendo, en este año en el que los españoles nos sentimos dichosos de celebrar los cuarenta años de nuestra democracia constitucional.

INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan José González Rivas

Excma. Sra. D.^a Ana Pastor Julián, presidenta del Congreso de los Diputados, Excmo. Sr. D. Pío García- Escudero Márquez, presidente del Senado, Excma. Sra. D.^a Rebeca Grynspan, secretaria general iberoamericana, Excma. Sra. D.^a Yolanda Gómez Sánchez, directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Excmos. Sres. diputados y senadores, Excmos. Sres. magistrados, Sres. catedráticos y profesores que intervendrán en este evento, autoridades, estimados miembros de la prensa que cubren este evento, señoras y señores, amigas y amigos.

Es un auténtico honor encontrarme con todos ustedes en esta magnífica Sala Europa del Senado, para participar en la sesión inaugural de este Congreso Internacional que las Cortes Generales, en colaboración con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, han organizado en el marco de los actos conmemorativos del cuadragésimo aniversario de nuestra Norma Fundamental.

Mis primeras palabras no pueden ser sino de agradecimiento, en mi nombre, y también en nombre de los magistrados y magistrados eméritos del Tribunal Constitucional que intervendrán como ponentes en esta jornada, por la encomiable labor que los organizadores han llevado a cabo para que este acontecimiento haya visto la luz de manera tan espléndida.

En tal sentido, aprovecho asimismo la presente ocasión para felicitar públicamente a los presidentes del Congreso de los Diputados, del Senado y a la directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucio-

nales, por los esfuerzos que están desplegando para celebrar la cuarta década de vigencia de nuestra Constitución.

De igual forma pública, me gustaría hacer propicio este momento para rendir tributo a las figuras de nuestra Transición, que partiendo de distintas ideologías, y comenzando por los ponentes de nuestro texto constitucional, con su sentido común, su conocimiento, su inteligencia política, así como con su perseverancia frente a las adversidades, contribuyeron decisivamente a configurar las condiciones de una España actual, próspera, garantista y moderna.

En línea con lo ya señalado por las precedentes y brillantes intervenciones, considero un acierto el enfoque metodológico que se ha dado a este congreso, y que aborda la Constitución de 1978 desde varios puntos de vista conectados entre sí y me gustaría subrayar:

- En primer lugar, su significado para varias generaciones de españoles, dado que operó en España un sustantivo cambio en todos los órdenes.

- En segundo lugar, la potenciación de la posición exterior de España, de particular relevancia en lo tocante a nuestra completa re inserción en Europa así como en lo relativo al relanzamiento de las relaciones con Iberoamérica, realidades ambas que se hicieron posibles gracias a la España constitucional;

- Y en tercer lugar, derivándose de lo anterior, un examen del presente y también del futuro de nuestra Constitución, que debería encaminarse a reivindicar, de un lado, la solidez y la vocación de durabilidad del texto constitucional, así como, de otro, su apertura hacia lo venidero y su propia capacidad de reforma.

La Constitución, como dejó escrito uno de sus padres, Miguel Herrero de Miñón, ha resultado, y sigue resultando, *una muy poderosa herramienta de convivencia libre, pacífica y democrática.*

Queridos presidentes,

Querida directora,

Señoras y señores,

El pacto constitucional de 1978, indefectiblemente ligado a una voluntad de consenso, marcó un antes y un después en la historia de nuestro constitucionalismo (desde 1812 a 1978) y logró el tránsito

pacífico desde un sistema autoritario a otro plenamente democrático. Nuestro sistema jurídico, bajo la forma política de la monarquía parlamentaria, configuró las bases y directrices de un Estado como social y democrático de derecho, dotando a éste de pautas para su efectiva descentralización.

Por ello, a diferencia de anteriores constituciones, la actual ha ido acrecentando, en su juventud primero, y ahora ya en su madurez, el valor que en sí mismo posee, y así, hoy, en contraste con el pasado de España, ya nadie discute la oportunidad de su existencia, ni los propósitos que propugna.

En particular, la Constitución ha sabido sustentar su supremacía normativa, recogida en sus artículos 9.1 y 9.3, al establecer la sujeción de todos los poderes públicos a la misma y concretar los principios de legalidad, jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y búsqueda de certeza y seguridad jurídica.

A su vez, dicha preeminencia proyecta sus plenos efectos tanto sobre el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas, vinculantes asimismo para todos los poderes públicos y cuyo contenido esencial es inobjetable y que se erigen en fundamento del Estado democrático de derecho, como sobre los principios rectores de la política social y económica, esenciales en el Estado social de derecho como Estado prestacional.

Centrándome en el valor intrínseco de nuestros derechos y libertades, no creo exagerar si digo que una inmensa parte del éxito constitucional de España radica en la arraigada convicción de que los mismos constituyen el eje definitorio de todo el ordenamiento jurídico.

Además, y en íntima conexión con el planteamiento precedente, la Constitución se ha revelado como un vehículo de transformación social, de acuerdo con el mandato contenido en su artículo 9.2. siguiendo los postulados básicos del artículo 3 de la Constitución italiana.

Por tal motivo, a través de su aplicación, nuestra norma fundamental sirve y ha de servir de marco integrador de convivencia entre españoles, propicia una modernización sin parangón de nuestra estructura económica y social, y a su vez ha significado para España el mayor periodo de paz, prosperidad y libertad que haya conocido en toda su historia.

Señoras y señores,

Esa capacidad para operar el cambio, por otro lado, debe a su vez relacionarse con el carácter abierto de no pocos aspectos de la Constitución, a cuya precisión ha coadyuvado el Tribunal Constitucional, en tanto que intérprete supremo de la misma.

Nuestro primer presidente del Tribunal Constitucional, Manuel García Pelayo, dejó dicho en una entrevista, allá por 1980, *que la brevedad del cuerpo legal que es una Constitución hace que, necesariamente, tenga algunos conceptos ambiguos. La función del Tribunal es precisamente determinar o concretizar esos conceptos ambiguos; pero en fin, esa es nuestra tarea y para eso estamos.*

Como no puede ser de otra manera, manifiesto mi total acuerdo con el presidente García Pelayo.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha defendido, desde sus primeras sentencias en 1981, la preeminencia de nuestro texto constitucional como ley de leyes, *afirmando la juridicidad de la Constitución y la constitucionalización del ordenamiento jurídico español en su plenitud.*

En segundo lugar, la labor del Tribunal ha tenido un impacto sobre la efectiva aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas en toda España, llevando a cabo un ingente esfuerzo para dotarlos de contenido, sentando sus parámetros interpretativos.

En especial, el Tribunal ha realizado un gran esfuerzo de asimilación y recepción de toda la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del artículo 10.2 de nuestra Constitución, que ordena que los derechos y las libertades públicas *se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

En tercer lugar, el Tribunal ha propiciado, en sus resoluciones, el proceso de descentralización política y administrativa del Estado autonómico, dentro del respeto a la indisoluble unidad de la nación española recogida en el artículo 2 de la Constitución. Particularmente, el Tribunal se ha erigido en actor principal de la delimitación e interpretación del llamado bloque de constitucionalidad.

En definitiva, las sentencias, autos y providencias del Tribunal Constitucional han servido al espíritu y a la letra de nuestra Carta Magna, y de forma específica han contribuido a democratizar España, a garantizar la supremacía de la Constitución, así como a convertir nuestro país en un Estado altamente descentralizado, respetuoso de cualquier minoría y escrupuloso con la protección de los derechos humanos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional no solamente ha ejercido su papel de intérprete supremo de la Constitución, sino también de garante jurídico de su defensa, tal como demuestran sus recientes sentencias 114/2017, de 17 de octubre, y 124/2017, de 8 de noviembre. Al defender jurídicamente la Constitución y el Estado de derecho, el Tribunal desea defender, sobre todo, la convivencia entre españoles, algo que sólo desde el respeto a la primacía de la Constitución y la ley puede darse de manera efectiva.

En efecto, como he señalado en más de una ocasión, el principio democrático, la defensa de los derechos y libertades y la supremacía de la ley conforman una triple dimensión irreductible de la Carta Magna, en la cual sus tres términos están indisolublemente ligados y resultan de igual valor.

Por tanto, si bien no puede existir democracia sin disfrute de los derechos humanos, tampoco puede haber ni verdadera democracia ni auténtico disfrute de derechos sin un respeto escrupuloso a la ley democrática, que no es sino la expresión de la voluntad popular. Ésta es la principal lección de nuestra norma básica, aquella que no debemos nunca olvidar.

Queridos presidentes,

Querida secretaria general iberoamericana,

Queridos diputados y senadores,

Transcurridos cuarenta años desde la entrada en vigor de la Constitución española, nuestro país se ha convertido en una de las más consolidadas democracias del mundo, así como en un relevante miembro de la Unión Europea y de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, que participa asimismo con protagonismo en los foros internacionales más destacados.

Como decía antes, el congreso que ahora inauguramos pretende examinar, con gran acierto en mi opinión, esta situación en dos sesiones,

una dedicada a Europa y la otra a Iberoamérica, desde el punto de vista de la práctica constitucional.

Es evidente, por un lado, que sin Constitución no habría habido integración real en Europa y en Occidente. La adhesión española al Consejo de Europa en noviembre de 1977 se hizo, según una expresión ya famosa, *por palabra dada*, esto es, bajo promesa de que la aprobación de la misma era ya algo imparable.

A su vez, la pertenencia de España al Convenio de Europa para la Protección de los Derechos Humanos, de un lado, y la integración efectiva en las entonces Comunidades Europeas, ahora Unión Europea, han supuesto beneficios de todo tipo a nuestro país, los cuales han resultado plenos en la medida en que han podido canalizarse gracias al sistema jurídico impulsado por nuestra Carta Magna.

Por su parte, la España constitucional también se ha mostrado como un socio fiable y activo para Occidente. Especialmente Europa se revela como un ejercicio de continua simbiosis, proceso al cual España, país convencidamente europeísta, ha contribuido y contribuye con lealtad y entrega.

Al mismo tiempo, la realidad iberoamericana ha sido, es y será constitutiva de España. Como dijo S.M. el rey Felipe VI en 2014 durante la sesión inaugural de la pasada Cumbre de Veracruz, *todo en España tiene una dimensión o una proyección iberoamericana*.

Dicha dimensión iberoamericana se proyecta en todos los ámbitos, incluyendo el del derecho y la justicia constitucional. Habida cuenta, además, de que si algo define al derecho constitucional iberoamericano es su diversidad, la lectura recíproca de jurisprudencia y así los intercambios doctrinales de todo tipo se suceden entre los órganos jurisdiccionales de nuestras naciones año tras año.

En esta línea, no quisiera dejar de destacar el valor que el Tribunal Constitucional de España concede a la Conferencia Iberoamericana de la Justicia Constitucional, cuyo objetivo es precisamente la consecución de la Comunidad Iberoamericana en esta materia.

Señoras y señores,

No quisiera concluir estas palabras sin antes hacer mención a las condiciones que nuestra Carta Magna ofrece para la convivencia y para

la tolerancia, para el encuentro y para la concordia, que se mantienen incólumes o incluso se han acrecentado con el paso de los años.

Por otro lado, creo que esta realidad no obsta para que se debata sobre la adecuación o la propia puesta al día del texto, a través de sus propios mecanismos de reforma, siempre y cuando haya un consenso decidido y extenso, social y político, sobre lo que es necesario reformar.

En este sentido, un reconocido jurista, que fuera letrado del Tribunal Constitucional, Ignacio de Otto, señaló que *la Constitución nunca fue más que un techo legal, de altura más o menos generosa, y lo que se cobija bajo ese techo obedece a factores ajenos a la propia ley constitucional. La Constitución hace posible la obra, pero no la realiza por sí misma.*

Nosotros, los españoles, las sucesivas generaciones de españoles que hemos vivido estos cuarenta años bajo el techo de la Constitución, así como las generaciones que vendrán, somos los llamados a realizar y a seguir realizando, esa obra, la de convivir y prosperar en paz, libertad, justicia y pluralismo, dentro de una Europa cada vez más unida.

Muchas gracias, con el deseo de que sean fructíferos los importantes debates en este relevante Congreso Internacional.

INTERVENCIÓN DE LA DIRECTORA DEL CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES (CEPC)

Yolanda Gómez Sánchez

Excma. Sra. presidenta del Congreso de los Diputados, Excmo. Sr. presidente del Senado, Excmo. Sr. presidente del Tribunal Constitucional, autoridades, colegas, señoras y señores.

Para mí es un verdadero honor estar esta mañana aquí, representando al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del que soy actualmente directora, aunque la colaboración del Centro en la organización de este evento es deudora del trabajo del anterior director, D. Benigno Pendás, al que correspondió impulsar actividades que tienen su reflejo público en estos días que conmemoramos este 40 Aniversario de la Constitución española.

La participación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en este Congreso Internacional tiene un significado muy especial, por cuanto una de nuestras líneas prioritarias de trabajo es la de organizar reuniones científicas en las que expertos de todas las latitudes puedan reflexionar libremente sobre los asuntos políticos y constitucionales. Por tanto, aunque este es uno de los trabajos más habituales del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, esta ocasión es singular porque se enmarca, como ha dicho la presidenta del Congreso de los Diputados, en el 40 Aniversario de la Constitución española de 1978.

En estos días tenemos la oportunidad de reiterar nuestra adhesión a la Constitución española de 1978; lo hemos hecho ya en actos anteriores y, personalmente, lo puedo volver a hacer esta mañana ante todos ustedes.

La labor de los constituyentes de 1978 nos permite estar hoy aquí, recordando aquel esfuerzo colectivo y plural y conmemorándolo. Celebramos el 40 aniversario de la Constitución por lo que representa: la decisión del pueblo de dotarse de un marco jurídico democrático en el que convivir. Yo soy constitucionalista, lo soy por profesión –como muchos de los presentes saben– pero, sobre todo, lo soy por convicción. Creo firmemente en nuestro sistema constitucional democrático y en la Constitución como el eje vertebrador del mismo.

Después de cuatro décadas de experiencia constitucional democrática estamos en un momento extraordinariamente importante para celebrar este aniversario de la Constitución española. La democracia requiere atención constante; puede verse sometida a avatares y a momentos de dificultad. Por lo tanto, es absolutamente imprescindible trabajar de manera continua, sosegada y reflexiva en defensa de nuestro sistema constitucional democrático. Reuniones científicas como la que hoy se inaugura permiten también la promoción y defensa de la democracia.

El programa de este Congreso Internacional recoge una pluralidad de ponentes y de temas que permitirán, como ya ha señalado la presidenta del Congreso, aunar visiones diferentes, distintos puntos de vista con una reflexión global sobre el sistema constitucional en diferentes países. Algunas ponencias, como las que componen la primera de las mesas, abordarán cuestiones relativas a la transición política en Iberoamérica pero también tendremos la oportunidad de analizar, en la segunda mesa, el significado de la Constitución española de 1978. Las relaciones con Europa y la proyección e influencia de la Constitución española serán objeto de análisis en la tercera y cuarta mesa. Finalmente, la quinta y última mesa se destinará al presente y el futuro de la Constitución de 1978 cuyo 40 aniversario celebramos en este acto. Las ponencias de este Congreso Internacional se recogerán, además, en una publicación monográfica auspiciada por el Congreso y por el Senado.

La reflexión política y jurídica que se realizará en este Congreso Internacional ofrecerá, sin duda, un resultado relevante; conoceremos transversalmente la situación constitucional de diferentes países y tendremos, como ya he señalado, la oportunidad de repensar la Constitución española en su 40 aniversario, de conmemorar las cuatro décadas de democracia constitucional, desde aquel 6 de diciembre de 1978 en el que el pueblo español, mediante referéndum, aprobó mayoritariamente

la Constitución, apostando por un cambio político y jurídico democrático en nuestro país.

No quiero terminar mis palabras sin agradecer al Congreso de los Diputados y al Senado, que nos acoge, la posibilidad que han dado al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de participar en este importante evento.

Muchas gracias.

II. SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: PRESENTE Y FUTURO

SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Manuel Aragón Reyes

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación de España

Me parece que para apreciar el significado de nuestra actual Constitución han de tenerse en cuenta tanto su procedimiento de elaboración como su contenido. Respecto del procedimiento, sus dos características principales fueron el consenso y el gradualismo. La pretensión, feliz, de que no fuese una constitución de un partido o de una determinada ideología se consiguió, tanto en la fase de iniciativa, que no surgió del Gobierno ni de un grupo parlamentario, sino de una ponencia especial del Congreso de los Diputados en la que estuvieron representadas las principales fuerzas políticas de la Cámara, como en el posterior proceso parlamentario de discusión, enmienda y aprobación, de manera que su texto final logró concitar los apoyos de la inmensa mayoría del Congreso y del Senado, y fue ratificado también de manera muy mayoritaria por el pueblo español en el subsiguiente referéndum.

De ese modo, la Constitución ha sido, sin duda, una constitución de todos, un acuerdo basado en el consenso, en el que unos y otros renunciaron a imponer las ideas que los dividían y se unieron en la búsqueda de los objetivos que sí compartían: democracia pluralista, Estado de derecho, autonomías territoriales sin quebranto de la unidad de la nación, derechos fundamentales con equilibrio entre los de libertad e igualdad. Con ese mismo espíritu de concordia se resolvió, además, la vieja querrela española entre monarquía y república, optándose por la monarquía parlamentaria, única forma de hacer compatible democra-

cia y monarquía. Ese consenso en su elaboración es, sin duda, una de las mejores cualidades de nuestra Constitución y por ello un dato a tener muy en cuenta para entender, correctamente, su significado. Cierto es que ese consenso también tenía la inevitable consecuencia de que, para lograrlo, hubo de acudirse, en ciertos puntos, a definiciones abiertas e incluso en algunos casos inconcretas o a silencios allí donde, en el proceso constituyente, no pudo llegarse a un acuerdo definitivo, pero aun en esos supuestos hubo consenso, aunque lo fuese “por indefinición”. Tiene importancia, claro está, el consenso sobre lo que la Constitución dice, pero no carece de ella el consenso sobre lo que silencia.

La otra característica del proceso constituyente fue el gradualismo, de tal manera que el texto constitucional no venía a establecer un sistema político enteramente nuevo, sino a consolidar y desarrollar unos cambios políticos y normativos que ya se habían producido antes de que la Constitución naciera e incluso antes de que el proceso constituyente formalizado se iniciase. El carácter gradual, evolutivo y no revolucionario, que tuvo la conversión de la anterior dictadura en un Estado constitucional democrático otorga un especial significado a la Constitución, y por ello ésta difícilmente podría comprenderse sin tener en cuenta la transición política que la precedió. La democracia que en diciembre de 1978 la Constitución proclamaría y regularía, ya era, en sus líneas generales, una realidad desde 1976-1977, como resultado de las reformas normativas que en ese tiempo se realizaron, y que hicieron posible la celebración, en junio de 1977, de unas elecciones democráticas, por sufragio universal, libre y transparente, de las que surgió un nuevo parlamento, las Cortes Generales, compuestas por un Congreso de 350 diputados designados directamente por la voluntad popular y un Senado en el que, si bien 41 senadores fueron designados por el rey, los 207 restantes lo fueron por elección directa de todos los ciudadanos. Como es obvio, esas elecciones pudieron ser democráticas porque en el momento de su celebración la democracia, el menos en sus aspectos sustanciales, ya se había establecido.

La monarquía parlamentaria que en diciembre de 1978 la Constitución proclamaría y regularía, también se fue adelantando a lo largo de la transición política. Primero, recuperándose el orden regular de sucesión en la Corona mediante la cesión, en mayo de 1977, por D. Juan de Borbón, de los derechos dinásticos a favor de su hijo, el rey D.

Juan Carlos, de manera que éste dejaba de ser sólo el sucesor del general Franco para pasar a ser el *legítimo heredero de la dinastía histórica*, como reconocería el art. 57.1 CE. Después, a partir de las primeras elecciones democráticas, con la ley sobre las relaciones provisionales entre el Gobierno y las Cortes Generales (un adelanto del régimen parlamentario que la Constitución después regularía), y con una práctica seguida por el rey de no usar los poderes que las Leyes Fundamentales del régimen anterior le atribuían (y que sí le valieron, destacadamente, para apoyar la transición política) y de desempeñar exclusivamente las funciones que, en la teoría y el derecho comparado, eran las propias de una monarquía parlamentaria.

El Estado con autonomías territoriales que prevé la Constitución ya había comenzado a prefigurarse antes de que ella naciera, con el establecimiento de las llamadas “preautonomías” que, si bien todavía de carácter administrativo, venían a anunciar un proceso de descentralización que la Constitución recogería. En este punto, y a diferencia de los anteriores (Estado democrático y monarquía parlamentaria) la Constitución no concretó y desarrolló la forma territorial del Estado, que dejaba para un momento posterior: el del surgimiento de las comunidades autónomas y la aprobación de los estatutos de autonomía. Aquí, el gradualismo no culminó, pues, con el texto constitucional, sino que ese texto lo prolongó, lo que quiere decir que el proceso constituyente, no formal (que terminó con la emanación de la Constitución), pero sí material (aunque rebajado de jerarquía normativa: se llevaría a cabo mediante leyes orgánicas) se extendería, en el ámbito territorial, al llamado “proceso autonómico”. Aunque ello no supuso, de ninguna manera, una completa “desconstitucionalización” de nuestro Estado de autonomías territoriales, ya que la Constitución sí estableció las bases (mediante definiciones, principios, reglas de procedimiento y de atribución competencial) que habrían de regir la organización territorial cualquiera que fuese, como resultado del desarrollo autonómico, la concreción final del modelo de entre las varias que la Constitución permitía. Justamente porque existen esas “bases constitucionales”, es decir, porque la Constitución pone límites al principio dispositivo en materia territorial, es posible en nuestro sistema el control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía.

Atendiendo ahora al significado de nuestra Constitución por su contenido, lo que puede decirse, con la brevedad exigida a la presente ponencia, es que se trata de una constitución parangonable con la de los Estados más auténticamente democráticos de nuestro tiempo, estableciendo una democracia representativa (con algunos complementos de democracia directa), una plena garantía de los derechos de los ciudadanos, una justicia independiente y unos mandatos de promoción de la igualdad y de respeto al pluralismo político y territorial. Regula, pues, un Estado democrático, social y de derecho, con una moderna monarquía parlamentaria que es pieza capital para la estabilidad del sistema, y con un firme reconocimiento de autonomía a las distintas comunidades que integran la nación española.

Quizás sea, en materia de organización territorial, donde puede encontrarse, en el contenido de la Constitución, su aspecto más peculiar, caracterizado por la mezcla, en sus cláusulas de apertura, de elementos historicistas y racionales, que han conducido a que hoy tengamos un Estado, el autonómico, pese a que pueda considerarse como una las diversas formas que el federalismo adopta, posee rasgos específicos que lo singularizan. Fragar en una constitución que se pretende racional-normativa, la mezcla, ya aludida, de elementos historicistas (identitarios) y racionales (generales o universales) no era fácil, pero en el ánimo de los constituyentes estaba la pretensión de que así podría conseguirse una mejor integración nacional basada en un equilibrio entre pluralidad y unidad.

Que esa mezcla tiene sus riesgos ya lo advirtió Manuel García-Pelayo al criticar el término “nacionalidades” del art. 2 cuando la Constitución se elaboraba, además de que el reconocimiento de los “derechos históricos de los territorios forales” en la disposición adicional primera de la Constitución podría alentar futuras pretensiones confederales. No obstante, también cabía entender que esas posibles “fugas” de la idea de constitución racional-normativa estaban frenadas por otras disposiciones constitucionales que garantizaban la supremacía de la Norma fundamental, su garantía por el Tribunal Constitucional y el aseguramiento de la igualdad de derechos de los españoles con la consiguiente prohibición de privilegios económicos y sociales derivados de la organización territorial.

En materia de la distribución territorial del poder no me parece, pues, un desacierto que el texto constitucional, además de inspirarse en el *esprit de géométrie*, también tuviera en cuenta el *sprit de finesse*. Sin embargo, ello obligaba a que en la aplicación de ese texto, en la vida de la Constitución, se mantuviera el delicado equilibrio que dicha combinación exige, esto es, que en materia territorial la pluralidad estuviese siempre acompañada de la lealtad, algo que, lamentablemente, no se ha respetado por algunos partidos e incluso por algunas instituciones en determinadas partes del territorio nacional. Este es, sin duda, el principal problema con el que hoy, a sus cuarenta años de vigencia, se enfrenta nuestra Constitución. Y ese problema no creo que pueda derivarse necesariamente de su texto, cuanto de su inadecuada, e incluso desleal, observancia. Como también de ello deriva la delicada situación de nuestra forma parlamentaria de Gobierno en los últimos tiempos. El régimen parlamentario únicamente funciona de manera correcta si las normas constitucionales se aplican respetando su espíritu y finalidad, en este caso el propio de nuestro parlamentarismo racionalizado, que, para evitar la inestabilidad del ejecutivo e incluso la ingobernabilidad, obliga al pacto entre los partidos sostenedores del sistema cuando no hay una mayoría política clara en el Congreso. La investidura presidencial no está prevista sólo para designar a un presidente del Gobierno, sino también para que éste pueda gobernar. Y lo mismo sucede con nuestra moción de censura “constructiva”, pues no está destinada sólo a remover al presidente anterior, sino a que el candidato propuesto, además de obtener los apoyos parlamentarios suficientes, reciba igualmente esos apoyos para el concreto programa de Gobierno que ha tenido que presentar y defender en la Cámara. Es de lamentar que nuestras fuerzas políticas no lo hayan entendido así en los últimos tres años.

Dicho lo anterior, que se refiere más a “realización” de la Constitución que al tenor de sus preceptos, si a la nuestra la juzgamos por su texto, me parece justo reconocer que tenemos una excelente Constitución, y si la juzgamos por el servicio que ha prestado durante los cuarenta años que lleva de vida, también me parece que los españoles nos podemos sentir orgullosos de ella. No es, por supuesto, una constitución perfecta, ninguna lo es. Pero sí una constitución que ha sido útil para garantizar la convivencia de los españoles en paz, progreso y libertad. Es cierto que tiene algunos defectos que la práctica ha puesto de mani-

fiesto, y en tal sentido hay que pensar, sosegadamente, en su reforma, pero los principales problemas políticos actuales que nos aquejan no derivan, como he dicho, tanto de esos defectos de la Constitución (algunos perfectamente resolubles por vía interpretativa) cuanto de que, a veces, o no se ha aplicado o se ha aplicado de manera inadecuada. Por ello, hoy, frente a los graves envites que está sufriendo desde posiciones por completo reprochables de deslealtad democrática y territorial e incluso de auténtica rebelión institucional, más que de reforma de la Constitución (siempre útil para mejorar el texto cuando las circunstancias políticas lo permitan), de lo que debe hablarse es de la defensa activa de la Constitución frente a aquellos que quieren destruirla con absoluto desprecio a lo que su elaboración y aprobación significó y al servicio que ha prestado hasta ahora.

Una defensa que ha de producirse desde la cultura, la política, la vida social, la ejemplaridad institucional y, por supuesto, también desde el derecho, pues nuestra Constitución, y cualquier otra, perecen si se abandona la convicción de que normatividad constitucional y política constitucional han de ir de la mano, y de que democracia y Estado de derecho, unidad de la nación y pluralidad territorial, son realidades que ni pueden ni deben separarse.

SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Santiago Muñoz Machado

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid
Académico de la Real Academia Española y Académico de las Ciencias Morales y Políticas

Puede contestarse a la cuestión del significado de la Constitución de 1978 desde las siguientes perspectivas: primero, histórica, examinándola a la luz de las demás constituciones que han regido en España; segundo, comparada, evaluándola en el contexto de las constituciones vigentes en los principales países europeos; y, en tercer lugar, considerando su eficacia para organizar los poderes y garantizar los derechos en España.

Examinaré estas tres cuestiones con la brevedad que se nos solicita.

Poco hay en la Constitución de 1978 que sea herencia directa de las constituciones españolas decimonónicas. La primera de ellas, la de 1812, formó parte de la generación de las constituciones revolucionarias, que pretendieron acabar con la sociedad estamental, resolver el problema de la concentración del poder en la persona del monarca absoluto, estableciendo su división, y hacer efectivos los tres derechos más caracterizados por los filósofos y políticos ilustrados: igualdad, libertad y propiedad. Seguía en todo esto el impulso de la primera constitución revolucionaria europea, que fue la francesa de 1791.

Pese a su importancia, tanto la Constitución francesa de 1791 y sus sucesoras inmediatas como la española de 1812, fueron constituciones efímeras, sustituidas en cuanto que la monarquía fue restaurada y las fuerzas del Antiguo Régimen volvieron a tomar posiciones en toda Europa tras la caída de Napoleón.

En España el constitucionalismo fue suprimido, pura y simplemente, desde el regreso de Fernando VII y solo después de su muerte el Estatuto Real de 1834 recuperó de modo bastante infiel la idea constitucional. Desde entonces los textos constitucionales, incluido un breve restablecimiento de la Constitución gaditana, se aprobaron y fracasaron a buen ritmo.

Las cuestiones disputadas, que repercutieron en la estabilidad de las sucesivas constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876 fueron las siguientes:

Primero, la titularidad de la soberanía. Reside ésta en el pueblo o nación según los constituyentes de Cádiz, a cuyas ideas trataron de acercarse las Constituciones de 1837 y 1869. Frente a esta concepción se situó la que defendió que la organización del Estado era una merced del monarca, una carta otorgada, como había enseñado la Restauración francesa en 1814 y 1830, y asumió el Estatuto Real de 1834 en España. En medio de esas tendencias se situaron las constituciones que aceptaron soluciones compartidas, en concreto las de 1845 y 1876, que fueron las más duraderas del siglo: la soberanía, sostuvieron, reside en la nación y en el monarca conjuntamente.

Segundo foco de tensiones: la libertad de pensamiento y religión y la libertad de enseñanza, que fueron causa de violentas disputas a todo lo largo del siglo. La confesionalidad católica del Estado, las restricciones a la libertad de expresión y el dominio absoluto de la enseñanza por las órdenes religiosas, fueron ámbitos que incubaron continuas crisis políticas.

Tercero, la descentralización del Estado. España fue, durante todo el siglo XIX (salvo el corto y excepcional periodo de la Primera República proclamada el 11 de febrero de 1873), un Estado marcadamente centralista. Las leyes municipales establecieron las fórmulas adecuadas para hacerla efectiva, entre las cuales algunas de carácter orgánico, como el sometimiento de los alcaldes a la línea jerárquica que, pasando por el gobernador civil, llegaba al Ministerio del Interior. Y otras de condición funcional, como el sometimiento a autorización de las decisiones municipales más importantes. Esta concepción de la organización territorial del Estado originó muy duros conflictos y algaradas a lo largo del siglo, con fuerza para derribar constituciones.

Cuarto, la separación de poderes se implantó con salvedades. Predominó la concentración del poder en el ejecutivo, que adoptó con frecuencia medidas de excepción y no tuvo inconveniente en desplazar o desconocer a las mismas leyes. El control del Gobierno y de la Administración pública por los tribunales se limitó a concretos asuntos reglados. No solo estuvieron exentas de enjuiciamiento la mayor parte de las decisiones administrativas, sino que se dejó por completo en manos de la Administración la facultad plena de ejecutarlas.

Y quinto, durante todo el siglo XIX y hasta la Constitución de 1931, la supremacía de la constitución sobre la ley no estuvo garantizada, de manera que el legislador ordinario adoptó decisiones que suponían desconocer los mandatos de la norma suprema sin necesidad de proceder a su reforma.

La idea de la constitución como norma superior que vincula a todos los poderes del Estado se mantuvo durmiente a lo largo del siglo XIX y primer tercio del XX, tanto en España como, en general, en el resto de Europa.

Una segunda generación de constituciones emergió al término de la segunda gran guerra europea del siglo XX. Alguno de sus analistas las ha caracterizado por suponer un nuevo comienzo de la era constitucional; son las constituciones *new begining*. Constituciones que no solo restablecieron los principios originarios del constitucionalismo sino que reforzaron el control del poder y las garantías de los derechos.

Es explicable que el liderazgo de esta generación lo tuviera la República Federal Alemana, que aprobó su Ley Fundamental en Bonn el 23 de mayo de 1949.

La renovación implicó a los derechos, para posicionarlos frente al legislador y convertirlos en fundamentales. La dignidad humana, pisoteada por el régimen nazi, emergió en la Ley Fundamental como el valor más elevado y más cuidadosamente protegido. El artículo 1, párrafo 1 se refiere a él, antes que a cualquier otra cosa, marcando su preeminencia: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. E inmediatamente, en los dos párrafos siguientes del mismo artículo, declara la nueva posición constitucional de los derechos: “El pueblo alemán, por ello, reconoce los

derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. Y concluye: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

Este artículo primero de la Ley Fundamental de Bonn resume el programa innovador que ha caracterizado a toda la segunda generación de constituciones en relación con la primera. Las consecuencias de esta proclamación de los derechos son visibles a lo largo de todo el texto. Los derechos no dependen, para su realización, de regulaciones legales, sino que tienen eficacia directa desde la constitución y vinculan a todos los poderes públicos, que han de respetarlos y tienen la obligación positiva de promover su plena realización. En tanto que se caracterizan por ser “fundamentales”, la constitución no los pone a disposición del legislador sino que los concibe como derechos subjetivos que pueden ser opuestos a cualquier decisión del poder público que los desconozca o limite indebidamente. Su observancia, en fin, puede ser exigida ante los tribunales de justicia.

Por primera vez, el legislador queda sometido a los derechos y no instalado por encima de ellos. Esta transformación constriñe la posición de la ley como expresión máxima de la soberanía parlamentaria, en favor de la retención por el pueblo de un núcleo indisponible de sus derechos. Se trata de una reserva última de soberanía por parte de su titular originario.

Esta nueva concepción de las relaciones entre el legislador y los derechos fundamentales de los ciudadanos tiene dos proyecciones visibles: primera, que las leyes que regulen los derechos no pueden hacerlo de un modo asfixiante que prive al derecho regulado de sus características principales. Esta es la denominada “garantía del contenido esencial de los derechos”. La segunda consecuencia es la implantación de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes. En la época en que emergió la primera generación de constituciones, los constituyentes no quisieron entregar a los jueces y tribunales ordinarios esta clase de controles, y hubo que esperar siglo y medio para que se generalizaran en Europa. Las constituciones de la segunda generación atribuyeron estas garantías frente a las leyes a un Tribunal Constitucional.

La Constitución española de 1978 pertenece, sin duda posible, a la generación de constituciones de la renovación, del renacimiento

constitucional del siglo XX, que siguen vigentes en los países europeos fundadores de ese movimiento. Es una hermana más joven y tardía que también, como aquellas, surge de las aflicciones de una guerra y una larga dictadura. Todos los valores, principios e instrumentos de gobierno que acabo de destacar están manifiestos en nuestra Constitución. Su articulado se extiende en la protección de los derechos individuales en términos parangonables.

Hay poco rastro, en su texto, de los problemas que plantearon las constituciones históricas del siglo XIX, todos los cuales han quedado superados.

Conviene destacar dos características más de nuestra constitución, también concordantes con las actuales constituciones europeas más caracterizadas: Se refieren ambas a la fijación de balances, contrapesos y límites al poder público, para evitar la concentración y el abuso.

La primera alude a la plena sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como proclama el artículo 9.1, o a la ley y al Derecho, como concreta el artículo 103.1 en relación con la Administración pública. Esta regla se hace efectiva mediante un control plenario de los poderes públicos bien por la justicia ordinaria para la impugnación de normas y resoluciones administrativas, bien ante el Tribunal Constitucional, cuando se trata de enjuiciar la validez de normas con rango de ley. Con esta plenitud del sometimiento a la legalidad de los poderes públicos se corresponde el derecho fundamental a la justicia (artículo 24 CE).

La segunda nota destacable se refiere a la división del poder. La tradición de las constituciones revolucionarias, del constitucionalismo de primera generación, que tuvo su primera concreción en la Constitución francesa de 1791 y en la gaditana de 1812, acogieron el principio de separación de poderes, que era la fórmula que la filosofía ilustrada había considerado clave para que el poder no abusara del poder. El principio pasó a ser una regla en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Su importancia para la organización ordenada de los poderes públicos se ha mantenido hasta hoy. La Constitución de 1978 protege esa separación repartiendo funciones exclusivas a cada poder. Utiliza predominantemente la técnica de las reservas: reserva de ley y reserva de jurisdicción son las más caracterizadas para impedir

los abusos del poder más necesitado de control y vigilancia, que en la tradición europea continental siempre ha sido el ejecutivo.

En el constitucionalismo norteamericano de primera generación, coetáneo con el francés, se añadió a la división horizontal del poder, hecha efectiva mediante la separación indicada, otra división de carácter vertical, consistente en repartir el poder entre diferentes instancias territoriales. En el caso de Estados Unidos, entre los diferentes Estados que formaron la Federación. Esta manera de diluir o achicar el poder ha tenido una entrada tardía en la Europa continental, si se exceptúa el caso de Suiza, y las frágiles soluciones alemanas de finales del XIX y primeros del XX. En España hubo un efímero y parcial ensayo de aplicar este tipo de soluciones federalizantes en la Constitución de 1931, pero la acogida efectiva de la división vertical del poder se ha generalizado, por primera vez en nuestra historia, en el marco de la Constitución de 1978.

Esta nueva organización territorial del Estado ha puesto fin a dos siglos de centralismo amparado en las constituciones promulgadas desde 1812. Ha supuesto una transformación radical del gobierno y administración de nuestro Estado, ejecutada en un tiempo asombrosamente breve.

Los resultados del cambio han sido positivos en general, tanto en punto al reparto del poder como por lo que respecta a la atención más inmediata y cercana de los intereses generales.

Todos los avances que el constitucionalismo de segunda generación ha impuesto, resolviendo los problemas con los que España tuvo que enfrentarse recurrentemente casi dos siglos seguidos, merecen ser celebrados. La Constitución de 1978 no es, todavía, la más longeva de nuestra historia, pero sí es la que con más éxito y de modo más directo y efectivo ha regido nuestra convivencia.

El único problema que se le ha resistido es el del nacionalismo catalán, ahora levantado de nuevo y vuelto de espaldas a sus mandatos. La solución de esta disidencia es el reto mayor de la actual generación de constitucionalistas.

CONSTITUCIÓN Y REGLAS DEL JUEGO

Paloma Biglino Campos

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid

I. UNA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE SUMA CERO

Me perdonará el lector cierto atrevimiento a la hora de analizar el significado y la proyección de la Constitución actual. No es posible aplicar las teorías matemáticas de los juegos al ámbito de nuestra Constitución, porque esa norma no es ningún juego y porque dichas concepciones sirven más para explicar acciones individuales que colectivas. Mi conocimiento de ellas es, además, muy aproximado ya que la ciencia matemática siempre me ha parecido rodeada de misterio. De las teorías de los juegos voy a extraer, por tanto, más los nombres que los conceptos.

Me parece sugestivo utilizar esos términos porque permiten ordenar, y comprender mejor, lo que ha pasado y lo que estamos viviendo. No creo que sirvan para predecir el futuro, pero pueden ser útiles para formular observaciones sobre cómo debería ser. Les resumo muy brevemente mi idea: la Constitución fue resultado de un proceso en el que todos los que participaron salieron ganando, esto es, de uno de esos juegos que ahora se definen como *win-win*. Con eso superamos una historia constitucional marcada por juegos de suma cero. Si no hacemos bien las cosas, podemos volver al pasado o, a lo sumo, quedarnos en el equilibrio del miedo o el equilibrio de Nash.

Es cierto que nuestra historia constitucional no es muy distinta de la que caracterizó a otros países de nuestro entorno. Ni en Francia, ni en Italia o Alemania, por ejemplo, las cosas fueron sencillas. Pero no

parece que este mal de muchos deba servirnos de consuelo ni nos exima de reflexionar acerca de lo que funcionó deficientemente.

Desde que las Cortes de Cádiz aprobaron la Constitución de 1812 y hasta 1978 subsistió el enfrentamiento entre términos antagónicos: primero fueron los liberales contra los absolutistas, luego los moderados contra los progresistas. Hubo más acuerdo en la etapa posterior, entre liberales y conservadores, pero el juego volvió a romperse de forma dramática durante la Guerra Civil. Todos sentimos admiración por la Constitución de 1931 pero justo es reconocer que muchas fuerzas políticas y sindicales nunca aceptaron las reglas de juego que dicha norma asentaban. A pesar de los esfuerzos de los gobiernos republicanos, había muchos enemigos que actuaban fuera y dentro del sistema. Al final, algunos de estos ganaron la partida, que perdió el Estado constitucional.

Durante este siglo y medio de enfrentamientos, más o menos intensos, hubo fuerzas políticas que ganaron todo, mientras que otras perdieron en la misma proporción. Las Constituciones, cuando las hubo, imponían un solo punto de vista que sólo podía superarse con levantamientos o golpes de Estado. Las nuevas fuerzas en el poder, antagónicas a las anteriores reproducían el mismo juego, aunque a su favor.

Sé que he simplificado mucho nuestra historia, porque hubo breves paréntesis donde no se dio tanta oposición entre contrarios. Es dudoso, además, que el resultado fuera exactamente cero, porque quizá hubo quienes ganaron mucho más de lo que otros perdieron. Pero quienes no ganaron nada fueron nuestro país ni el conjunto de ciudadanos que integran el pueblo español. A veces se nos acusa de ser demasiado críticos con nuestro pasado, pero lo cierto es que, cuando se examina el siglo XIX y gran parte del XX, no parece que haya muchas razones para cambiar de juicio, al menos en lo que respecta a la conformación de nuestro Estado constitucional.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1978: UN JUEGO SIN PERDEDORES

En 1978, el juego cambió, porque dejó de ser puramente competitivo para convertirse en cooperativo. Fueron la Ponencia, la Comisión Constitucional y estas Cortes Generales quienes elaboraron la Constitución pero, al hacerlo, dieron expresión a la voluntad de los ciudadanos de poner punto final a una historia de enfrentamientos. Se trataba, entonces, de conseguir que la Norma fundamental resultara provechosa

para todas las partes, de forma que no hubiera ni vencedores ni vencidos. En esta ocasión, el juego fue sin perdedores.

Es cierto que el juego no fue exactamente igual para todos. La Constitución quizá recoge más planteamientos de algunas fuerzas políticas que de otras. También es verdad que algunos prefirieron quedarse al margen. Pero me parece indudable que la norma fundamental tuvo un efecto conciliador, no sólo por la forma en que fue elaborada sino también por el contenido de lo que se elaboró. Así opinó el 87% de los ciudadanos que votaron a su favor el 6 de diciembre de 1978.

En muchas ocasiones se ha hablado del consenso, por lo que no voy a insistir más en esa idea. Sólo me gustaría señalar que no es exactamente un resultado, sino un procedimiento cuyo punto de partida es el pluralismo. Parte de reconocer que nadie es depositario de la verdad sino que los otros tienen el mismo derecho a mantener un punto de vista diferente. Para que todos ganen, la negociación y las cesiones son imprescindibles.

El contenido de la Constitución no es perfecto. Ahora bien, su carácter conciliador se pone de manifiesto a lo largo de todo su articulado.

Así, y en primer lugar, reconcilió a los ciudadanos con el poder, ya que fundamentó el orden político sobre la dignidad de la persona, reconociendo a los ciudadanos unos ámbitos de libertad que nunca habían disfrutado.

Además, la Constitución superó las dos Españas, al abrir cauces para que las diferencias políticas se resolvieran pacíficamente, primero en las urnas y luego en el Parlamento. Para asumir el gobierno ya no era preciso acabar con el contrario sino que bastaba con el apoyo de las fuerzas políticas predominantes en las Cámaras.

Por último, la Norma fundamental estableció las vías para conciliar los diferentes territorios que integran España. Es verdad que, en este ámbito, queda mucho por hacer, Pero nadie puede poner en duda que, al menos en los primeros años de vigencia, la Constitución logró articular unidad y autonomía.

III. EL JUEGO PARA LA REFORMA: ENFRENTAMIENTO, COOPERACIÓN O EQUILIBRIO DEL MIEDO

No es posible soslayar que durante estos cuarenta años han existido problemas. Tampoco cabe ocultar que vivimos en tiempos complicados.

España, como muchos otros países de nuestro entorno, se enfrenta a los retos que plantean fenómenos como son la globalización y los rapidísimos cambios tecnológicos, cuyas implicaciones en el mercado de trabajo, por ejemplo, todavía desconocemos. Hay, además, dificultades que aquejan específicamente a nuestro país, como son los que afectan a la integración territorial y laten bajo el conflicto con Cataluña. Estamos, además, en épocas de un populismo que busca el enfrentamiento y desprecia al contrario. Malos tiempos, pues, para que todos sigamos ganando.

No creo que los ciudadanos se hayan apartado del contrato social que dió lugar a nuestra Constitución. Es verdad que, según la última encuesta del CIS, la mayoría es partidaria de reformarla, pero no para acabar con el Estado social y democrático de derecho sino para perfeccionarlo. De los datos se deduce que hay que aumentar la cooperación entre entidades territoriales, mejorar los derechos sociales y las libertades, conseguir mayor igualdad para las mujeres y asegurar la transparencia y el control de actividad política. No se trata, pues, de desandar lo andado y cambiar de rumbo, sino de avanzar por el mismo camino.

En la teoría de los juegos, los matemáticos no dicen quién impone las reglas ni quién decide si se trata de un juego cooperativo o no cooperativo. El derecho constitucional, sin embargo, da una respuesta a estas preguntas. Las principales normas están en los preceptos de la Constitución que regulan su reforma y que exigen un elevado consenso de las Cámaras para que la modificación prospere. Pero hay reglas no escritas que imponen las fuerzas políticas. Son ellas las que tienen la capacidad de decidir si volvemos al pasado, en el que todos salimos perdiendo, o si seguimos jugando al juego que inauguró la Norma fundamental en vigor, con la que todos salimos ganando.

Mientras no haya acuerdo sobre esas reglas de juego y hasta que no seamos capaces de volver a cooperar como hicimos en 1978, lo más probable es que sigamos en el equilibrio de Nash, esto es, que nadie haga nada mientras no esté seguro de lo que harán los demás.

LOS RIESGOS DE UNA BUENA CONSTITUCIÓN VIEJA: TIEMPOS DE REFORMAS Y DEMOCRACIA DE CONSENSO¹

Javier García Roca

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid
Presidente emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España

1.- *Objeto de mi reflexión.* Los organizadores de este congreso internacional, celebrado en el cuarenta aniversario de la Constitución española de 1978, me piden una breve reflexión sobre su “significado y proyección”. Agradezco muy sinceramente a las Cortes Generales y a las otras instituciones la singular distinción y encomienda que me dispensan. Mi vida académica ha corrido en paralelo a la vida de la Constitución. Desde 1979, no he hecho otra cosa que estudiar la Constitución con respeto y esfuerzo, enseñarla con pasión, y contribuir a interpretarla como letrado del Tribunal Constitucional.

Esta mesa redonda pretende pues evaluar la importancia o valor de la Constitución de 1978 y los rasgos que la caracterizan y distinguen en nuestra -malhadada- historia constitucional y su resonancia o alcance comparado.

2.- *La identidad entre constitución y revisión y la bárbara costumbre española.* Recordaré que un gran poeta nacional como fue Jaime Gil de Biedma calificó la historia de España como la más triste del mundo, porque termina mal. Ojalá esta maldición secular no sea cierta sino una expresión desgarrada de literatura. Pero la verdad es que los españoles

¹ Texto expuesto el 4 de octubre de 2018 en el Congreso Internacional Constitucional celebrado en el Senado con ocasión de la conmemoración del 40 aniversario de la Constitución española y bajo los auspicios de las Cortes Generales y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

nos habituamos durante los siglos XIX y XX a la bárbara o incivilizada costumbre de construir una constitución sobre las ruinas de la anterior y temo no hayamos aprendido la lección. Salvo la Constitución de 1876, nuestras constituciones tuvieron una vida efímera y siempre fueron derogadas, dejadas sin efecto o sustituidas por otras sin intentar su reforma. Bien es verdad que otros países europeos (Francia, Alemania, Italia...) han tenido historias constitucionales no menos conflictivas. Pero los españoles hemos demostrado una proverbial incapacidad para reformar nuestras constituciones movidos por un cainismo muy ibérico y un extraño gusto por sostener sucesivos enfrentamientos y guerras civiles que destruyeron nuestro desarrollo económico y la convivencia ciudadana. Puede que hayamos vuelto a nuestros peores vicios. Mi antecesor en la Complutense, Adolfo Posada, reflexionaba en el verano de 1930 con cierta amargura sobre la reforma de la Constitución de 1876 y la necesidad de revisar y mejorar -decía- el régimen de las instituciones fundamentales del Estado, mas la revisión nunca se produjo y poco después se proclamó la II República; era imposible revisar aquel texto fundamental de la Restauración.

3.- *La dilapidada herencia del consenso constitucional. Renovar el pacto constitucional.* Convendría, sin embargo, enmendar ahora la deriva de la nave del Estado lo antes que se pueda y desde luego con prudencia, sin prisas y mediante transacciones recíprocas entre todas las fuerzas políticas, porque la Constitución de 1978 sí puede perfectamente actualizarse. Ha sido una buena constitución normativa, la mejor de nuestra historia.

Pero es menester para ello recuperar el mágico legado del consenso que nuestros padres y madres constituyentes nos dejaron y hemos dilapidado atolondrada y pródigamente desde hace demasiado tiempo. Aquel consenso constitucional nos llevó al más fecundo período de nuestra historia. Estimo imprescindible renovar el pacto constitucional mediante algunas reformas en normas de muy distinto rango y unas mejores prácticas, alcanzando nuevos compromisos entre generaciones, territorios y partidos políticos. Los pactos constitucionales son siempre dinámicos y no estáticos; la simple inacción deteriora las constituciones, no las defiende, y dista de resolver los problemas fundamentales de un Estado. Cualquier estabilidad constitucional reclama reformas y más aún en los sutiles equilibrios federales o cuasi federales como el nuestro

entre fuerzas centrífugas y centrípetas. Necesitamos reinventarnos para seguir unidos; volver a vivir “en” constitución, aminorando conflictos, muchos de ellos intrascendentes, pero que ocupan el espacio público con cuestiones nimias, fortaleciendo nuestra integración nacional y democracia representativa que están deterioradas. Por definición, la defensa de una constitución reclama actualizarla y por eso no es casual que las constituciones sean las únicas leyes que prevén su reforma. Pero algunos no advierten todavía este aserto y creen prudente lo que es arriesgado.

No puedo sumarme a la celebración del cuarenta aniversario de la Constitución si no es desde esta perspectiva y cautela, porque la situación actual me parece muy delicada, la peor crisis constitucional de estas cuatro décadas; defendamos nuestra constitución revisándola por consenso y actualizándola para seguir viviendo juntos otras cuatro décadas al menos tan buenas como éstas. Tenemos una constitución adecuada a los estándares del constitucionalismo, pero ha envejecido y la casa común reclama mantenimiento. En los últimos años, muchos jóvenes han censurado a nuestros partidos y parlamentarios que no nos representan, criticando la democracia representativa; hemos tenido graves episodios de corrupción política y algunos de ellos estructurales; nuestro parlamentarismo es predecible y mejorable respecto de algunas conocidas malas prácticas y desde luego de las normas que lo reglamentan; algunas instituciones del circuito de garantía albergan diversos problemas como el Tribunal Constitucional en la selección de sus magistrados, y aún más el Consejo General del Poder Judicial en su organización interna y la elección de sus vocales.

Pero, sobre todo, el Estado autonómico tiene defectos estructurales denunciados desde hace tiempo. Entre ellos, la problemática inexistencia de un Senado territorial como cámara de negociación política y elaboración de las leyes territoriales, singularmente las normas básicas, y sede de las relaciones de colaboración y coordinación. La cuestión viene agravada por una muy confusa e impracticable delimitación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, ubicada dentro de un inmenso “bloque de la constitucionalidad” que cambia constantemente impulsado por un improcedente principio dispositivo que debería derogarse. En ese confuso caldo de cultivo, con permanentes conflictos competenciales sobre el alcance de las políticas autonómicas y sus límites,

han crecido fácilmente fuerzas nacionalistas, que en su último estadio defienden la secesión de Cataluña mediante métodos unilaterales y al margen del Estado de derecho, y no hemos sabido encontrar soluciones.

4.- *Hacer una constitución y reformarla exige decisiones políticas.* James Bryce nos enseñó que la reforma de la constitución es una decisión política y, en parte, ajena al derecho constitucional. Reclama medir los tiempos, elegir lo sustantivo y diferir los asuntos accesorios, o abandonar los triviales que carecen de supremacía material, así como acertar en comunicar con acierto lo que se está haciendo en las Cortes Generales a la opinión pública, para mostrar que la deliberación y la representación política conectan con los intereses y los deseos de los ciudadanos. Son labores y responsabilidades muy difíciles y propias de un compromiso parlamentario que es el verdadero corazón de la democracia representativa, por más que deba completarse con mecanismos de participación ciudadana. Numerosos expertos independientes llevamos muchos años estudiando las normas constitucionales, las instituciones y sus defectos y sugiriendo reformas parciales, pero sólo podemos acompañar con modestia el liderazgo político. El derecho constitucional debe seguir a la política y actuar como la forma del poder. Necesitamos una voluntad de acuerdo y transacción que ahora mismo lamentablemente no advierto desde hace mucho tiempo. No deberíamos seguir así.

5.- *La ausencia de unas condiciones materiales. Pero las constituciones sin mantenimiento se quiebran.* Nos falta lo que Costantino Mortati llamó una “constitución material”, una ambigua noción que describe el conjunto de fuerzas políticas que crean e impulsan una constitución formal o normativa, y James Bryce denominó con más modestia “unas condiciones materiales” que permitan la reforma constitucional. Podría bastar con satisfacer dos condiciones: una mayoría parlamentaria y gubernamental que lidere la reforma, y un compromiso de todos los grupos parlamentarios que lo deseen de llevar la reforma a buen puerto. La minoría que pueda participar del acuerdo y la deliberación y voluntariamente se excluya no puede pretender bloquear la reforma dada su falta de empatía constitucional. Claro está que la consecución de esas condiciones no bajará del cielo como un *deus ex machina*, sino que sólo puede conseguirse con trabajo y paciencia mediante consensos y transacciones recíprocas y generando direcciones políticas de Estado. Pero aún estamos muy lejos de ello y su consecución no será pronta.

Advirtamos, no obstante, que el clásico norirlandés sostenía que una constitución rígida es como un puente de hierro: soporta tormentas y crecidas de caudal, pero, si no recibe mantenimiento, antes o después se quiebra, o sobrevienen revoluciones o algaradas, como las que lamentablemente ya han ocurrido en los graves sucesos de octubre de 2017 en Cataluña. No tocar la constitución por el temor a equivocarnos puede ser no menos arriesgado. Una admonición que han hecho muchos clásicos del constitucionalismo.

6.- *Elogio de la Transición y de la Constitución de 1978*. La transición española a la democracia y la Constitución fueron un gran éxito y así lo hemos creído prácticamente todos durante décadas. Los constitucionalistas hemos viajado por el mundo invitados a explicar la buena nueva. Los españoles hemos narrado con orgullo las ricas experiencias de nuestra transición a una democracia constitucional que nos permitió salir de la dictadura y del aislamiento internacional, recuperar los derechos fundamentales de las personas, construir un intenso autogobierno de nuestras nacionalidades históricas y regiones en un viejo Estado muy centralizado desde los inicios del siglo XVIII -cuando se deshizo el Estado compuesto de los viejos reinos-, crear un parlamentarismo racionalizado y gobiernos estables, consolidar una justicia constitucional que ha perfeccionado mucho nuestro ordenamiento jurídico, e integrarnos con ilusión en Europa; en suma, la erección de un Estado de derecho que nos ubicó en la pequeña familia de las democracias constitucionales como un alumno aventajado.

En los últimos años, sin embargo, algunos han efectuado análisis históricos diacrónicos muy críticos respecto de la Transición, que estimo que son injustos, pues la historia no puede escribirse en subjuntivo, sino tras observar detenida y distanciadamente las circunstancias del momento con un enfoque sincrónico. Me parece un error de perspectiva. La elaboración de la Constitución fue un gran éxito, pese a las difíciles circunstancias en las que tuvo que elaborarse. El resultado del heterodoxo proceso constituyente de 1978 fue una buena ley fundamental, plenamente equiparable a las demás constituciones europeas. Recibimos una rica herencia del constitucionalismo europeo del período de entreguerras y de la segunda posguerra, acrecentando este legado.

Ciertamente, nuestra constitución fue más derivada que originaria en la mayor parte de sus aspectos, habida cuenta de nuestra falta

de tradiciones democráticas y de una cultura constitucional en 1977, pero lejos de resultar un defecto resultó una ventaja al aprovecharnos de algunas buenas experiencias comparadas, *verbi gratia*, en el diseño del parlamentarismo y la estabilidad gubernamental, la justicia constitucional concentrada, el Estado social y democrático de derecho, las fuentes del derecho, y el reconocimiento de los derechos fundamentales y su garantía.

7.- *Respeto a la constitución no es intangibilidad ni “eternity clause”*. Tal fue el éxito de la Transición y de la Constitución de 1978 que podemos haber caído en el riesgo de confundir un decente respeto a la Constitución, símbolo de nuestra unidad y democracia, con la inconveniencia de su revisión. Mas nada es eterno en derecho. La revisión es un ingrediente estructural del concepto de constitución, aún más que en cualquier otro derecho codificado. Desgraciadamente, ningún momento constitucional se asemeja a la consagración de la primavera, y es una desconcertante paradoja tener que construir las bases estables de un Estado en momentos de turbulencia. Debemos desechar un mito muy extendido. Las constituciones se escriben cuando les hacen falta a las naciones, tal y como se puede, lejos de cualquier ortodoxia académica, y a menudo en momentos nada sencillos como *verbi gratia* ocurrió con las Constituciones españolas de 1812 y 1931 o en la segunda posguerra europea. Parece que hemos olvidado nuestra historia. Esperar a hacer reformas a hipotéticos y futuros mejores momentos es una falacia, un argumento sólo en apariencia cierto y que difiere *sine die* la solución de las cosas, empeorando las situaciones. La arquitectura de las casas y las constituciones se arregla cuando se deterioran y no queda más remedio.

8.- *La experiencia de un desarrollo constitucional adecuado*. Durante dos décadas, en especial de 1979 a 1996, realizamos un buen desarrollo constitucional. Un proceso que nos llevó a aprobar numerosas leyes que regulaban los derechos fundamentales, los estatutos de autonomía de diecisiete comunidades autónomas, y a adherirnos a las entonces Comunidades Europeas, recibiendo un amplio acervo de normas y un flujo de ayudas dentro del mercado único que fueron decisivas para nuestro progreso económico y una mejor ordenación interna. Estabilidad constitucional, integración europea y un prolongado desarrollo económico cambiaron la faz atrasada de España, modernizándola. Alcanzamos un muy razonable nivel en los servicios públicos esenciales

(sanidad, educación y seguridad social), construimos un sistema de derechos fundamentales que ha recibido muy pocas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consolidamos un largo período de actividad parlamentaria con elecciones regulares y gobiernos estables, organizamos un Tribunal Constitucional garantista que ha sido la joya de la corona y cuyas sentencias principales tuvieron impacto en muchos países de Iberoamérica y Europa, y completamos con cierta prontitud un complejo desarrollo de un modelo territorial muy descentralizado tras numerosos trasposos de competencias y medios personales y materiales. Esto fue así por más que nuestra forma territorial del Estado nunca dejara de tener un alto nivel de conflictividad, que es estructural al modelo y a la persistencia de asimétricas tensiones con los diversos nacionalismos internos. Se trata de un rasgo muy complejo de nuestra difícil constitución histórica y en parte derivado de nuestra configuración como Estado. ¿Quién habría podido imaginar este luminoso escenario tras cuatro décadas de oscura dictadura?

9.- *El progresivo deterioro institucional, la pérdida del consenso y la erosión de la Constitución. La constitución vieja y la crisis constitucional.* Pero nuestra buena constitución rígida, pronto consolidada, fue erosionándose al no afrontarse, legislatura tras legislatura, los nuevos problemas hasta convertirse en una constitución vieja y algo deteriorada en su eficacia normativa y virtualidad integradora; así ocurre con las constituciones que no se reforman. Nada es perfecto mucho tiempo y la falta de compromisos parlamentarios y direcciones políticas de Estado, al cabo del consenso que sí tuvimos en la Transición, impidió regenerar las instituciones y acomodar las normas constitucionales poco a poco. Al llegar a este aniversario, advertimos que se han ido acumulando tareas pendientes. En el 30 aniversario de la Constitución, en 2008, la Asociación de Constitucionalistas de España ya publicó un estudio colectivo de sus socios sugiriendo revisar la Constitución. Nada se ha hecho en esta década, salvo la reforma del artículo 135 CE en 2011, sobre el freno constitucional al endeudamiento, que vino impuesta por las normas de la Unión Europea y puede considerarse derivada en cuanto impulsada por ella.

La gran recesión iniciada en 2007-2008 no hizo sino incrementar los defectos y amplió la visión de algunos problemas sociales que hemos tenido hasta hacerlos estentóreos: altos niveles de desempleo juvenil y

de los mayores, precariedad en el empleo, emigración de muchos de nuestros jóvenes mejor preparados, recortes en las prestaciones sociales hasta dañarlas, deterioro de los servicios públicos -las universidades públicas hace más de una década que no renuevan sus plazas de profesores numerarios y los más viejos no sabemos quiénes nos sustituirán-, y el estallido de constantes informaciones sobre la corrupción política en ocasiones ligada a la actividad de algunos partidos. Recortes en las prestaciones sociales y corrupción política suman una ecuación con incógnitas muy peligrosas para cualquier democracia constitucional.

Por otra parte, nuestros partidos tradicionales fueron objeto de duras críticas por los nuevos partidos que reclamaban una “nueva política”, como ya se hizo antaño en tiempos de José Ortega y Gasset y de Adolfo Posada. Pese a ello, las Cortes Generales han continuado funcionando con discutibles prácticas y obstruccionismos y unos reglamentos parlamentarios muy antiguos y obsoletos, tras el fallido y buen intento de actualizarlos bajo la presidencia del Congreso del Sr. Marín, iniciativa que debería recuperarse, pues no es una cuestión baladí la cocina de la política. El Tribunal Constitucional perdió parte de su autoridad tras numerosas renovaciones de sus magistrados realizadas muy fuera de plazo y fundadas en una lotización de los candidatos, lo que aminora el prestigio de un órgano jurisdiccional y su apariencia de independencia, y, sobre todo, después del largo y desdichado episodio del Estatuto de Cataluña, cuyas consecuencias ahora pagamos, y de dictarse una serie de decisiones muy centralizadoras en materia autonómica y escasamente suasorias en relación con las políticas sociales de las comunidades autónomas que intentaban paliar los efectos de la crisis en los derechos sociales. El Consejo General del Poder Judicial va ya por el cuarto o quinto modelo legal sin que hayamos logrado asentar su funcionamiento en la división de poderes. Los sucesivos gobiernos abusan frecuentemente del excepcional recurso a la legislación de urgencia según la Constitución y un largo etcétera de cosas que los observadores de la Constitución conocen de sobra. Todas las constituciones vividas suscitan problemas, pero los nuestros, sin ser dramáticos, poseen innegable relevancia.

10.- *Un episodio nacional: el grave conflicto constitucional en Cataluña y la intervención extraordinaria de los órganos de la Generalidad como aldabonazos.* Este confuso panorama de crisis constitucional,

no muy alentador, ha permitido a las fuerzas independentistas convencer a muchos catalanes de que la secesión era una alternativa real -y no una utopía irrealizable- no sólo para incrementar el autogobierno, sino para sanear la democracia en una república y recuperar los derechos sociales perdidos, y persuadirles de que eran titulares de un llamado “derecho a decidir” que las constituciones no reconocen. Aunque hasta donde yo sé jamás han expuesto con detalle las pautas de ese diseño renovador y sus nuevos principios republicanos. Así de mal han llegado a estar las cosas y no sirve de nada ocultarlo si queremos mejorarlas y llegar a celebrar los 50 años de la Constitución.

Éste es, sin duda, nuestro principal problema: reconstruir la unidad política y los lazos de solidaridad interterritoriales mediante un diálogo constante, trabajando en todo tipo de comisiones, de forma bilateral y multilateral, y adoptando mejoras en problemas concretos, así como elaborando políticas entre las fuerzas constitucionales que divulguen una narrativa española en Cataluña sobre las ventajas de nuestra unidad.

Sin embargo, el intento de declaración unilateral de ruptura que entrañó la aprobación por el Parlamento de Cataluña de las insólitas leyes de referéndum y de transitoriedad jurídica, todo un intento de destrucción frontal de la Constitución y del Estado, llevó a que el Gobierno, con la autorización del Senado, interviniera los órganos de la Generalidad de Cataluña mediante la aplicación de artículo 155 CE, después de desoírse por las autoridades secesionistas numerosas resoluciones y medidas del Tribunal Constitucional. También sobrevino la prisión preventiva desde hace más de un año de algunos dirigentes comprometidos con la tentativa de secesión o su huida al extranjero para no afrontar sus responsabilidades por los graves delitos derivados del manifiesto incumplimiento de las leyes. Las libertades de expresión e ideológica amparan desde luego la defensa de posiciones independentistas en una democracia constitucional como la española, que no es militante, pero no pueden comprenderse como una patente de curso para incumplir discrecionalmente la Constitución, el Estatuto de Autonomía y buena parte de las leyes españolas y autonómicas, violando los derechos políticos de las minorías, casi tan amplias como la misma mayoría, y no menos catalanas. Esta actitud se llama, en la tradición del constitucionalismo, tiranía. Por el contrario, es preciso recuperar la democracia y

el Estado de derecho en Cataluña, favoreciendo el entendimiento entre los catalanes, cualesquiera que sean sus posiciones, como paso previo al diálogo con el resto de España.

¿Quién podía imaginar, en el buen escenario del consenso de 1978, que la intervención o coerción estatal tendría que ser usada en Cataluña y algunos políticos sometidos a responsabilidades penales ante los tribunales? Hemos venido explicando durante años el artículo 155 CE aseverando que era una espada de Damocles que estaba allí para no tener que ser usada. El grave conflicto constitucional en Cataluña debería impulsarnos, al modo de un aldabonazo, a reconocer el estado de las cosas y a comenzar a regenerar nuestras instituciones, rectificando algunos de nuestros errores. No definiendo, claro está, que reformemos la Constitución sólo por Cataluña, sino para poner al día la casa de todos los españoles. Pero qué duda cabe de que un proyecto constitucional moderno, compartido e ilusionante, un nuevo pacto constitucional, contribuiría a que un porcentaje de los ciudadanos catalanes que desean la secesión de Cataluña -y han llegado a ser un 47%- se contenten -aunque sea con escepticismo- con una buena ordenación del autogobierno y las evidentes ventajas de un amplio Estado compuesto, y así lo confirman todas las estadísticas. La reforma constitucional, junto a un paquete de medidas y políticas acertadas, sería una buena forma de renovar la unidad de los españoles. Las crisis constitucionales se arreglan con políticas y reformas, no desde la inacción.

11.- *Un compromiso de compromisos como condición previa.* Por más que no pueda iniciarse un procedimiento constitucional si no es con prudencia y después de alcanzar ciertos compromisos, en particular, el acuerdo de dos tercios o tres quintos de los parlamentarios de no levantarse de la mesa hasta cerrar la reforma: sellar una obligación de resultado. Pero esperar a saber con detalle cada uno de los ingredientes de la reforma constitucional al modo de las cláusulas de un contrato, el llamado consenso de partida, es una condición que hace imposible cualquier reforma y una contradicción en sustancia. Los compromisos constitucionales son el resultado de un nada breve procedimiento constitucional deliberativo e inclusivo. No podemos olvidar el tiempo que costó precisar los contenidos de la Constitución de 1978 cuyos detalles aún no se conocían en 1977, más allá de las decisiones políticas básicas.

12.- *Un pluripartidismo nada moderado impone una democracia de consenso y gobiernos de coalición o pactos estables de legislatura. Una democracia de consenso facilitaría la reforma.* Nuestros partidos tradicionales han sido objeto de duras críticas por los nuevos partidos, desapareciendo el escenario de un bipartidismo imperfecto hasta alcanzarse un tetrapartidismo imperfecto con cuatro grandes partidos y una decena de partidos con representación parlamentaria. Un pluripartidismo bastante fragmentado al que no estábamos habituados. Tenemos un sistema de partidos y un subsiguiente parlamentarismo que, por definición, no puede funcionar con estabilidad y gobernabilidad sin una democracia de consenso y constantes acuerdos de legislatura y gobiernos de colación. Necesitamos la cultura política que Arend Lijphart calificó como “*consociationalism*” en su conocida tipología de los modelos de democracias; ya no podemos mantener una democracia mayoritaria y de alternancia, porque partido alguno alcanza suficientes escaños para gobernar en solitario con suficiente estabilidad y eficiencia. Pero nuestras fuerzas políticas aún no han ajustado su funcionamiento y concurrencia electoral a las reglas del nuevo sistema de partidos, y continúan actuando cómodamente con las mismas inercias mientras los problemas sin resolver se acumulan. Hemos empezado a tener problemas incluso en la estabilidad gubernamental con un gobierno en funciones durante 315 días en 2017, y una endeble mayoría gubernamental en 2018 que tiene problemas para aprobar las leyes y el presupuesto. ¿Qué más hace falta para convencerse?

13.- *El ejemplo de las comunidades autónomas.* El mismo fenómeno ya ha ocurrido en las formas de gobierno de nuestras comunidades autónomas, si bien en el *Informe de las comunidades autónomas* llevamos varios años dando noticia de su mejor adaptación al nuevo sistema mediante distintos acuerdos en las investiduras presidenciales o en los gobiernos y asambleas legislativas. Es inevitable que el salto se dé también a nivel nacional de no volver a transformarse otra vez el sistema de partidos. Si esa cultura parlamentaria llegara a las Cortes Generales, resultaría mucho más sencillo no sólo la gobernación, sino también alcanzar unas condiciones materiales que permitieran reformar la Constitución a medio o largo plazo. Pero una nueva cultura política no se dispensa en las farmacias, sino que se genera lentamente y con esfuerzo cuando se cae en la cuenta de la tozudez de los hechos. Los juristas con-

fiamos en las transformaciones normativas, la reforma constitucional entre ellas, para modificar gradualmente el estado de las cosas como parte del mejor pensamiento ilustrado. Toda constitución tiene una pretensión racionalizadora e iluminista y también sus reformas.

14.- *Compromiso de compromisos. Los riesgos de las mutaciones constitucionales. Reformas por paquetes en distintos niveles normativos y buenas prácticas.* Cuando hablamos de reforma constitucional en España, no nos referimos únicamente a los procedimientos regulados en los artículos 167 y 168 CE, sino a una perspectiva más amplia. Revisar las normas, regenerar las instituciones y recuperar los derechos puede reclamar reformas en normas de muy distinto rango, incluso a veces puede bastar con adoptar buenas prácticas como ocurriría con una más exigente designación de los titulares de los órganos del circuito de garantías. Del mismo modo, no creo que sea la opción más conveniente una única reforma constitucional de objeto múltiple, una hidra de muchas cabezas imposible de explicar a la opinión pública. Éste fue probablemente el error de la fallida reforma Renzi. Es una explicación plausible creer que sería más sencillo ir aprobando algunas reformas parciales por paquetes. Pero sólo contemplando los problemas desde arriba y sin desdeñar la reforma de la Constitución como fuente del derecho pueden hallarse soluciones. La mera ingeniería constitucional ya se ha revelado insuficiente en sucesivos intentos (recordemos las experiencias de la Comisión General de las Comunidades Autónomas, o el conflicto en defensa de la autonomía local) y sabemos las distorsiones que genera.

Un 69,6 % de los españoles considera necesario reformar en estos momentos la Constitución, según una encuesta del CIS de este mismo mes de septiembre de 2018, y los representantes del pueblo deberían ser receptivos a los deseos de sus representados.

Advertiré además que tenemos decenas de mutaciones constitucionales en virtud de cláusulas estatutarias, normas legales manipulativas, sentencias e interpretaciones constitucionales constructivas de normas, e incluso usos y costumbres; y recordaré que la mutación no es una alternativa a la reforma constitucional, sino un complemento; con más razón, cuando la flexibilidad o adaptabilidad de una constitución rígida -lo que podemos llamar su “resiliencia constitucional”- ya se ha dilatado mucho y puede quebrarse. Cambiar las constituciones únicamente

mediante mutaciones en las leyes e interpretaciones constitucionales no es una buena alternativa, pues tiene serios límites derivados no sólo del tenor literal de las normas constitucionales y de sus insuficiencias o lagunas, sino también de la merma en legitimidad democrática y eficiencia de las normas constitucionales y de la confusión que se genera.

15. *La problemática del referéndum constitucional como requisito de la reforma. El poder de reforma es derivado y no un poder constituyente.* Es bien sabido que nuestra Constitución contempla un procedimiento ordinario de reforma (artículo 167) para la generalidad de las cuestiones, y otro agravado (artículo 168), y que sólo algunas decisiones políticas básicas que en el apartado 1º del artículo 168 se enumeran reclaman su aprobación en referéndum. La consulta es meramente potestativa en la vía ordinaria a instancias de una minoría, una décima parte de los miembros de una cámara. El referéndum deviene así un instrumento de bloqueo en manos de las minorías excluidas del pacto constitucional, más que un mecanismo de aprobación, y éste es otro de los problemas. Nuestra buena Constitución se suma así a un diseño normativo muy generalizado en las constituciones europeas e iberoamericanas, según el cual la convocatoria de un referéndum o bien no es necesaria si se alcanzan unas mayorías parlamentarias cualificadas -en Alemania incluso se prohíbe-, o sólo debe producirse ante decisiones políticas de cierta importancia a la hora de revisar una constitución.

Ahora bien, aunque no puedan ocultarse los riesgos de todo referéndum, un instrumento de resultados no siempre predecibles, su convocatoria me parece inevitable y constitucionalmente adecuada, ya resulte obligatorio *ex artículo 168 -ratione materiae-* o simplemente facultativo *ex artículo 167 CE*, en cualquier reforma constitucional de cierta entidad -y no meramente técnica- en estos delicados momentos de nuestra democracia. El dato debe sopesarse. Se ha producido un deterioro tanto del pacto representativo como del pacto territorial que el compromiso constitucional construyó. De suerte que probablemente sería inaceptable hacer una reforma de la Constitución de fondo para actualizar esos pactos sin someterla a una consulta popular que garantizase el apoyo ciudadano y la integración política que toda buena reforma constitucional dispensa. En estos momentos de crisis de la representación y del equilibrio territorial, modificar la Constitución sin someter el acuerdo parlamentario a un referéndum popular me temo

que no arreglara nada, y no incrementara la integración política, por muy bien hecha técnicamente que estuviese la reforma.

No obstante, es razonable creer que no se exijan los mismos requisitos ni la misma rigidez para hacer una constitución y ejercer un poder constituyente que para reformarla mediante un poder derivado. Confundirlos es un error muy extendido, pero se trata de dos poderes distintos. Desde finales del siglo XIX, la doctrina cree -por influjo de Bryce- que las viejas constituciones liberales fueron muy exigentes con los requisitos del procedimiento de reforma y que debe desdramatizarse y normalizarse la revisión en una constitución democrática. Esta es la perspectiva moderna. La convocatoria o no de referendos depende de la cultura y la historia de cada país. Los plebiscitos fueron usados durante la dictadura como una alternativa a las elecciones democráticas; justo por eso nuestros padres y madres constituyentes diseñaron una constitución férreamente representativa. Es sensato pensar que la aprobación de un referéndum sobre un objeto que incida en la forma territorial del Estado, los derechos sociales o la democracia representativa pueda considerarse oportuna, pero no es muy lógico razonar del mismo modo sobre otros aspectos más técnicos como puede ser el aforamiento de algunos cargos que ahora se discute. Hacer del referéndum un requisito ineludible de cualquier reforma constitucional parcial no es la regla general en derecho comparado y carece de un suficiente fundamento teórico, pues existen muchos otros ámbitos abiertos a la participación política. El referéndum no es un instrumento taumatúrgico por la forma traumática en que divide las sociedades ante conflictos muy intensos, y porque es hartamente complejo implementar después las decisiones adoptadas de un modo simplificador. Todavía andan los británicos preguntándose qué quiere decir *Brexit*.

16.- *¿Qué hacer? ¿Por dónde empezar? Reformar el Senado, la Constitución territorial y algunos derechos sociales. Los informes y trabajos de expertos.* Un equipo de una veintena de juristas de distintas sensibilidades políticas, género, edad y especialidades trabajamos durante todo 2013 el informe *Pautas para una reforma constitucional. Un informe para el debate* que se publicó en 2014. Se trata de un estudio en el que revisábamos, tras largas discusiones, algunos de los defectos e insuficiencias más importantes, y, sin afán de exhaustividad alguna, sugeríamos algunas ideas bastante compartidas entre los expertos,

mostrándonos respetuosos con la decisión política sobre las prioridades y los contenidos, y, por la misma razón, allí donde hallábamos diversas opciones nos limitamos a mostrar las cuestiones como abiertas con afán de iniciar un debate. El estudio tuvo cierto impacto.

Más recientemente, una decena de expertos coordinados por los profesores Santiago Muñoz Machado y Eliseo Aja editamos a finales de 2017 un estudio más breve -en el que igualmente participé- titulado *Ideas para reforma de la Constitución* que se centraba únicamente en la reforma de la Constitución territorial al considerarla la más urgente. Su difusión ha sido notable.

Existe asimismo un acuerdo del *Consell* de la Generalidad Valenciana para la reforma de la Constitución editado a principios de 2018, así como muchos otros materiales, libros y artículos entre los que conviene recordar por su autoría el *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución* de 2006 dirigido por su presidente Francisco Rubio.

Me limitaré ahora a asumir plenamente las recomendaciones que hicimos en *Ideas para una reforma de la Constitución* cuyos autores hemos debatido en muchas sedes. No tendré tiempo de explicarlas, pero son tesis ya muy conocidas y estudiadas y puedo detallarlas en el debate, sometiéndome a su discusión. Simplemente las sintetizaré. Las reformas que precisa la Constitución son varias y de diversa índole. Mencionaré algunas: la incorporación de una cláusula constitucional europea para legitimar y ordenar las transferencias de soberanía y competencia a la Unión; la modificación del orden sucesorio a la Corona para reparar una atávica discriminación histórica por razón de género; el reconocimiento de algunos principios rectores como verdaderos derechos sociales y la mejora de sus garantías en tiempos de estabilidad presupuestaria en Europa; la mejora de la calidad de la representación política, de la proporcionalidad y participación que permite nuestro sistema electoral del Congreso, y del parlamentarismo; la europeización de la jurisdicción constitucional; el acomodo del Consejo General del Poder Judicial a un diseño compartido. Pero no todas son igualmente importantes ni urgentes ni deben hacerse a un mismo tiempo, sino siguiendo una agenda lógica.

La cuestión prioritaria estimamos que es la reforma de la Constitución territorial dadas las insuficiencias del modelo en su funcionamiento,

durante mucho tiempo subrayadas por los expertos, pero también ante la preocupación por la grave situación en Cataluña que, aunque tiene complejas causas históricas y políticas, es una crisis que resulta agravada por los defectos estructurales del Estado autonómico. Los constantes conflictos con el Estado en el ejercicio del autogobierno, aunque no sean la causa principal del independentismo, facilitan la acción reactiva y centrífuga del movimiento secesionista. Conviene por ello no ofrecer flancos desprotegidos en la unidad constitucional, sino la fortaleza de un Estado moderno y atractivo. Diversas reformas son necesarias en este terreno. Primero, es menester clarificar las muy complejas y confusas reglas constitucionales de distribución de competencias y hacerlo en la Constitución únicamente y no en los estatutos de autonomía y en un inmenso -y permanentemente abierto- bloque de la constitucionalidad en constante transformación. Todavía no hemos cerrado la Constitución cuarenta años después. Debemos asegurarnos de la participación de las comunidades autónomas en la determinación de las normas básicas en las competencias compartidas para evitar constantes conflictos. Segundo, hay que mejorar las técnicas de colaboración y coordinación que son instrumentos de integración política. Tercero, es necesario organizar un Senado como cámara de verdadera representación territorial. El diseño constitucional ha sido muy criticado desde el principio -y en el propio debate constituyente porque hubo vacilaciones en su configuración- y se ha revelado como muy desacertado porque reproduce la misma representatividad del Congreso de los Diputados haciendo superfluo el bicameralismo. No existen otros modelos experimentados y alternativos más que el alemán y el austríaco y habría que elegir uno de ellos. Finalmente, pero no menos importante, debe haber una mínima Constitución financiera que ofrezca una habilitación constitucional a la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, sienta unas mínimas pautas estables y aclare el alcance de la solidaridad entre los españoles y los mecanismos de compensación -impidiendo la divulgación de mitos como el "España nos roba"-, garantizando la participación de las comunidades autónomas en su elaboración. Las comunidades no deben tener una acusada dependencia del Estado en su financiación al modo de una tutela financiera mediante distintos fondos como si fueran menores.

Esto dijimos y recomendamos reformar en *Ideas para una reforma de la Constitución*, pero muchos de sus autores pensamos que la reforma territorial, que es urgente y prioritaria, no será posible sin discutir algunos *contenidos sociales y democráticos representativos participativos*, que contribuyan a reforzar la legitimidad democrática del sistema constitucional. No me parece que pueda separarse totalmente la reforma territorial del perfeccionamiento de la democracia y la garantía del Estado social, pues tal iniciativa ni siquiera serviría probablemente para alcanzar un nuevo acuerdo territorial estable. Recordemos que la ruptura del pacto territorial en Cataluña vino precedida de la ruptura del pacto representativo y de los serios recortes sociales desde la gran crisis de 2007, en definitiva, de la fragilidad del Estado. La reforma territorial no es sólo un problema técnico, a la búsqueda de una mejor organización del Estado autonómico, que lo es, sino que también está ligada a mejorar la democracia y el Estado social.

17.- *La reforma constitucional ya tiene un relato. Sólo urge empezar a actuar sin prisas.* No es cierto pues que los defensores de la revisión de la Constitución no sepan qué quiere reformarse, lo que constituye un mito muy extendido. Hay un relato suficiente de las cosas que conviene reformar, por qué y cómo hacerlo, construido a lo largo de muchos años y apoyado en infinidad de estudios. No hay improvisación alguna. Lo único que no existe es una decidida voluntad parlamentaria de compromiso que permita iniciar los trabajos, sin prisas pero sin pausas, tras ponerse de acuerdo en un diagnóstico sobre la conveniencia de la reforma y el inicio de un diálogo institucional. Pero obsérvese que este argumento es vicioso o circular. No advierto las razones por las que el diálogo deba ser hoy más difícil de lo que tuvo que ser para dos padres constituyentes tan dispares e importantes como fueron Jordi Solé Tura y Manuel Fraga. Por eso mi intervención se ha centrado en efectuar un diagnóstico e intentar persuadir de la necesidad de la revisión de una buena onstitución vieja, deteniéndome antes de las fases sucesivas.

Debemos desterrar de nuestro imaginario colectivo el miedo a la reforma constitucional, algo que no existe en otras naciones. Al cabo, siempre cabe rectificar el sentido de la reforma como se hace constantemente en las modificaciones legislativas, pero un procedimiento constitucional sosegado, deliberativo y participativo es una buena garantía frente al riesgo de equivocarse.

Es más que razonable ser escépticos o escasamente optimistas sobre la voluntad de consenso de las fuerzas políticas para regenerar nuestras instituciones. No veo la reforma constitucional próxima y siento decirlo. Pero la construcción del derecho público sólo puede hacerse con cierta ingenuidad, la que conceden las razones y la argumentación y experiencias jurídicas; al cabo, ingenuos son los ciudadanos libres y las normas constitucionales -racionales, abstractas y generales- que cambian las naciones y mejoran las sociedades.

Universidad Complutense de Madrid, septiembre de 2018.

LA CONSTITUCIÓN DE 1978: PRESENTE Y FUTURO

Javier Tajadura Tejada

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco

Es un honor estar hoy aquí en esta mesa para reivindicar el valor y la vigencia de la Constitución de 1978. Y hacerlo, además, junto a queridos colegas y amigos, y bajo la presidencia de una periodista, Victoria Prego, a la que profeso una profunda admiración. Durante los años que expliqué Derecho Constitucional a los estudiantes de periodismo, puse en clase el excelente documental sobre la Transición por ella dirigido. Una auténtica obra maestra para la cabal comprensión de aquel proceso histórico y de la cultura política que hizo posible el alumbramiento de la Constitución.

Aunque esta mesa lleve por título “Presente y futuro de la Constitución”, es preciso hacer una referencia al pasado. Una mención a lo que han supuesto estos últimos cuarenta años de historia de España. A la historia de la España constitucional. Salvo que incurramos en un formidable ejercicio de falsificación de la realidad y de la historia, es preciso afirmar, y hacerlo con rotundidad y contundencia, que la Constitución de 1978 ha permitido a los españoles alcanzar los más altos niveles de libertad y bienestar de toda su secular historia. La historia de la Constitución -como la de la Transición política que la hizo posible- es la historia de un éxito.

La Constitución de 1978 supuso -como ha advertido con claridad y acierto Alfonso Guerra, uno de los protagonistas y artífices de la misma- un acta de paz. La Constitución puso fin a la Guerra Civil y a la división entre las dos Españas. Esta dimensión pacificadora de la Constitución es algo que no se puede ni debe olvidar, y que comparte con los

Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas. Al fin y al cabo, con ellos se puso fin a la guerra civil europea que entre 1914 y 1945 -con el paréntesis de entreguerras- había ensangrentado y destruido el continente.

Y señalo esta similitud porque considero que, con la misma fuerza que reivindicamos la CE del 78, hay que defender el proyecto de integración europea. Los principios y valores que informan ambos proyectos políticos son los mismos: la democracia y el Estado de derecho. La España constitucional no puede ser comprendida fuera de la Unión Europea.

Tras la referencia al pasado, volvamos al presente. La sociedad española y el sistema político establecido por la Constitución atraviesan desde hace años una profunda crisis. En todo caso, en mi opinión, la causa de la crisis no reside en la Constitución sino en el comportamiento de los actores políticos. La Constitución ha resistido bien y ha permitido encauzar la sucesión en la Jefatura del Estado tras la abdicación de Juan Carlos I; la convocatoria de nuevas elecciones por disolución automática ante la incapacidad del Congreso para investir a un presidente del Gobierno; el relevo en la Presidencia del Gobierno mediante una moción de censura, y, en fin, dos golpes de Estado: uno militar, en 1981, y otro civil, perpetrado por los poderes públicos catalanes, en septiembre de 2017.

En este contexto, y en esta breve intervención sobre el futuro de la Constitución, creo oportuno advertir cuáles son los principales riesgos o amenazas que se ciernen sobre la misma. Y voy a ser muy claro. Estos riesgos son, principalmente, la polarización política y el sectarismo, esto es, la falta de una cultura política pactista, basada en el acuerdo y en el compromiso, la cultura política que, en definitiva, hizo posible la Transición. Y la cultura política que es necesaria para garantizar el correcto funcionamiento de una democracia parlamentaria. Porque, como nos advirtiera el gran jurista demócrata que fue Kelsen, la democracia es, ante todo, y sobre todo, acuerdo y compromiso.

La incapacidad de las fuerzas políticas que respaldan el valor y la vigencia del Texto del 78 para llegar y alcanzar acuerdos sobre los grandes problemas económicos y políticos del presente es el principal nubarrón que se cierne en nuestro horizonte constitucional. Y, si esas nubes no se despejan, la tormenta que se avecina podría resultar fatal.

Es significativo y preocupante que, ni siquiera ante un desafío como el que ha supuesto el golpe de Estado perpetrado en Cataluña, las fuerzas políticas constitucionalistas no hayan sido capaces de alumbrar un gobierno parlamentario. Un gobierno que necesariamente -y dada la fragmentación de fuerzas- debe ser de coalición. Realmente, en el contexto político que vive España se dan todas las razones que justifican el establecimiento de un gobierno de “gran coalición”.

Esta incapacidad para pactar es también la que explica la auténtica y verdadera asignatura pendiente de nuestro régimen constitucional: la reforma constitucional. A diferencia de otros Estados, como Francia o Alemania, que han emprendido numerosas reformas constitucionales en las últimas cuatro décadas, en España sólo hemos realizado en dos ocasiones (1992 y 2011) modificaciones puntuales de la Constitución.

Frente a los recelos con que se contempla la reforma es preciso insistir en que esta es un instrumento de defensa del Texto Constitucional. Reformar la Constitución cuando es necesario es la forma de adaptarla a las nuevas circunstancias históricas, sociales y políticas y, por ello mismo, de garantizar su supervivencia. Solo se reforma lo que se quiere conservar. Las constituciones que no se reforman perecen. La nuestra se ha ido adaptando a las nuevas circunstancias a través de mutaciones -esto es, cambios no formales realizados a través de tratados internacionales, leyes orgánicas o sentencias del TC-. En algunos casos nada hay que objetar a estas mutaciones, pero en muchos casos el precio que ha habido que pagar ha sido la devaluación de la supremacía normativa de la Constitución.

Con dos ejemplos se comprenderá lo que quiero decir. La Constitución no refleja el mapa autonómico. No nos dice que en España hay comunidades autónomas y cuáles son. Y ello a pesar de que se trata de unos sujetos que son protagonistas esenciales del sistema político. La Constitución tampoco refleja el dato fundamental de que España es un Estado miembro de la Unión Europea, y ello a pesar de que el 90 por ciento de todas las normas reguladoras de la actividad económica proceden del ámbito europeo. Dicho con toda claridad, la distancia entre la Norma Constitucional y la realidad constitucional ha alcanzado una dimensión preocupante. La Constitución no refleja la realidad de nuestro sistema político. Estas y otras muchas razones explican que, en sede académica, las apelaciones a la reforma hayan sido constantes.

¿Por qué no se procede entonces a la reforma de la Constitución? Varias son las causas que explican el recelo. Y el Tribunal Constitucional tiene alguna responsabilidad en ello.

La principal es que en España la reforma no se entiende como un instrumento de defensa de la Constitución, esto es, como un mecanismo para perfeccionarla y mejorarla dejando intacta su identidad. Para poder comprender cabalmente la reforma como un instrumento de defensa es preciso concebirla como una operación jurídica materialmente limitada. Y no solo procedimentalmente limitada. Es decir, hace falta entender que existe un núcleo fijo inmutable -el fundamento de legitimidad del régimen y los principios y valores que lo sustentan-, núcleo que no puede ser objeto de revisión. Este núcleo existe y ha sido reconocido expresamente en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales europeos. En España, lamentablemente no es así, y la contradictoria y confusa regulación del Título X de la reforma ha sido agravada por la doctrina del Tribunal Constitucional, que expresamente reitera una y otra vez que en España toda la Constitución es revisable y que no existe ningún principio inmune al poder de reforma. En una de sus más desafortunadas declaraciones, ha llegado a decir que incluso el derecho de autodeterminación -esto es, la posibilidad de que una fracción del cuerpo electoral declare extranjera a parte de la población- tendría cabida mediante una reforma constitucional. El Tribunal Constitucional olvida que la reforma implica hacer cambios “en” la Constitución, pero no permite cambiar “de” Constitución.

Se rechaza así la existencia de límites materiales al poder de reforma y se hace imposible comprender la reforma como un instrumento de garantía y defensa del Texto Constitucional en la medida en que podría ser utilizado para su destrucción. Se comprende así el recelo con el que se contempla la apertura de un proceso de reformas. Se teme, con razón, que algunos intenten convertirlo en un proceso constituyente.

Si a ello añadimos el clima de polarización política y de profunda división entre los partidos que defienden el mantenimiento de la Constitución y el surgimiento de fuerzas populistas de extrema izquierda y extrema derecha que aspiran abiertamente a la supresión de decisiones constitucionales básicas, se comprende que en España no se den las condiciones para la reforma constitucional.

Todo lo anterior pone de manifiesto que España vive una situación constitucionalmente peligrosa. El consenso fundacional de 1978 está roto. Los partidos centrales del sistema y que históricamente lo han vertebrado (el Partido Socialista Obrero Español y el Partido Popular) se han alejado del centro. La introducción del denominado “sistema de primarias” para elegir a sus máximos dirigentes ha favorecido a los candidatos más alejados de la moderación y el centro.

Los partidos solo se ponen de acuerdo para colonizar instituciones de control que debieran permanecer ajenas a la lógica partidista. Son incapaces de alumbrar pactos de Estado sobre educación, pensiones, sistema fiscal, energía, etc. A día de hoy, ni siquiera han hecho un diagnóstico compartido de la crisis económica iniciada en 2008, ni de sus causas ni de la mejor forma de paliar sus efectos. Se ha impuesto la lógica de alcanzar el poder a cualquier precio. Los insultos reemplazan a los argumentos. No hay ningún debate de ideas. Todo ello contribuye a erosionar la confianza de los ciudadanos en el sistema y al auge de fuerzas populistas no comprometidas con el Texto Constitucional de 1978.

En definitiva, la incapacidad de los partidos “constitucionalistas” para forjar consensos unida al temor que suscitan las propuestas de los partidos populistas hacen inviable cualquier perspectiva de reforma constitucional.

En el mejor de los escenarios, es decir, aun en el supuesto de que se alcanzase un acuerdo sobre la reforma entre los partidos constitucionalistas, esta no podría llevarse a término por el temor a someterla a referéndum. La Constitución establece dos procedimientos de reforma según las materias que se vayan a reformar. En un caso, el referéndum es obligatorio (art. 168 CE); en otro, facultativo (art. 167 CE): su celebración depende de que lo pida una décima parte de los miembros de una cámara parlamentaria. Podemos, el tercer partido en votos y escaños, ha anunciado que exigirá siempre y en todo caso la celebración de un referéndum, hasta para la reforma más puntual y limitada (por ejemplo, la supresión de los aforamientos parlamentarios).

En este contexto, la prudencia política más elemental desaconseja celebrar un referéndum de reforma constitucional. Entre otras, por las siguientes razones, fáciles de comprender. Por un lado, un referéndum sobre la reforma de la sucesión a la Corona para suprimir la discriminación de las mujeres actualmente vigente, sobre la que existe un

amplio consenso, podría ser utilizado por los adversarios de la monarquía. La baja participación o el voto negativo podrían ser interpretados en clave republicana y poner en peligro una de las claves de bóveda del edificio constitucional. Por otro lado, un referéndum de reforma -sobre cualquier disposición- permitiría a los separatistas catalanes su manipulación. En este caso, la baja participación o el voto negativo en Cataluña podrían ser interpretados en clave separatista. Finalmente, un referéndum para llevar a cabo la necesaria “europeización” del Texto del 78 podría ser utilizado por quienes se oponen al proceso de integración europea. La baja participación o el voto negativo se interpretarían en clave antieuropea.

En definitiva, como la experiencia italiana (referéndum de Renzi), británica (Brexit) y de otros muchos países confirma, los referendos tienen un potencial desestabilizador formidable. Alemania es muy consciente de ello y de ahí que, para reformar su Constitución, no sea preciso nunca apelar directamente al cuerpo electoral. Pero, en España, toda eventual reforma requerirá un referéndum. Por las razones políticas que he apuntado, esta exigencia hará inviable -durante los próximos años- cualquier reforma.

Ahora bien, la imposibilidad de reformar la Constitución de 1978 pone de manifiesto el verdadero alcance de la “crisis constitucional” que atraviesa España. Crisis provocada por la destrucción del consenso constitucional, la polarización extrema de la vida política, y la prevalencia de los intereses cortoplacistas de los partidos políticos. Y que puede abocarnos a la descomposición del sistema y a la desestabilización del país.

En este contexto, y para terminar esta breve intervención, creo oportuno recordar las palabras que pronunciara Albert Camus en su conmovedor discurso con motivo de la recepción del Premio Nobel de Literatura (1957) y en el que advertía, refiriéndose a las personas de su generación, que la tarea a la que nos enfrentamos no es crear un mundo nuevo sino evitar que el que tenemos se descomponga.

Esa es, efectivamente, nuestra tarea de hoy, evitar que el extraordinario patrimonio político de la Transición sea dilapidado, impedir, en definitiva, la descomposición de la España constitucional.

40 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN: LA CE DE 1978 DE CARA AL FUTURO

40 años de Estado autonómico: tiempos de evaluación ¿y de reforma?

Josep M^a Castellà Andreu

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona

1. El Estado autonómico se halla actualmente en un momento de *impasse*. La crisis económico-financiera y la político-institucional, sobre todo a partir de 2008 le ha afectado profundamente: para muchos ciudadanos la organización territorial ha sido parte del problema de la desafección política (distancia entre gobernantes y gobernados, entre instituciones y ciudadanía; su manifestación más preocupante, la corrupción, ha estado tan presente en las comunidades autónomas como en los otros niveles de gobierno), y también la deuda y el déficit del sector público han afectado gravemente a las administraciones autonómicas. Al mismo tiempo, las CCAA no han contribuido a la salida de las crisis, con unas administraciones más saneadas, ágiles y eficaces a la hora de gestionar problemas cotidianos de los españoles, que en buena medida caen dentro de sus competencias, sobre todo relacionadas con el Estado social (educación, sanidad, asistencia social).

2. Tampoco las CCAA han utilizado la autonomía que disponen como banco de pruebas o para experimentar soluciones innovadoras, pegadas a la respectiva realidad de cada una de ellas (los “estados como laboratorios de democracia” en expresión del juez Brandeis en USA), con propuestas de mejora de la calidad democrática e institucional: a través de reformas electorales para la elección de los parlamentos autonómicos (recientemente se han rebajado barreras electorales o cambiado circunscripciones como en Murcia), o de reformas en leyes

institucionales o reglamentos parlamentarios para la mejora de la relación representativa entre representantes y representados en un ámbito, como lo es el autonómico, más cercano a la vida de las personas, o para favorecer el control efectivo de los gobiernos. Al contrario, a veces, con ocasión de la crisis financiera y a efectos de aligerar el gasto institucional, se han suprimido órganos de control como el Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo o consejos consultivos. Por otra parte, la limitación de mandatos del presidente ha sido introducida en algunas CCAA: Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia y Castilla y León, lo que es ajeno a la tradición del sistema parlamentario, pero puede ser un instrumento eficaz para posibilitar la renovación de los dirigentes políticos por los partidos.

3. No se ha aprovechado la crisis para instaurar una cultura de colaboración interinstitucional en el Estado autonómico y favorecer la colaboración entre gobiernos de las CCAA y de estos con el Estado que permitiera la adopción de medidas consensuadas entre los distintos niveles de gobierno. En su lugar, el Estado central ha reforzado su posición, con menoscabo de ciertas competencias autonómicas. No es un fenómeno nuevo: en tiempos de crisis económica grave suele producirse una mayor centralización en la política económica y social (piénsese en Estados Unidos en los años treinta). El Estado (y más el Estado social) necesita instrumentos para gestionar la crisis, ha de poder coordinar y controlar mejor al resto de administraciones. Pero ello se puede hacer a través de una recentralización directa o bien utilizando competencias e instrumentos de coordinación y colaboración.

4. Además de la incidencia de la crisis en el Estado autonómico, otros déficits de esta forma de Estado venían de antes: el Senado sigue sin encontrar su lugar en el bicameralismo español como “cámara de representación territorial” (la Comisión General de CCAA no ha servido como foro de debate interterritorial y lleva sin reunirse 12 años); la Conferencia de Presidentes se reunió en 2017 tras cinco años sin hacerlo; el sistema de financiación de las CCAA de régimen ordinario está pendiente de actualización desde 2014; y el régimen especial vasco lo ha sido pero muy dependiente de las necesidades de alianza parlamentaria del Gobierno del Estado; sobre el Tribunal Constitucional recae la decisión sobre muchos conflictos que no se encauzan políticamente antes.

En el contexto de crisis mencionadas, la puesta al día del Estado autonómico que intentaron las reformas estatutarias de 2006 y 2007 y otras reformas legislativas se ha parado o no ha dado los resultados esperados. Y el intento de reforma constitucional de 2004-2006, tras el dictamen del Consejo de Estado de 2006, ni siquiera se planteó en las Cortes: seguramente faltaban en aquella legislatura las condiciones de acuerdo político para que pudiera salir adelante.

5. Lo anterior sucede en el momento en que el Estado ha debido afrontar la mayor crisis de la democracia constitucional en cuarenta años de vigencia de la Constitución: la crisis secesionista catalana. El “proceso” comienza como tal el 11 de septiembre de 2012. Se trata de una crisis territorial que deriva en crisis de la democracia constitucional misma. Ello contribuye también al *impasse* actual en el Estado autonómico: ante la crisis secesionista, todo lo demás pasa a segundo plano.

La crisis catalana parte de una crisis territorial, la cual tiene que ver no solo con una crisis de funcionamiento del sistema (como los casos mencionados hasta ahora) sino también con una crisis de integración política: el Estatuto catalán de 2006 partía de un diagnóstico -discutible-, que va más allá del caso catalán: el desarrollo del Estado autonómico habría producido una “administrativización” de la autonomía (Viver e IEA), mediante la utilización expansiva por el Estado central de competencias compartidas (las bases estatales) y competencias transversales u horizontales que ahogaban la capacidad de decisión política de las CCAA. Al mismo tiempo, el Estado autonómico tal y como se había concretado -de manera homogénea- impedía una evolución “plurinacional” del mismo (que defendieron en 1998 los partidos nacionalistas del País Vasco, Galicia y Cataluña en la Declaración de Barcelona, justo en el momento en que las 17 CCAA equiparaban sus competencias, con los últimos traspasos en sanidad y educación).

6. El Estatuto catalán de 2006 y el Plan Ibarretxe de 2004 pretendieron alcanzar más autonomía política para sus comunidades (con un nuevo sistema de distribución competencial desde el Estatuto catalán que “blindase” las competencias asumidas), y también más asimetría o diferenciación entre nacionalidades y regiones. Los dos grandes partidos (PP y PSOE) rechazaron en el Congreso en 2005 la pretensión nacionalista vasca plasmada en un proyecto de estatuto y el Tribunal

Constitucional rechazó en 2008 la consulta sobre el derecho a decidir del pueblo vasco sobre su futuro político (STC 103/2008).

La aprobación del Estatuto catalán sin el consenso de los dos grandes partidos (la primera vez que ocurría) abrió una grave crisis política que no cesaría con la impugnación del mismo por el PP (además de por del Defensor del Pueblo y otras CCAA) y con la sentencia ulterior. La STC 31/2010 trató de reconducir las reformas al modelo autonómico existente. Este podía evolucionar pero no mutar sustancialmente. Para ello era indispensable la reforma constitucional.

7. Tras el intento fallido de pacto fiscal en 2012, el nacionalismo catalán entró en una fase soberanista, primero, con intento de hacer caber en la Constitución sus demandas, mediante una interpretación de la misma “abierta” (2012-15: proclamación del carácter soberano y derecho a decidir del pueblo catalán mediante una consulta) y, después, directamente secesionista o rupturista (desde 2015 hasta ahora: derecho a la autodeterminación, referéndum vinculante). El Tribunal Constitucional suspendió las resoluciones y leyes aprobadas por el Parlamento catalán y las declaró inconstitucionales. Respecto a lo aprobado en la primera etapa siguió un criterio deferente hacia el Parlamento catalán (SSTC 42/2014 y 31/2015), considerando el derecho a decidir como una aspiración política legítima. Respecto a la segunda etapa, el Tribunal rechazó contundentemente el desafío que entrañaban dichas resoluciones y leyes (19 y 20/2017) a la democracia constitucional, y en concreto a los principios básicos de la Constitución: soberanía del pueblo español, unidad y constitucionalidad, además de la violación de los derechos de los parlamentarios de la oposición durante los debates (SSTC 259/2015 y 114 y 124/2017). La declaración unilateral de independencia del 27 de octubre de 2017 acarreó la aplicación por vez primera del art. 155 CE. Lo ocurrido desde entonces es conocido. Para el Tribunal Constitucional, la reforma constitucional es el instrumento adecuado para decidir la secesión de un territorio, sin que haya límites materiales a la misma, de ahí que pueda ser planteada siguiendo los procedimientos establecidos para ello.

8. Conviene volver al inicio de la crisis secesionista y a las carencias del Estado autonómico sobre todo en su intento de reconocer las singularidades nacionales, que supuestamente estaría en el origen del “proceso”. Hay un “relato” del fracaso del Estado autonómico tanto

como respuesta constitucional en España a los problemas históricos de la integración de las nacionalidades en el Estado (reconocimiento y protección de identidades culturales, lingüísticas, históricas...), como de las demandas de autogobierno de las regiones basadas en principios de eficacia en la gestión de los asuntos públicos y democracia o poder más cercano. Frente al mismo, es importante subrayar que los casi cuarenta años de Estado autonómico han supuesto la experiencia más larga y exitosa de la España contemporánea a la hora de afrontar y encauzar constitucionalmente la cuestión territorial y su pluralidad. El resultado es un Estado fuertemente descentralizado en el plano autonómico o políticamente compuesto (33% del gasto público respecto al PIB del sector público; y un 52% de empleados sector público en este nivel de gobierno) aunque no tanto en el local (12 % gasto público; 21,5% de empleados sector público en este nivel de gobierno, con datos de 2015). La distribución de poderes permite a las CCAA llevar a cabo políticas propias –y no solo gestión administrativa- en ámbitos como sanidad, educación, universidades, calidad democrática (buen gobierno, transparencia, participación)..., que ha permitido la creación de un potente aparato institucional en todas las CCAA, y en las CCAA con “hechos diferenciales” se ha normalizado el uso de las lenguas territoriales, desarrollado el derecho civil especial o foral mucho más allá de lo que se conservaba, o disponer de policías propias integrales en Cataluña y el País Vasco y un reconocimiento muy amplio de la foralidad (en el País Vasco y Navarra).

9. Tras casi cuarenta años de experiencia de Estado autonómico salta a la vista la necesidad de ciertas correcciones y reformas para adaptarlo a los tiempos actuales o para subsanar déficits detectados, como la participación de las CCAA en las instituciones de la UE -ámbito en el que cada vez se adoptan más decisiones relevantes para la vida de los ciudadanos y que convierten a las autoridades nacionales en ejecutoras del derecho comunitario-, la intensificación de las relaciones institucionalizadas de colaboración entre CCAA y de estas con el Estado central, en lugar del predominio del carácter político y coyuntural de las mismas (en función de la existencia o no de mayoría parlamentaria en el Congreso), la reforma del sistema de financiación en términos de claridad, corresponsabilidad y equidad. En cambio, el control estatal

del gasto público de todas las administraciones se ha acentuado desde la LO 2/2012.

Toda descentralización política sirve también para dividir territorialmente el poder político para un mejor equilibrio entre los niveles de gobierno, el control de los poderes respectivos y la garantía de los derechos de las personas frente al poder. En esto la experiencia autonómica ha sido ambivalente: por un lado, las CCAA se han erigido como verdaderos contrapoderes políticos del Estado (y de los entes locales) –en España no lo es el Senado en el sistema bicameral, ni el pueblo en referéndum frente a las instituciones representativas–, como el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son contrapoderes jurídicos. Pero por el otro: las instituciones autonómicas han creado espacios políticos prácticamente inmunes a la presencia del Estado central y erosionando la autonomía de universidades, corporaciones públicas y sociedad civil en general mediante un intervencionismo notable. Este es otro tema a reformar o, de entrada, utilizar los instrumentos que la Constitución dispone para revertirlo (alta inspección educativa, ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad, entre otras).

10. Cuestión distinta son los instrumentos jurídicos para llevar a cabo la reforma: a lo largo del tiempo, el Estado autonómico se ha ido reformando gradualmente a través de acuerdos políticos que han dado lugar a leyes y estatutos, además de la jurisprudencia constitucional (valgan como ejemplos: las reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, particularmente de 2000 sobre cooperación en el conflicto antes de la presentación de un recurso de inconstitucionalidad, o en 2007 con la participación de las asambleas autonómicas en la designación de los magistrados constitucionales por el Senado, o en 2015 con la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad contra estatutos; o bien la participación en las instituciones de la UE por acuerdos de conferencias sectoriales; o las reformas de las relaciones de cooperación en la Ley del régimen jurídico del sector público de 2015; y las revisiones quinquenales -en principio- de la LOFCA).

Se ha abogado por parte de la doctrina y de algunos partidos (se han publicado varios informes en el último año al respecto) por una reforma constitucional que consolide las reformas subconstitucionales ya producidas, corrija carencias estructurales del modelo de Estado o complete la “constitucionalización” del Estado autonómico. En particular,

se habla de la reforma del Senado o de la del sistema de distribución de competencias, lo cual incide sobre los contenidos y la forma de aprobación de los estatutos: si se lleva a la Constitución toda la distribución competencial (por ejemplo con una lista de competencias del Estado y una cláusula residual en favor de las CCAA), los estatutos devienen normas institucionales -y a lo sumo reguladoras de ciertos derechos- y por ello mismo pueden pasar a ser aprobados unilateralmente por el parlamento de la comunidad autónoma (como ocurre con las constituciones estatales en federaciones o los estatutos de las regiones ordinarias en Italia desde 1999), sin perjuicio del control de constitucionalidad del mismo en manos del Tribunal Constitucional.

11. Se puede estar de acuerdo en la necesidad o justificación técnica de ciertas reformas (aunque habría de verse la alternativa que se quiere adoptar en cada caso, lo cual ya no es tan claro: Senado por ejemplo), pero otra cosa es su oportunidad política ahora. Una reforma del Estado autonómico difícilmente escaparía de ser monopolizada por la cuestión catalana, lo que dificultaría llegar a acuerdos políticos tan amplios y a un consenso social y territorial como en su aprobación en 1978. No parece el momento adecuado para plantear serenamente la reforma constitucional de los déficits de funcionamiento ordinarios. La amenaza del referéndum de ratificación a iniciativa de un décimo de diputados o senadores en el procedimiento ordinario (y de su utilización con fines distintos a los propios de la ratificación del proyecto de reforma: esto es, para deslegitimar la misma Constitución y la transición de la que trae causa) ha de ser considerada en épocas propicias a populismos, y más a la vista de lo ocurrido en Italia en 2016 y en otros lugares. Mientras tanto, y sin perjuicio de que se evalúe el funcionamiento del Estado autonómico y se discuta sobre propuestas de reforma en sede parlamentaria (la Comisión creada para ello en el Congreso en 2017 está prácticamente muerta), se imponen soluciones más realistas, esto es reformas normativas y de comportamiento político.

12. Afrontar debidamente la crisis secesionista requiere partir de un diagnóstico acertado de lo sucedido y sus causas. Si se sostiene que el origen está en la sentencia del Estatuto de 2010, la solución pasará por fuerza por restablecer el texto completo del mismo, que fue aprobado por el Parlamento catalán y las Cortes en 2006, mediante otra reforma y su refrendo popular (en 2006 alcanzó la participación un 49%)

para que Cataluña no tenga más un “Estatuto no refrendado” (como sostienen de forma simplista Muñoz Machado, el Círculo de Economía y el presidente del Gobierno Sánchez). Además, en la medida en que algunas declaraciones de inconstitucionalidad del Estatuto catalán en la STC 31/2010 tenían que ver con el tipo de norma utilizado para regular determinados contenidos (poder judicial, financiación, definición de las funciones a ejercer por cada instancia de poder en los distintos tipos de competencias), una reforma constitucional de los mismos culminaría el proyecto reformista. Ello tanto si se trata de una reforma de alcance general y de tipo federalizante, como si se dirige en exclusiva para Cataluña a través de una Disposición Adicional *ad hoc* que “blinde” determinados poderes autonómicos a toda intervención estatal, inclusive del control de constitucionalidad: lengua, régimen institucional, algún principio de la financiación...(opción de Herrero, que resulta más fácil en términos técnicos pero políticamente es muy complicada porque introduce en el plano constitucional una asimetría nueva, lo que genera agravios en las otras CCAA), o incluso una reforma que consagre un Estado plurinacional-confederación con atribución a la definición de “nación” de valor jurídico relacionado con la cosoberanía y que se expresaría en un procedimiento para ejercer el derecho a decidir...la secesión).

Sin embargo, a nuestro juicio, no se puede comprender lo ocurrido en Cataluña sin tener en cuenta el impacto de las otras crisis, la financiera y la institucional, y el momento en que empezó, con el populismo como telón de fondo, y en concreto su variante nacionalista. En este sentido, la solución a la crisis secesionista requiere, antes que posibles reformas constitucionales (que difícilmente es esperable que introduzcan un régimen diferencial entre CCAA), acuerdos amplios entre los catalanes, así como entre Cataluña y el resto de España, para lo cual son necesarios interlocutores políticos a la altura del desafío y un clima social y político de sosiego. La premisa de lo anterior es el respeto pleno al Estado de derecho (a la Constitución, a la independencia de los tribunales) y la institucionalidad, inclusive la de la misma Generalitat. Esto es, a la democracia constitucional.

LA CONSTITUCIÓN DE 1978: DIAGNÓSTICO Y RENDIMIENTO TRAS 40 AÑOS DE VIGENCIA

Irene Delgado

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Quiero que mis primeras palabras sean de agradecimiento a los organizadores de este Congreso Internacional Constitucional por la invitación recibida para participar en este acto que reúne a especialistas de reconocido prestigio, a académicos, a políticos, a representantes de instituciones, en definitiva, a un surtido elenco de interesados en el estudio, el análisis y la práctica de las constituciones.

Es para mí un honor el estar en el Senado con motivo de la celebración de 40 años de vigencia de la Constitución, nuestra norma suprema. Acompañada en la mesa por destacados especialistas en derecho constitucional. Mi contribución en esta sesión dedicada a “La Constitución de 1978 de cara al futuro” se sitúa en el campo de la ciencia política, donde los textos constitucionales también han sido objeto de interés por los investigadores. Aplicando herramientas metodológicas propias de las ciencias sociales, evaluamos aspectos vinculados al rendimiento de las instituciones democráticas que determinan la arquitectura constitucional.

Mi intervención está constreñida a las reglas de protocolo establecidas en la mesa por lo que ajustándome al tiempo que se ha determinado voy a tratar de realizar una sucinta reflexión sobre alguno de los aspectos del texto constitucional, una vez que ha alcanzado la etapa de madurez, con el objetivo de identificar algunos de los retos que la Carta Magna plantea en la actualidad y que deberá afrontar en el futuro próximo, en la medida en que las circunstancias políticas así lo permitan.

Dentro de apenas dos meses celebraremos los 40 años de la aprobación en referéndum del texto constitucional. Este tiempo transcurrido desde aquel 6 de diciembre de 1978 nos permite afirmar que el camino recorrido, aunque no exento de dificultades, ha tenido muchas más luces que sombras.

La Constitución de 1978 ha permitido consolidar en nuestro país una sociedad democrática, plural y moderna con índices altos de calidad democrática. Y este es un aspecto particularmente importante en nuestros días, máxime cuando se ponen en duda algunos de los elementos consustanciales a los sistemas democráticos de carácter representativo; y, cuando se diagnostica a los sistemas políticos de déficit democrático tras detectar síntomas de desafección política. A pesar de ello, no debemos desviar la atención del hecho en sí de que nuestro sistema político forma parte del 85 por ciento de países en el mundo que son regímenes democráticos -según datos de la Unión Parlamentaria (2018). Pero también es cierto, por otra parte, que los niveles de calidad de estas 170 democracias son muy diferentes entre sí. Según el Índice de Democracia (ID) que calcula desde 2006 The Economist Intelligence Unit (EIU), España es una democracia de gran calidad (obtiene una puntuación de 8.50 en una escala de 0-10)¹.

Aunque son posibles múltiples definiciones de democracia, si partimos de una definición mínima para poder calificar como tal a un sistema político, se requiere por un lado, del reconocimiento de sufragio universal -elecciones regulares, libres y competitivas; además de ello, debe contemplar la existencia de pluralismo político representado a través de la presencia de diversos actores políticos en el escenario electoral; y, por último, se debe garantizar la constitución de una asamblea legislativa representativa de los intereses de la sociedad. Y, a partir de ahí, podemos avanzar en el perfeccionamiento de la democracia para evaluar si una democracia es una “buena democracia”, si es una democracia de calidad.

Nuestra Constitución ha consolidado un sistema democrático representativo de calidad, en el que la participación de los ciudadanos en los procesos electorales está reconocida como un derecho fundamental

¹ Datos extraídos de: <https://infographics.economist.com/2018/DemocracyIndex/>. Este rasgo se confirma también a través de otros índices como el publicado por Freedom House.

(art. 23). Para alcanzar este fin, la Constitución ha establecido las normas que aseguran la celebración de procesos electorales bajo parámetros democráticos -sufragio universal, libre, igual, directo y secreto- y ha regulado las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, asegurando la libre expresión de la soberanía popular. Además, esta libertad genérica se rodea hoy día de otro conjunto de libertades, como pueden ser la libertad de expresión, la libertad de información, la libertad de reunión, la libertad de asociación y un más amplio etcétera.

Al amparo de la Constitución y del desarrollo legislativo, desde 1976 los españoles han vivido el período más largo de celebración ininterrumpida de “elecciones democráticas de calidad”. Una fase en la que los ciudadanos han sido llamados a las urnas en 13 ocasiones para elegir a sus representantes en las Cortes Generales; en 7 ocasiones, han elegido a sus eurodiputados; y, a través de 10 procesos electorales municipales se han configurado más de 8.000 ayuntamientos. Si a ello sumamos las 50 elecciones a los Parlamentos regionales celebradas a lo largo de este tiempo en las 17 CCAA, el cómputo total de procesos electorales arroja una cifra de gran relevancia que materializa los postulados básicos de una democracia representativa de calidad.

El balance de estos procesos electorales ofrece particularidades en función del carácter de la elección que se analice. Si consideramos las elecciones legislativas, que son los procesos a los que los españoles otorgan mayor importancia, aunque los índices de participación electoral a lo largo de todos estos años pueden calificarse de “débiles” e inestables (la media se sitúa en el 73 por ciento, oscilando las cifras entre un valor mínimo de 68 por ciento en 1979 hasta un máximo de 80 por ciento en 1982), los resultados electorales han facilitado la alternancia entre partidos políticos, verdadera consecuencia práctica de todo régimen democrático, a la vez que han proporcionado las bases para la formación de mayorías parlamentarias y de gobiernos estables. Todo ello, incrementa los niveles de calidad de nuestra democracia.

Otro punto esencial de una democracia de calidad es que se dota de instituciones democráticas. La Constitución de 1978 ha delimitado un sistema institucional compatible con la incorporación de elementos respetuosos con la tradición del constitucionalismo liberal -como la monarquía o la configuración bicameral del poder legislativo-, pero

también aunó la voluntad de recuperar elementos de especial valor asociados a la experiencia democrática anterior al régimen franquista, como el sistema de autogobierno territorial o el Tribunal Constitucional. Un sistema institucional que, con el transcurso del tiempo, ha adquirido legitimidad. Legitimidad entendida como una actitud positiva de los ciudadanos hacia las instituciones democráticas sobre la base de considerar al régimen democrático como la forma de gobierno más apropiada, y ello a pesar de que la intensidad de apoyo cambie según las personas y evolucione con el tiempo. Pero si tomamos la definición del profesor Linz y consideramos que “la legitimidad democrática se basa en la creencia de que para un determinado país y en un momento dado, ningún otro tipo de régimen podría asegurar un mayor éxito de los objetivos colectivos”², el diseño constitucional y el funcionamiento de nuestras instituciones democráticas han desarrollado actitudes de amplio apoyo de los ciudadanos hacia el sistema político.

En relación al diseño institucional, la Constitución española se ha erigido como garante del funcionamiento de las instituciones democráticas. Unas instituciones que han superado a lo largo de estos 40 años de vida democrática numerosas vicisitudes. Entre ellas se encuentran los episodios finales de un régimen autoritario, los riesgos de la transición política, los problemas de consolidación de una democracia joven, las dificultades de reconstrucción de un Estado sobre la base de una estructura territorial nueva, el acomodamiento de un sistema de partidos con fases de inestabilidad, la incertidumbre tras la alternancia en el poder y la sucesión de crisis políticas provocadas por escándalos en la financiación de los partidos y por casos de corrupción de cargos públicos. En este marco, las orientaciones afectivas de los españoles con su sistema político han seguido pautas de transmisión intergeneracional muy diversas. Pero el paso del tiempo ha favorecido la institucionalización de la legitimidad democrática, y ha ayudado a aislar los apoyos al régimen de los problemas coyunturales.

Pero no debemos olvidar que el rendimiento de las instituciones democráticas se enmarca dentro de las complejas relaciones que se establecen entre el apoyo a la democracia, la eficacia del sistema y la satisfacción con el mismo. El componente afectivo hacia el sistema al

² Linz, J.J. (1988). “Legitimacy of democracy and the socioeconomic system” en M. Dogan (ed.) *Comparing Pluralist Democracies*, Boulder: Westview Press.

que hace referencia este último indicador refleja sentimientos difusos, resultado de la divergencia entre los valores generalmente positivos hacia el sistema político y las percepciones que genera su funcionamiento institucional. Los españoles, al igual que los ciudadanos de países europeos de nuestro entorno, dan gran importancia al hecho de vivir en democracia: según datos del CIS de abril de 2018, el 86 por ciento de los españoles considera la democracia como preferible a cualquier otra forma de gobierno. No obstante, lo alarmante son los datos que muestran el alto grado de insatisfacción con el funcionamiento de la democracia (en una escala de 1-10 nada/mucho, la media es de 4,54) y la cada vez menor valoración del rendimiento de las instituciones. Este fenómeno abre un debate más amplio sobre la crisis de la democracia representativa del que sólo en este momento apuntaremos como síntomas, el alejamiento de los ciudadanos respecto de los partidos políticos y el impulso de sentimientos antipartidistas, propios por otra parte, de democracias insatisfechas. Pero esta enfermedad no sólo afecta a la relación de los ciudadanos con el sistema, sino también a la valoración que del Parlamento realizan los ciudadanos.

Indudablemente el Parlamento es la institución que se sitúa en el centro del sistema político y su “salud” afecta al rendimiento del sistema representativo. Los síntomas de crisis proceden del hecho de que, de todas las instituciones del Estado, el Parlamento es la que, a lo largo de estos 40 años, más lentamente ha evolucionado para adaptarse a las transformaciones de la realidad, quizás por verse sometida a los formatos de mayorías gubernamentales resultantes de los procesos electorales y a sistemas con marcados tintes bipartidistas.

El rendimiento del Parlamento ha ido parejo a la evolución de nuestro sistema democrático, adaptando su capacidad de ejercer de forma real y efectiva la función de control a las circunstancias partidistas, pero a su vez, el Congreso de los Diputados y el Senado han desempeñado funciones esenciales que contribuyen a la legitimación del sistema democrático. Así, las críticas a la institución en los años noventa que predicaron sin más su crisis y afirmaban que el Parlamento carecía de relevancia, no se sostienen en la actualidad. El Parlamento ha experimentado transformaciones importantes en el modo en que desempeña sus funciones. Las competencias concretas de la institución parlamentaria se han visto mediatizadas por la confluencia de un conjunto de

factores, entre ellos, la creciente intervención del gobierno en la actividad legislativa; la influencia que el funcionamiento de las mayorías parlamentarias tiene sobre la función de control de la acción de gobierno; la aparición de nuevas instancias de representación de los intereses de los ciudadanos y de resolución extraparlamentaria de los conflictos (nuevos movimientos sociales y fenómenos de carácter neocorporativo); el aumento y la complejidad técnicas de las decisiones a tomar; o la inmersión en unidades supranacionales de organización política, entre otros.

Aunque se han planteado algunas propuestas de reforma de la institución parlamentaria, ninguna se ha llevado a cabo. Algunas ellas tienen un marcado carácter electoral, por tener por objeto promover mayor identificación entre los ciudadanos y sus representantes políticos, para incrementar los vínculos representativos. Otras, en cambio, denotan un carácter reglamentario, al dirigirse directamente a mejorar el funcionamiento de la institución, bien para modernizar el procedimiento legislativo o bien para intensificar el control al Gobierno³. Entre las que pretenden buscar una mayor identificación entre electores y elegidos, se ha defendido un cambio en el sistema electoral para implantar un modelo de doble votación, similar al alemán, es decir, un voto para el partido en una lista y otro voto al candidato en distritos uninominales. La implantación de este sistema, aparte de otras consideraciones, suscita dudas muy consistentes sobre la exigencia de una reforma constitucional. De manera más posibilista se viene planteando el desbloqueo de las listas electorales (de hecho, lo han llevado a sus programas electorales varios partidos políticos) con la finalidad de ofrecer al elector el derecho a manifestar una o varias preferencias. En lo que se refiere al Senado, se han planteado reformas que afectarían a su composición, es decir, al carácter último de su representación, y se han considerado distintas fórmulas, tales como que estuviera compuesto por la representación de los ejecutivos autonómicos; o por representantes de los Parlamentos autonómicos; o elegidos directamente por los ciudadanos, pero en circunscripción autonómica; o, una combinación de algunas de esas fórmulas. Sin entrar a hacer una valoración más profunda de estas modificaciones, es cierto que estas reformas vienen propuestas

³ Siguiendo la clasificación que determina E. Guerrero (2005) en “Reformas para revitalizar el parlamento español”. Documentos de trabajo de la Fundación Alternativas.

como consecuencia de las transformaciones que afectan a las funciones básicas de los partidos políticos y por el creciente protagonismo que estos actores adquieren tanto en la institución parlamentaria como en la vida política.

Hay que destacar que, a lo largo de estos 40 años el papel desempeñado por los partidos políticos en la consolidación democrática ha sido fundamental. Al igual que en otras democracias contemporáneas, su presencia en la vida política se ha institucionalizado, convirtiéndoles en foco de máxima atención, y su relevancia ha conducido a hablar de “partitocracia”. La incorporación de los partidos políticos al sistema constitucional en España les ha dotado de un estatus jurídico-político central, a la vez que se han articulado mecanismos para su fortalecimiento. En términos globales, los partidos en España han cumplido sus funciones básicas de canalización de demandas ciudadanas y de representación ante el Estado. No en vano, los partidos a lo largo de este tiempo han evolucionado, adaptándose a los cambios de la sociedad. Si bien estos actores políticos han tenido grandes desafíos a lo largo de este período democrático y, a menudo, retos bastante severos que les ha forzado a realizar considerables esfuerzos para adaptarse a las cambiantes condiciones de la competición política, también es cierto que para garantizar la estabilidad del sistema políticos se enfrentan hoy en día a nuevos problemas. Ello en contexto social en el que la valoración que los españoles manifiestan hacia los partidos políticos suele ser crítica. Por fortuna, esta actitud negativa no tiene los riesgos que tuvieron las posturas antidemocráticas del siglo XX (que impulsaron regímenes comunistas, fascistas y autoritarios), por el mero hecho de existir un gran consenso sobre la virtud de la democracia como régimen sin alternativa posible, como ya hemos señalado.

Estas actitudes ciudadanas se pueden vincular a la transformación sufrida por el mandato representativo, reemplazado en la práctica por una suerte de mandato imperativo, al quedar estrechamente vinculado el parlamentario con el partido al que pertenece. Recordemos que, en España, el constitucionalista optó por otorgar a los partidos políticos un papel central en el entramado institucional, de ahí que, en el ámbito parlamentario, los diputados tengan escaso margen de actuación individual. Más aún, los reglamentos de las cámaras confieren muchas atribuciones en exclusiva a los grupos parlamentarios, convirtiéndoles

en actores decisivos en la formación de los órganos y en las decisiones a adoptar sobre la actividad parlamentaria. Pero, también puede que esta valoración ciudadana responda al funcionamiento interno de los propios partidos.

Uno de los retos más destacados de los partidos políticos en la actualidad se refiere a la democratización de sus estructuras de funcionamiento. En términos generales, la promoción de algún tipo de medida que favorezca la democracia interna de los partidos se ha introducido en la agenda de estas organizaciones como resultado de las presiones ciudadanas. Quizá sea este componente reactivo el que ha hecho que, en ocasiones, las respuestas desde los partidos hayan vaciado de significado las propias reclamaciones ciudadanas. En este sentido, aunque son muchos los aspectos que habría que considerar para que una organización sea democrática, la evolución hacia mayores niveles de democracia interna ha quedado reducida a la organización de unas elecciones internas para designar candidatos con grado variable de inclusividad y con grado variable de intromisión de la cúpula del partido. La opción más inclusiva es inviable, de ahí que lo más habitual son opciones intermedias como la participación de miembros del partido o de una comisión del partido, electa o no. Con esta traducción del concepto de democracia interna se han obviado aspectos como la fiscalización de las cúpulas partidistas o la demanda de transparencia en los mecanismos de toma de decisiones. Sin embargo, la banalización del significado de la democracia interna no radica sólo en su reducción a la regulación formal de primarias y su cumplimiento, sino que se refiere a los efectos derivados de ellas. Sin entrar en grandes discusiones, recordar que los procesos de primarias se han convertido en un factor disfuncional para mantener unidos a los partidos. A la vez, en relación con la democracia interna, los partidos han captado el mensaje de los ciudadanos de la imperiosa necesidad de algún tipo de renovación en su funcionamiento interno para recuperar parte de su legitimidad perdida. Sin embargo, aún no se han encontrado fórmulas que concilien el objetivo de la democracia interna con el mantenimiento de la unidad partidista y la necesaria renovación de las élites partidistas.

Cuarenta años es un período de tiempo extraordinariamente amplio para realizar una reflexión sobre el texto constitucional. A lo largo de esta intervención he ido desgranando algunos de los aspectos más rele-

vantes del funcionamiento en la práctica de nuestro sistema político que se gestó con la intención de sentar las bases de un régimen democrático. A día de hoy este gran objetivo se ha alcanzado y debemos estar orgullosos por ello. Nuestro ordenamiento constitucional ha logrado consolidar un sistema democrático de calidad y, si bien transformaciones políticas, económicas y sociales han modificado el escenario de 1978, el sistema político ha dado muestras de adaptación y flexibilidad. Hoy, en 2018, podemos evaluar el rendimiento de las instituciones, identificar sus mayores fortalezas, proponer medidas para evitar sus debilidades y, valorar los límites de la intangibilidad de nuestra Constitución, siempre que se asegure la convivencia democrática dentro del marco constitucional.

Muchas gracias.

SOBRE EL FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN: PROYECCIÓN Y ENCAJE EUROPEOS¹

Ana Carmona Contreras

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

1. Introducción:

Han transcurrido 40 años desde que se aprobó la Constitución y marcando una diferencia sustancial con la tendencia general que domina la experiencia precedente nos encontramos ante la más longeva de nuestra historia. Asimismo, debe subrayarse que nos hallamos ante un texto constitucional en sentido estricto, esto es, no ante un mero documento político despojado de fuerza vinculante sino ante un conjunto de previsiones normativas caracterizado por las notas de supremacía normativa y rigidez que, consecuentemente, lo sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución de 1978 se muestra, pues, como norma fundadora (*norma normarum*) que ha regido los designios de España en las cuatro décadas de vigencia que atesora a sus espaldas. Por su parte, si analizamos la trayectoria acumulada por el texto del 78 desde una perspectiva cualitativa el balance que se desprende resulta decididamente positivo. Y no sólo porque con su aprobación la Constitución permitió recuperar para España los valores democráticos y los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana que habían brillado por su ausencia durante la etapa de la dictadura franquista. También, porque con su aplicación efectiva tales valores y derechos han podido echar raíces y asentarse en nuestro sis-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D (Excelencia), *Desafíos del proceso de construcción del espacio europeo de derechos fundamentales* (DER2017-83779-P).

tema generando una creciente y constante dinámica democratizadora y de libertades cívicas hasta ahora inéditas.

Cumple, pues, la Constitución 40 años e ingresa en la edad madura con una tasa de éxito incuestionable e inigualable. Ahora bien, como acontece a cualquier organismo vivo, el paso del tiempo no ha resultado irrelevante tampoco para el corpus constitucional. La realidad social, política y económica en la que se encuentra nuestro país a principios del siglo XXI muestra unos rasgos configuradores que en relación con destacados aspectos presentan una distancia considerable con respecto a 1978. Responder a los retos de adaptación constitucional ante una realidad sustancialmente transformada resulta una tarea imprescindible de cara a recuperar la sintonía normativa con el contexto circundante. Afrontar la reflexión en torno a la misma en estos momentos, a pesar del complejo contexto político concurrente, también.

Baste con recordar que la sociedad española ha alcanzado un grado de madurez en el que las exigencias de una mayor calidad democrática en las instituciones representativas (rendición de cuentas) han de contar con un reflejo constitucional correspondiente. Esta reivindicación se hace particularmente evidente, aunque no solo², en relación con el modelo tradicional de representación política, cuyo cuestionamiento alcanzó su máximo grado de visibilidad con ocasión del movimiento del 15-M en el que, bajo el lema de “No nos representan”, desde la sociedad civil se puso en discusión la propia configuración de nuestro sistema democrático. Por otra parte, y concentrándonos en un ámbito especialmente sensible en el terreno de la profundización cualitativa de nuestra democracia, ha de ponerse en primer término la necesidad de constitucionalizar expresamente el principio de la democracia paritaria, dotándolo de sustantividad propia. Y es que debe tomarse conciencia consti-

² El robustecimiento de los instrumentos de democracia directa –referéndum e iniciativa legislativa popular– se erige, sin lugar a dudas, como otra de las cuestiones a considerar. Precisamente atendiendo a la débil configuración que dichas figuras presentan en la actual Constitución, en cuya virtud presentan un reducido valor jurídico, desde una perspectiva sustancial funcionan como instrumentos de democracia semidirecta.

tucional de que la democracia paritaria se erige en premisa insoslayable para lograr un Estado plenamente democrático y democratizado³.

La cuestión territorial, asimismo, se erige en otro de los ámbitos que requiere una reflexión no solo urgente sino también inesquivable. El Estado autonómico desarrollado a lo largo de estos años hace tiempo que alcanzó su techo constitucional, dejando al descubierto la existencia de déficits estructurales que deben ser solventados desde una perspectiva general. En tal sentido, resulta imprescindible abrir un debate que tenga muy presente la necesidad de abordar la modificación de la Constitución territorial y que, llegado el momento, permita articular un desarrollo ordenado y dotado de coherencia sistémica. Los procesos de reforma estatutaria acaecidos en la primera década de los 2000⁴ dejaron al descubierto la necesidad de acometer cambios sustanciales y de amplio espectro cuyo tratamiento debería haberse afrontado en sede constitucional. Anegada entonces la vía de la reforma, al concurrir un contexto político no mayoritariamente favorable a la misma, dicha operación se vehiculó a través del cambio estatutario, produciendo un importante desajuste en clave de coherencia ordinamental. La expresión más descarnada del conflicto generado vino a residenciarse en el caso del Estatuto de Cataluña aprobado en 2006. La sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, en la que el ambicioso programa reformador que incorporaba dicha norma quedó sustancialmente desactivado, marcó un punto de inflexión en dicha Comunidad Autónoma. La creciente escalada secesionista desarrollada con posterioridad, alimentando un proceso jalonado de reivindicaciones no atendidas por el Gobierno central y cuyo cénit tuvo lugar con la declaración unilateral de inde-

³ Vid. en este sentido, la reflexión de B. Rodríguez Ruíz-R. Rubio Marín: "De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, 2007, p. 156, poniendo de manifiesto que "una democracia paritaria, en definitiva, es un requisito para conseguir que el tránsito al Estado democrático sea completo. Con ella el Estado se despoja de la independencia como ficción que rige la participación en la vida pública, para dar entrada en ésta, junto con la independencia y en pie de igualdad con ella, a quienes dentro del Estado y en virtud del contrato socio-sexual simbolizan la gestión de la dependencia. El espacio público representativo lo sería así realmente de todos y de todas".

⁴ La secuencia temporal de las reformas tuvo como destinatarios a los Estatutos de Cataluña, Valencia, Andalucía, Islas Baleares, Aragón y Castilla y León. Con posterioridad se sumaron las modificaciones aprobadas en Navarra, Extremadura y Canarias.

pendencia y la subsiguiente suspensión de la autonomía en octubre de 2017 tras la activación del artículo 155 de la Constitución, ha venido a monopolizar la agenda política estatal, dominando completamente el discurso político en clave territorial. Estas graves circunstancias, empero, no pueden servir como argumento para desviar la atención sobre un problema que es objetivo (estructural) y que atañe al sistema en su conjunto, esto es, a todas las comunidades autónomas y no a una sola. El hecho a subrayar es que, existiendo un alto grado de descentralización, la calidad del autogobierno en España no es óptima y requiere ser mejorada⁵. Ciertamente, las actuales circunstancias políticas (con un Gobierno catalán que sin romper el marco de la legalidad vigente no renuncia, sin embargo, a su reivindicación independentista) y judiciales (con el juicio a los líderes del Procès celebrándose ante el Tribunal Supremo y todavía pendiente de resolución) generan un contexto dominado por la adversidad en el que no resulta aconsejable ni conveniente activar la reforma territorial. Reconociendo sin reservas lo complejo de la situación, empero, es imprescindible iniciar un período de reflexión y conversación política que posibilite la creación de un escenario propicio y, llegado el momento, receptivo a la tramitación de la modificación constitucional⁶.

Estamos, por lo demás, en una coyuntura delicada también si tenemos en cuenta la reciente -y apenas superada- crisis económica sufrida por nuestro país en la última década y que ha dejado profundas huellas en el edificio de nuestro (todavía) joven Estado social. La exigencia de contención del déficit público, determinada en sus líneas maestras en la hoja de ruta definida por la regulación emanada de la Unión Europea, se ha concretado en la necesidad de reducir drásticamente el gasto, dando paso a políticas de austeridad marcadas por profundos

⁵ Mi posicionamiento en relación con este tema aparece recogido en el documento “Ideas para una reforma de la Constitución” hecho público en noviembre de 2017 y en cuya elaboración participé junto con los profesores S. Muñoz Machado, E. Aja, J. García Roca, J. Tornos, F. de Carreras, A. López Basaguren, E. Fossas, V. Ferreres y J. A. Montilla.

⁶ Un primer, aunque todavía tímido paso, se ha dado gracias a la actividad desarrollada en sede parlamentaria a lo largo de 2018 (y hasta la disolución de las Cámaras en febrero de 2019) por parte de la Comisión sobre Evaluación del Estado Autonómico, ante la que han comparecido los padres de la Constitución, así como expertos jurídicos.

recortes⁷ en sectores neurálgicos del Estado de bienestar como son la educación y la sanidad. De este modo, el ya de por sí intenso impacto que la integración provoca en nuestras estructuras estatales se ha visto sustancialmente incrementado. Y es que la pertenencia a dicha organización supranacional, que trae aparejada la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (artículo 93 CE), ha proyectado importantes efectos sobre las funciones asignadas a todos los poderes estatales, redefiniendo buena parte de su configuración y dotándola de una renovada comprensión. La europeización experimentada por nuestro ordenamiento jurídico ha sido indudable y las consecuencias derivadas de la misma evidentes. No obstante, hemos de recordar que la mayor parte de la transformación europea experimentada por los poderes públicos carece del pertinente y necesario reflejo constitucional, con lo que ello implica en términos de falta de correspondencia entre las previsiones recogidas en su texto y la realidad concurrente en la que su ejercicio efectivo se lleva a cabo.

II. ¿Qué reforma de la Constitución? Enseñanzas a extraer de los precedentes inmediatos: 1992 y 2011

A la luz de las breves reflexiones expuestas, resulta claro que la reforma constitucional a desarrollar debería ser de amplio espectro, abarcando un nutrido elenco de cuestiones necesitadas de reformulación⁸. Desde una perspectiva práctica, sin embargo, tal percepción inicial cambia de signo y debe ser matizada en un sentido reductivo. La razón que nos mueve a asumir tal postura se basa en la existencia de una escasa cultura política en materia de reforma constitucional que no es sino la traducción de una preocupante falta de conciencia por parte de ciertos actores políticos (ciertamente no secundarios) sobre la necesidad de acometer labores de manutención de la Norma Suprema para mantenerla vigente. Una precariedad de base que, por lo demás,

⁷ Políticas de recortes –calificadas genéricamente como *austericidio*– que no vienen per se impuestas por la Unión Europea sino que se explican en el contexto de crisis existente y en una concreta dinámica política marcada por la decisión de no incrementar la presión fiscal que conduce a una mayor recaudación tributaria y permite mantener el nivel de servicios públicos esenciales reclamados por la sociedad.

⁸ Entiéndase que lo que se propone no es iniciar un proceso constituyente que lleve a una nueva Constitución sino, antes bien, a un proceso de reforma y *aggiornamento* de la existente.

no es distintiva del momento actual sino que se ha perfilado como una constante de nuestra atribulada historia constitucional⁹. Sobre la base de tal constatación de fondo parece más realista y sobre todo, más operativo afrontar la cuestión en clave progresiva, auspiciando la puesta en marcha de un programa de reformas parciales y por etapas temporalmente sucesivas. De esta forma, se propicia un clima de reflexión y conversación política que en el medio y largo plazo viene a generar una situación de aceptación paulatina de las tareas reformadoras pendientes (“se hace camino al andar”) y que, a la postre, sienta las bases necesarias para concluir las con éxito.

Lo que procede, pues, una vez realizada con carácter preliminar una operación de perimetraje de los contenidos necesitados de modificación, es establecer un orden de prioridades en sentido temporal, empezando por acometer aquellos cambios que suscitan un mayor consenso entre los actores políticos¹⁰. En este sentido, la cuestión de la vía procesal a seguir aparece dotada de la máxima relevancia a la hora de encarar la estación de las reformas, de tal manera que optar por el cauce *simplificado* previsto en el artículo 167 de la Constitución resulta preferible. Una vez acotado el radio de acción material, a continuación, toca abrir un período de diálogo y análisis en sede parlamentaria. Este momento de maduración y decantación de soluciones resulta imprescindible de cara a tejer dinámicas de consenso entre los actores políticos concernidos, que son los llamados a concluir con éxito el proceso. Y es que ha de llamarse la atención en torno a la idea de que el acuerdo, lejos de ser una precondition que se verifique desde el inicio del íter de la reforma, se perfila, antes bien, como el resultado llamado a cristalizar en su punto final. Alcanzar la mayoría de 3/5 en ambas cámaras que exige el artículo 167 CE, aun siendo exigente (requiere el voto favorable del 60% de sus miembros), se perfila como objetivo factible si concurre un

⁹ La profusa sucesión de constituciones en España a lo largo del siglo XIX da buena muestra de la incapacidad histórica para abordar la tarea de la reforma en sede política. Asimismo, aunque en una clave eminentemente jurídica esta vez, resulta pertinente (por la potente carga simbólica que incorpora) recordar el diseño extraordinariamente complejo y prácticamente inaplicable de reforma previsto por los artículos 375 a 384 de la Constitución de 1812.

¹⁰ Orden en la sucesión material de contenidos llamados a ser reformados que, en modo alguno, implica una opción ejercida en términos de jerarquía o importancia sustancial.

contexto receptivo al cambio entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria. No sacralicemos, pues, una idea de consenso que viene a identificarla con la exigencia de una adhesión unánime (o casi).

Atendiendo a este planteamiento de fondo, el tema de la europeización de la Constitución debería situarse en primer término para abrir la ronda de reformas pendientes. El claro desajuste existente entre la insoslayable realidad europeizada que muestra nuestro ordenamiento infraconstitucional, unido al hecho del déficit de atención que a dicha realidad presta la actual Constitución se muestran como dos factores determinantes en tal sentido¹¹. Asimismo, no cabe perder de vista que las cuestiones relativas a la Unión Europea se perfilan como un sector en el que existe un mayor margen para lograr un acuerdo político, dada la relevancia y repercusión institucional que acompañan a las mismas.

A este respecto, y como argumento instrumental, resulta pertinente llamar la atención sobre la circunstancia de que las dos únicas reformas constitucionales hasta ahora acometidas (1992 y 2011) han venido de la mano de la esfera europea y de la necesidad de adaptación a su marco regulador¹². No han sido producto, pues, de una iniciativa forjada

¹¹ Comparto la opinión de P. Cruz Villalón, “Prólogo”, en P. Cruz Villalón (dir.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, FBBVA, 2006, p. 17, quien alude a esta cuestión en los siguientes términos: “La europeización es un asunto que, en España al menos, se plantea en términos de recuperación de un retraso que se remonta a Maastricht, por más que la entrada en vigor del TcCE la haga ya imposible de posponer”.

¹² Por el camino se quedaron las dudas planteadas en torno a la necesidad de reformar la Constitución como consecuencia del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (2004). El TC fue interpelado en tal sentido pronunciándose al respecto en su Declaración 1/2004. El hecho de que el Tratado constitucional no llegara a entrar en vigor, tras los sendos fracasos cosechados en los referenda de Holanda y Francia, despojó de eficacia práctica inmediata las afirmaciones del TC en relación a la adecuación constitucional de los avances propuestos por aquél.

por voluntad propia de los actores políticos nacionales¹³. En el primer supuesto, se procedió a modificar el tenor del artículo 13.2 CE con carácter previo a la ratificación del Tratado de Maastricht, en el que con motivo del establecimiento de la ciudadanía europea vino a reconocerse el derecho de sufragio tanto activo como pasivo en las elecciones locales a los nacionales de los Estados miembros con residencia en cualquier país de la Unión. Siendo que el texto originario del artículo 13.2 CE vinculaba el ejercicio de tal derecho por parte de los extranjeros a su reconocimiento por ley o tratado internacional, así como a la existencia de reciprocidad y lo limitaba exclusivamente a su vertiente activa, la contradicción con la previsión europea condujo a la necesidad de su modificación¹⁴. Una operación *sencilla* en términos procedimentales (su tramitación en sede parlamentaria se hizo acudiendo al procedimiento de lectura única), que contó con el aval expreso del Tribunal Constitucional (Declaración 1/1992¹⁵) y que se *limitó* a la incorporación del

¹³ No puede dejar de recordarse que en la iniciativa de reforma constitucional propuesta en la sesión de investidura por J. L. Rodríguez Zapatero (VIII Legislatura, 2004) uno de los puntos concernidos giraba precisamente en torno a la inserción de una cláusula europea en el texto constitucional. La suerte de tal iniciativa, sin embargo, fue negativa, puesto que como consecuencia del rechazo manifestado por el partido popular –entonces, principal partido de la oposición– ni siquiera llegó a iniciarse el procedimiento de discusión parlamentaria. La constatación de una situación políticamente adversa a la reforma, sin embargo, no fue obstáculo para que se requiriese desde el Gobierno el parecer del Consejo de Estado, el cual emitió en febrero de 2006 su informe sobre modificaciones de la Constitución.

¹⁴ En el Dictamen del Consejo de Estado núm. 421/92, Sección 2a, 9-4-92 sobre el Expediente relativo al Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, se sostuvo precisamente una aproximación contraria al considerar que para la inserción de tal derecho fundamental en nuestro ordenamiento resultaba suficiente con activar el cauce procesal previsto en el artículo 93 CE, bastando por lo tanto la aprobación de una ley orgánica por parte de las Cortes Generales. En todo caso, el alto órgano consultivo aludió expresamente a que la duda suscitada fuera resuelta en última instancia por el Tribunal Constitucional a través de la activación del control previo recogido en el artículo 95.2 CE.

¹⁵ Para un análisis en clave eminentemente crítica, rechazando de forma tajante la argumentación sostenida por el TC en dicha Declaración se recomienda la lectura del artículo de Mangas Martín, A., “La Decisión del TC sobre el artículo 13.2 de la Constitución española (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): Una reforma constitucional innecesaria o insuficiente”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV (1992), 2, pp. 381-393.

reconocimiento también de la dimensión pasiva en el ejercicio del sufragio por parte de los no nacionales. De esta forma, las dos vertientes del derecho de voto en los comicios locales quedaron incorporadas en el texto constitucional.

Mucho más ambiciosa en cuanto a su formulación sustantiva resultó la reforma del artículo 135 CE, acometida en septiembre de 2011. A través de la misma el texto constitucional acogió en su seno el principio de estabilidad presupuestaria (en su doble vertiente de límite al déficit excesivo así como de exigencia de reducción de la deuda pública), auténtica clave de bóveda de la gobernanza económica que rige la Unión Económica y Monetaria de la zona euro. Estamos, pues, ante una norma de aplicación preferente, que incide sustancialmente sobre la soberanía estatal, limitando de modo incisivo la determinación de las decisiones presupuestarias fundamentales que, como es sabido, se erigen en el elemento determinante de la orientación política asumida por todo Gobierno¹⁶. Igualmente, la introducción de este mecanismo genera importantes efectos en el terreno del autogobierno financiero de las comunidades autónomas, el cual se reduce de forma severa como consecuencia de la atribución al Estado central de importantes facultades de control y vigilancia¹⁷. Asimismo, cabe afirmar que con la constitucionalización de este principio de matriz europea, este ha sufrido un cambio esencial como consecuencia de la mutación morfológica experimentada. En efecto, de ser una obligación europea regulada únicamente por normas internas de naturaleza legislativa (las sucesivas leyes orgánicas de

¹⁶ E.J. García Roca, “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, *Crónica Presupuestaria* 40, 1/2013, pg. 70.

¹⁷ Así se deduce sin ambages de la regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2013, de Estabilidad Presupuestaria y Suficiencia Financiera. P. Guerrero Vázquez, “Freno al endeudamiento autonómico y coerción estatal en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, *Revista general de derecho constitucional*, núm. 23, 2016, lleva a cabo un análisis exhaustivo y en términos abiertamente críticos en relación con la actitud escasamente respetuosa con la autonomía financiera de las comunidades autónomas que presentan buena parte de las previsiones contenidas en dicha normativa.

estabilidad presupuestaria¹⁸) ha pasado a convertirse en un principio sancionado expresamente por la Constitución que, al adquirir el máximo rango dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho, ha asumido la condición de parámetro de constitucionalidad de las normas internas.

Una lectura sucinta del nuevo artículo 135 CE pone de manifiesto que éste se nutre en buena medida de conceptos jurídicos indeterminados, que se incorporan a previsiones de índole eminentemente general y de carácter abierto sobre todo en relación con las facultades de control y corrección fiscal y financiero que sobre las CCAA se encomiendan al Estado. Como resulta obvio esta aproximación reguladora abre la puerta a la técnica de la remisión legislativa, encomendando a una específica ley orgánica la facultad de concretar los términos utilizados en sede constitucional¹⁹.

Desde una perspectiva procedimental, la iniciativa de reforma vino a articularse no a través de un proyecto auspiciado por el Gobierno sino mediante una proposición presentada ante el Congreso de los Diputados por los grupos parlamentarios mayoritarios de la Cámara, a la sazón, socialistas y populares. La preferencia por esta vía puso claramente de manifiesto la voluntad política mayoritaria de eludir la intervención previa del Consejo de Estado, la cual hubiera resultado preceptiva en el supuesto de que el trámite de reforma se hubiera activado en sede gubernamental, según se desprende de lo dispuesto por la normativa

¹⁸ M. Medina Guerrero, “La reforma del artículo 135 de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pg. 138, llama la atención sobre esta idea, incidiendo en que “(U)na de las críticas más repetidas que se han hecho a la reforma es que resulta absolutamente inútil en el plano jurídico, habida cuenta de que no añade nada a lo que ya podía hacer la normativa infraconstitucional antes de la misma. Y un argumento esencial a este respecto es que la STC 134/2011, publicada en el BOE de 17 de agosto, había confirmado íntegramente la constitucionalidad de la Ley 18/2001, general de estabilidad presupuestaria, y la LO 5/2001, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria”.

¹⁹ J. García Roca, “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, *ob. cit.*, pg. 55, valora en un sentido decididamente negativo el recurso a la técnica del reenvío legislativo en relación con un tema tan importante como el apuntado. Según el autor, este modo de actuar nos sitúa ante el “defecto más grave de la reforma”.

aplicable²⁰. De esta forma se esquivó de forma injustificada la tarea de estudio previo desarrollada por el máximo órgano consultivo del Ejecutivo, cuya justificación sustancial se basa en la necesidad de establecer un filtro técnico orientado a depurar las iniciativas de reforma patrocinadas por aquél. Mayor gravedad presenta la ausencia de iniciativas políticas orientadas a fomentar la implicación de la sociedad civil y la opinión pública en el proceso de reforma por parte de sus promotores. En efecto, durante el brevísimo período de tiempo transcurrido entre el inicio de dicho proceso y el momento final de su aprobación, en España se vivió una suerte de autismo político-institucional que resultó altamente pernicioso para la imagen de la reforma en cuanto tal. El hecho es que el cambio operado en sede constitucional fue percibido por una gran parte de la ciudadanía como una imposición externa (consecuencia de presión ejercida de forma concurrente por parte de la Canciller alemana, Angela Merkel y los mercados) y no como una decisión adoptada libremente por el Estado español²¹.

Esta primera ronda de críticas en clave eminentemente procedimental no puede concluirse sin hacer referencia al importante daño experimentado por el consenso constitucional como consecuencia del *modus operandi* adoptado. La ausencia de acuerdo —o al menos, del

²⁰ Vid. en este sentido el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, en donde se dispone lo siguiente: “El Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de *reforma constitucional* que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que estime oportuno para el mejor desempeño de sus funciones. En la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional atenderá los objetivos, criterios y límites señalados por el Gobierno y podrá hacer también las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos”. Por su parte, el artículo 21 de dicha ley prevé que “El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: 1. Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado”. Recuérdese, por lo demás, que esta previsión se introdujo tras la modificación operada en 2004 (Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre) precisamente con la finalidad de dotar al alto órgano consultivo del Gobierno de tal facultad en el marco de la iniciativa de reforma constitucional anunciada por J.L.Rodríguez Zapatero meses antes en su discurso de investidura.

²¹ Para una aguda crítica articulada en torno a la idea expuesta en el texto, cfr. M. J. Ridaura Martínez, “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 237-260.

intento de lograrlo- entre las fuerzas políticas –más allá de socialistas y populares- causó un impacto muy negativo sobre la idea del consenso que, como es sabido, se perfila como un eje articulador esencial de la cultura política española desde la Transición. Desde tal perspectiva se explica que el mantra que acompañó la tramitación de la reforma del artículo 135 y que fue continuamente repetido por los partidos minoritarios no fuera otro que la Constitución había dejado de ser de todas las fuerzas políticas para identificarse tan sólo con dos de ellas.

Avanzando en el análisis del iter procesal desarrollado, a continuación, corresponde llamar la atención sobre la especialidad de las dos concretas modalidades aplicadas: el procedimiento de urgencia²² y el de lectura única²³. Una breve consideración en torno a la morfología de estos cauces procesales²⁴ pone en evidencia nuevos motivos de crítica. En el caso del procedimiento de urgencia, su principal característica apunta hacia la reducción sustancial de los tiempos disponibles para la discusión parlamentaria. Objetivamente, por lo tanto, el recurso al mismo deja un escaso margen para el desarrollo de un debate profundo y articulado sobre el contenido de las propuestas examinadas. La necesidad tempestiva de aprobar la reforma prevaleció frente a la necesidad de preservar un valor esencial de la deliberación parlamentaria, a saber, su carácter discursivo en tanto que expresión directa del respeto por el pluralismo. Si la limitación intrínseca del debate que es propia de este

²² La regulación de dicho procedimiento se encuentra recogida en los artículos 93 y 94 del Reglamento del Congreso y 133 y 135 del Reglamento del Senado. La principal nota característica del mismo es que los plazos de tramitación previstos para el procedimiento ordinario se reducen a la mitad.

²³ Los artículos 150 y 190 de los Reglamentos del Congreso y del Senado, respectivamente, proceden a reservar este procedimiento que obvia la fase de tramitación en comisión y asimismo, reduce el debate a una única votación por parte del Pleno a aquellos proyectos o proposiciones de ley que así lo aconsejen o cuando la simplicidad de su formulación lo permita.

²⁴ P. García-Escudero Márquez, “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución. (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 165-198, analiza de forma exhaustiva tanto la regulación normativa como el caudal jurisprudencial existente en torno a estos procedimientos, poniendo en evidencia su problematicidad atendiendo a las características que presenta la reforma del artículo 135 CE.

procedimiento²⁵ se presenta dotada de una especial problematicidad en términos de legitimidad democrática, puesto que reduce al mínimo el margen para el debate, en la hipótesis de textos legislativos dotados de una cierta densidad normativa, un diagnóstico similar cabe formular en un supuesto como el aquí analizado en el que el objeto de la reforma constitucional aparece caracterizado por su especial complejidad. Se puede ciertamente sostener, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su respuesta (Auto 9/2012, de 13 de enero) al recurso de amparo presentado por un grupo de parlamentarios de Izquierda Unida, que desde el punto de vista de la legalidad del procedimiento no cabe inferir ningún vicio formal. La causa es diáfana e inapelable desde una perspectiva de estricta legalidad: ni la Constitución ni los reglamentos parlamentarios imponen una específica modalidad procesal a la reforma constitucional. Sin negar la corrección en términos formales de esta apreciación debe subrayarse, no obstante, que la vía procesal elegida no resultó la más adecuada a la hora de reforzar la legitimidad democrática de la reforma acometida.

Por lo que se refiere a la utilización del procedimiento en lectura única debemos hacer particular énfasis en que su característica esencial reside en la concentración del debate legislativo única y exclusivamente en el Pleno, obviando el precioso trabajo previo de confrontación y discusión entre los diversos grupos parlamentarios que se desarrolla en sede de Comisión. Estamos, pues, ante un procedimiento especial previsto por los reglamentos parlamentarios que habitualmente se utiliza en supuestos de iniciativas legislativas caracterizadas por su simplicidad y que, por lo tanto, no requieren un debate ni profuso ni profundo. Asimismo, desde una perspectiva empírica, se constata que tal vía simplificada suele activarse en supuestos de leyes pactadas cuyo contenido ha sido previamente decidido extra muros del Parlamento y que, por lo

²⁵ Recuérdese que el de urgencia es el procedimiento utilizado precisamente en los casos de convalidación de los decretos-leyes, con respecto a los que la introducción de enmiendas está vetada constitucionalmente y que reduce los términos del debate a la opción de aceptar o rechazar en bloque la propuesta sometida a la consideración de la Cámara. Teniendo presente esta circunstancia coincidimos con J. Pérez Royo, “La reforma del artículo 135 de la Constitución (Encuesta)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 93, 2011, pg. 199, quien considera que la reforma se ha discutido y aprobado por el Parlamento español “como si se tratara de un decreto-ley”.

tanto, sólo exigen un acto de ratificación/formalización legislativa para ingresar formalmente en el ordenamiento jurídico. Llegados a este punto de nuestra exposición resulta conveniente recordar que precisamente el procedimiento de lectura única fue el utilizado para la reforma del artículo 13.2 CE en 1992. En aquella ocasión, sin embargo, el contexto de fondo en el que se enmarcó el cambio constitucional resultaba completamente distinto del concurrente en 2011. Para empezar, porque en aquella ocasión existía un consenso generalizado entre las fuerzas políticas con respecto al contenido de la modificación que había de llevarse a cabo. Por otro lado, y como fundamental factor coadyuvante, como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional se pronunció con carácter precedente sobre dicho contenido, afirmando la necesidad de modificar el texto constitucional antes de la ratificación del Tratado de Maastricht. En último lugar, pero no por ello menos importante, la tarea reformadora quedó circunscrita a una operación extraordinariamente simple, ya que se limitó a añadir la indicación “y pasivo”, reconociendo tal dimensión al derecho de sufragio ejercido por los extranjeros en las elecciones locales. Así pues, la conjunción de elementos aludidos avala la adecuación del procedimiento en lectura única para tramitar y aprobar la reforma de 1992. A una conclusión diametralmente opuesta se llega, por el contrario, al analizar el caso de 2011, puesto que en esta ocasión ni se trataba de una operación sencilla en términos sustanciales ni tampoco era expresión de un consenso integrador de amplio espectro entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria.

La respuesta del TC en la resolución del recurso de amparo presentado por los diputados de Izquierda Unida denunciando la violación que el uso de tal procedimiento provoca sobre su derecho fundamental de participación política eludió entrar a considerar tal perspectiva, limitándose de nuevo a verificar la corrección formal de la vía utilizada. Razona el Tribunal en su Auto 9/2012, de 13 de enero, que la preferencia por iniciativas simples o para leyes pactadas no agota el radio de acción de tal procedimiento especial, por lo que su uso en el caso analizado no resulta vetado jurídicamente por las previsiones reglamentarias aplicables²⁶. En todo caso, sin dejar de reconocer la corrección

²⁶ Para un análisis en profundidad del contenido de dicho auto, se recomienda la lectura de I. Villaverde Menéndez, “El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales: ¿un oxímoron constitucional?: comentario al ATC 9/2012”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 483-498.

formal del cauce procesal referido, no podemos dejar de manifestar la opinión crítica que merece este modo de proceder a la luz de las exigencias simbólicas inherentes a la deliberación democrática. Y es que ante iniciativas dotadas de un grado acentuado de complejidad técnica y también de una especial trascendencia material lo que se espera en clave democrática es optar por un íter procesal en el que el espacio para la discusión y la confrontación pluralista sea lo suficientemente amplio²⁷. Como contrapunto, sin embargo, debe reconocerse que gracias a estos dos procedimientos especiales fue posible llevar a cabo la tramitación parlamentaria de la reforma en un tiempo record: 12 días.

III. La europeización de la Constitución: una asignatura todavía pendiente

Una vez referidas las dos experiencias de reforma acaecidas en nuestro país, a continuación, pasamos a considerar concretamente la cuestión relativa a una hipotética modificación de la Constitución en clave europea. Han transcurrido más de 32 años desde que España se adhirió a la (entonces) Comunidad Europea. Mucho ha llovido desde esa lejana fecha y los efectos derivados de los progresivos avances experimentados por la construcción europea han dejado una impronta evidente sobre nuestro ordenamiento infraconstitucional, poniendo de manifiesto una intensa dinámica transformadora de corte eminentemente *europeizador*. La definición constitucional de los poderes estatales, así como el diseño que la Norma Suprema lleva a cabo de sus funciones adquieren un entendimiento sustancialmente renovado. La cesión a la Unión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución así lo impone no sólo por la traslación del centro de gravedad decisional desde el ámbito doméstico a la instancia supranacional (la potestad legislativa ya no se ejerce en primer término por las Cortes Generales allí donde se han cedido competencias, correspondiendo a la UE la competencia para su regulación jurídica) sino también por la incorporación de un caudal cada vez más nutrido de normas procedentes de la misma dotadas de los rasgos de primacía y eficacia directa (con la consiguiente alteración material del sistema de fuentes que ello implica) cuya co-

²⁷ Assumo la opinión defendida por R. Blanco Valdés, “La reforma de 2011: De las musas al teatro”, *Claves de la razón práctica*, núm. 216, pg. 12, al considerar que el procedimiento seguido para la tramitación de la reforma es “una locura jurídica y política”.

recta aplicación se hace depender de los jueces nacionales. Y aún así, a pesar de la fuerza del caudal europeizador que se proyecta sobre la totalidad de nuestro ordenamiento, no existe una aproximación global a la cuestión que ofrezca una imagen final ordenada. Una situación todavía menos halagüeña se constata en el nivel constitucional propiamente dicho donde la recepción de tan trascendentes transformaciones arroja un balance dispar y ciertamente insatisfactorio. Porque la Constitución aprobada en 1978, más allá de los tres preceptos dedicados a la cuestión –uno originario, conteniendo una referencia tácita y eminentemente procedimental (el artículo 93) y dos sobrevenidos (los artículos 13.2 y 135)-, adolece de una aproximación holística al fenómeno de la europeización, con el lastre que ello comporta para su correcta comprensión. Superar el grado de desintonía entre la realidad existente y los preceptos constitucionales llamados a regularla pasa, pues, por abordar un proceso de reforma de la Norma Suprema en clave europea que permita lograr el imprescindible ajuste entre ambos planos. Un ajuste que en última instancia responde, como defiende P. Cruz Villalón, a la necesidad de “mantener la calidad de nuestra Constitución desde la perspectiva de la norma fundamental de un Estado que ha devenido él mismo parte de una comunidad política, seguramente no más alta, pero sin duda alguna más extensa”²⁸.

Sin intención de agotar una cuestión que por su magnitud y complejidad rebasa los márgenes de este trabajo, a continuación se señalarán las cuestiones básicas que habrían de ser tratadas en una hipotética operación reformadora:

1) Con carácter previo y en tanto que elemento del frontispicio que preside el edificio constitucional debe reclamarse la introducción de una *cláusula general europea*. Se trataría de añadir al elenco de rasgos definitorios del Estado español –social y democrático de Derecho- la condición de miembro de la Unión, procediendo a su expresa constitu-

²⁸ P. Cruz Villalón, “Prólogo”, en P. Cruz Villalón (dir.), *Hacia la europeización de la Constitución española*. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea, ob. cit., pg. 18. Una idea similar defiende desde una perspectiva general F. Rubio Llorente, “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, pág. 33, se refiere a las reformas constitucionales “como remedio que hacen posible superar la esquizofrenia jurídica que preside la integración europea en el interior de los Estados miembros”.

cionalización. Una condición que resulta absolutamente determinante a la hora de entender la configuración de nuestro ordenamiento²⁹ y a resultas de la cual éste asume un carácter heterónomo, al incorporar en su seno normas creadas por las instancias supranacionales en relación con aquellas competencias derivadas de la Constitución cuyo ejercicio se transfiere a la Unión y en cuyo ámbito de aplicación gozan de supremacía y efecto directo frente a las internas (que de este modo, vienen desplazadas en su aplicación)³⁰.

En relación con la ubicación constitucional en la que debería figurar la cláusula general europea consideramos que teóricamente su lugar idóneo sería el artículo 1.1, de tal manera que figurase la condición de Estado integrado en la Unión junto a los rasgos configuradores allí contemplados: social y democrático de derecho. No obstante, siendo conscientes de la dificultad de afrontar el proceso agravado que impone la reforma del Título Preliminar (artículo 168 CE) y reiterando la preferencia por la vía simplificada prevista en el artículo 167, se han formulado diversas propuestas. El Consejo de Estado, en su informe sobre modificaciones de la Constitución baraja distintas ubicaciones que a continuación se exponen: 1) Añadir un nuevo artículo (93 bis) en el propio Capítulo III del Título III, donde actualmente está situado el artículo 93; 2) Crear un nuevo Capítulo IV dentro del mismo Título III, bajo la rúbrica “De la Unión Europea” y que estaría compuesto por un solo artículo, el 93 bis; 3) Introducir un nuevo Título VII bis o VIII bis contando con una rúbrica específicamente destinada a la Unión Euro-

²⁹ P. Cruz Villalón, “Europeización de la Constitución española: Una introducción al problema”, en P. Cruz Villalón (dir), *Hacia la europeización de la Constitución española*, ob. cit., pgs. 46, afirma que estamos ante una “una especie de célula madre (totipotente), en el sentido de que puede explicar, en razón de su capacidad de proyección sobre el resto del sistema, todo o casi todo lo que la pertenencia a la UE implica”.

³⁰ P. Cruz Villalón, “Europeización de la Constitución española: Una introducción al problema”, en P. Cruz Villalón (dir), *Hacia la europeización de la Constitución española*, ob. cit., pgs. 54 y ss. reflexiona en torno al carácter poliédrico de la cláusula europea, en tanto que fórmula que incorpora diversas dimensiones, a saber, (1) la programática/finalista, que muestra la integración en la Unión Europea como objetivo de primera magnitud; (2) la sustantiva/garantista, auténtica clave de bóveda de la cláusula, ya que apunta a la identidad nacional, esto es a la funciones esenciales del Estado; (3) la ordinal, cuyo referente directo alude a la nota de primacía que caracteriza las normas europeas; y (4) la procedimental, en tanto que expresión de la necesidad de articular cauces formales mediante los que ordenar la cesión de competencias a la Unión.

pea. Va a ser esta última ubicación la preferida por el Consejo³¹, argumentando que estamos ante “una nueva forma de entender la estructura del Estado: la participación misma como manifestación normativa de voluntad”³². Compartimos el criterio expuesto que, por lo demás, se hace eco de la solución acogida en Francia, cuya Constitución presenta un título ad hoc, el XV, que aparece bajo el encabezamiento “De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, compuesto por un solo artículo –el 88– que consta de siete apartados en los que se van desgranando las diversas dimensiones que se desprenden de la integración.

2) La constatación de las nuevas parcelas materiales incluidas en el proceso de integración, lo que implica un correlativo efecto de aminoración de la soberanía estatal, ha de servir como acicate para llevar a cabo una *actualización del artículo 93 CE*. Resulta pertinente llamar la atención sobre el hecho de que estamos ante un precepto creado por el constituyente del 78 con la finalidad primordial de permitir, llegado el momento, la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea. A tal efecto se establece la necesidad de ley orgánica para suscribir cualquier tratado cuyo objeto sea la cesión de competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución internacional. De este modo, aún sin contar con una mención explícita, la realidad de la integración europea va a contar con un preciso encaje constitucional ya desde sus orígenes.

Debe enfatizarse, no obstante, la idea de que en la actualidad la virtualidad operativa de esta previsión muestra signos de una cierta insuficiencia como consecuencia de los avances producidos en el proceso de construcción de Europa y el correlativo incremento de competencias cedidas a la Unión. Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, emanada con carácter previo a la ratifica-

³¹ El Consejo de Estado en su *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, 2006, pg. 104 rechaza las opciones apuntadas previamente aludiendo al hecho de que “no se está únicamente ante una reforma que afecte al sistema de fuentes del Derecho o al proceso de ratificación de Tratados constitutivos, ni aún mucho menos solo a las Cortes Generales, órgano que constituye el objeto de la totalidad del contenido del Título III, por mucho que aquellas dos cuestiones sean dos de los principales problemas que la cláusula resuelve”.

³² Vid., *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, ob. cit., pags. 104 y ss.

ción por España del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. En dicha resolución se llevó a cabo una lectura del artículo 93 CE que, junto a su innegable dimensión orgánico-procedimental, apuntó la existencia de otra de índole material en cuyo seno anidan límites “no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto” (FJ 2). Sobre la base de dicha vertiente sustancial la cesión de competencias soberanas se topa con una suerte de muro de contención que impone, como condición necesaria “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)” (FJ 2).

Esta perspectiva material, asumiendo una línea coincidente con las exigencias introducidas en otros textos constitucionales de Estados miembros de la Unión³³, debería ser objeto de incorporación explícita al texto del artículo 93 CE. Por razones evidentes de seguridad jurídica. También como expresión de la existencia de límites ciertos a la integración resultaría pertinente llevar a cabo una alusión expresa al respeto obligado de las estructuras constitucionales básicas (en la terminología

³³ En este sentido, el artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn incorpora un mandato complejo y en sentido bidireccional, puesto que una vez afirmado el compromiso estatal “(P)ara la realización de una Europa unida”, la contribución “de la República Federal de Alemania al desarrollo de la Unión Europea” se vincula a la obligación de que ésta salvguarde “los principios democráticos, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental”, esto es, su identidad constitucional. Debe entenderse, pues, que solo en tanto se garanticen tales elementos esenciales, “la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat” (elemento procedimental de la cláusula que, de este modo, cierra la vertiente sustancial previamente afirmada).

utilizada por el TC) o si se prefiere, enlazando con la semántica del artículo 4.2 TUE, a la *identidad nacional* como límite a la integración³⁴.

3) En lo concerniente a la parte orgánica, a modo de premisa, se ha de recordar que el protagonismo esencial que los Ejecutivos nacionales asumen en los procesos decisionales de la Unión Europea (de forma muy señalada en el Consejo) opera en claro detrimento de las asambleas legislativas nacionales, constatándose una acusada tendencia a la *desparlamentarización*³⁵. En un contexto general de referencia en el que la

³⁴ Sobre la doble funcionalidad de la cláusula, cfr. P. Cruz Villalón, “La identidad constitucional de los Estados miembros: Dos relatos europeos”, *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, especialmente pp. 511 a 514, en donde el autor pone de manifiesto que si bien los Tribunales Constitucionales utilizan dicha cláusula como “una categoría expresiva de la capacidad de resistencia última de los Estados miembros”, por su parte, el TJUE tiende a relativizarlo, considerándolo como “una especie de ‘peculiaridad’ constitucional, ciertamente atendible”. Resulta, pues, un claro contraste entre “potencial esencialista” que denota la fórmula en sede constitucional interna y la “versión ‘domesticada’ y acaso más operativa” con que la misma aparece en la jurisprudencia del TJUE.

³⁵ Tal efecto de desparlamentarización como consecuencia de las inercias europeas, sin embargo, contrasta con la reivindicación del papel de los parlamentos nacionales que se incorpora en el derecho primario. Una primera y destacada muestra se encuentra en el artículo 12 TUE (posteriormente desarrollado por los Protocolos anexos 1 y 2), en el que se dispone lo siguiente: “Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:

a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;

b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;

c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado;

d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado;

e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado;

f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea”.

normativa emanada de las instancias europeas asume contenidos cada vez más exhaustivos (sobre todo en lo que concierne a las directivas³⁶) y en el que, por lo demás, se aprecia un creciente efecto de irradiación competencial en cuya virtud la UE condiciona la regulación interna de cuestiones referidas a competencias no formalmente cedidas³⁷, reforzar en sede constitucional el rol institucional que en el ámbito de la integración corresponde al Parlamento se erige en una cuestión dotada de capital importancia.

La clave de bóveda de la operación llamada a recuperar un espacio propio de actuación para las Cámaras descansa, pues, en la afirmación de un derecho de participación en asuntos europeos³⁸. Un derecho que, como resulta evidente, ha de tener muy presente que en el marco institucional para la creación jurídica y la adopción de decisiones que opera en la UE la interlocución directa se establece con los Gobiernos estatales. Por lo tanto, afirmar la existencia de derechos de cuño parlamentario implica per se el correlativo deber del Ejecutivo de informar, poniendo en conocimiento del órgano legislativo las iniciativas normativas formuladas en sede europea³⁹. Así enfocada la cuestión resulta claro que las

³⁶ En dicho contexto de expansión reguladora a cargo de las directivas, los resquicios para la implementación normativa por parte de las leyes nacionales se torna exigua y ciertamente marginal. El efecto de desapoderamiento que experimenta el ejercicio de potestad legislativa de las Asambleas nacionales resulta incuestionable y, ciertamente, inevitable.

³⁷ El caso de la legislación hipotecaria en España resulta paradigmático a este respecto. El hecho a remarcar es que la misma tuvo que ser reformada como consecuencia de la saga de sentencias emitidas por el TJUE en las que se resolvió la no compatibilidad de las garantías de los deudores hipotecarios (en tanto que consumidores protegidos por la normativa de la Unión) en el curso de procedimientos judiciales de ejecución con el contenido de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo recogidos en los artículos 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

³⁸ El artículo 23.2 de la Ley Fundamental de Bonn se presenta como un referente esencial en este sentido cuando prevé que “En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el Bundestag y los Länder a través del Bundesrat”. En una línea más articulada que pone expresamente el acento en la vertiente relacional que acompaña el ejercicio de la competencia participativa, el artículo 163.6 de la Constitución portuguesa dispone que “*compete a la Asamblea de la República, en relación con otros órganos: Acompañar y examinar, en los términos que establezca la ley, la participación de Portugal en el proceso de construcción de la Unión Europea*” (la cursiva es nuestra).

³⁹ Así reza expresamente el artículo 23.2 in fine de la Ley Fundamental de Bonn: “El Gobierno Federal debe informar en detalle y con la menor dilación al Bundestag y al Bundesrat”.

competencias asignadas a las Cámaras han de perseguir como objetivo esencial la intensificación del control ejercido sobre el órgano gubernamental, estableciendo límites orientados a condicionar su capacidad de actuación en un espacio funcional (sic., el ejercicio de la potestad legislativa) que, de no mediar la integración y la consiguiente cesión de competencias, correspondería a aquéllas⁴⁰. Al hilo de tal planteamiento de base y como efecto del mismo el Gobierno queda constreñido por una obligación de informar que se manifiesta en un doble sentido: tanto a priori, esto es, para que las Asambleas tengan conocimiento y puedan pronunciarse, contribuyendo activamente a fijar la posición estatal antes de que los responsables gubernamentales acudan ante las instancias europeas⁴¹ (si bien dejando un margen suficiente para no anular su ca-

⁴⁰ Entiéndase que no se trata de cercenar la necesaria y, por lo demás, imprescindible discrecionalidad que ha de presidir la actuación del Gobierno también en el ámbito europeo. Antes bien, partiendo del respeto a la misma, el objetivo es evitar que se entienda como sinónimo de la existencia de un cheque en blanco que permite y da cobijo a cualquier decisión o actuación al margen de la voluntad parlamentaria y sin haber permitido que ésta se manifieste.

⁴¹ Esta obligación previa aparece recogida de modo rotundo en el artículo 23.3 LFB: “Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará al Bundestag la oportunidad de expresar su parecer. El Gobierno Federal tendrá en cuenta las tomas de posición del Bundestag en las negociaciones. La regulación se hará por una ley”. En una línea similar, el artículo 10 b de la Constitución de la República Checa prevé que “El Gobierno informará al Parlamento regularmente y con antelación de los asuntos relacionados con las obligaciones que deriven para la República Checa de su pertenencia a una organización o institución internacional prevista en el artículo 10 a” (sic., a la que se transfieren ciertos poderes de órganos de dicha República). Menos incisivo se muestra el artículo 88-4, apartado 1 de la Constitución francesa, puesto que limita la obligación del Gobierno de someter a ambas Cámaras “los proyectos o propuestas de actos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea” al “momento de su traslado al Consejo de la Unión Europea”.

pacidad negociadora⁴²) como ex post, esto es, contemplando la obligación del Ejecutivo de rendir cuentas sobre las actuaciones desarrolladas ante aquéllas una vez adoptadas las decisiones correspondientes⁴³.

Una mención específica merece en este apartado el ejercicio del control preventivo del principio de subsidiariedad cuyo ejercicio corresponde, a través del mecanismo de alerta temprana (*early warning system*), a los Parlamentos nacionales. Dicha potestad, introducida por él recogida en el artículo 6 del Protocolo n. 2 sobre la aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad que acompaña al Tratado de Lisboa, confiere a “(T)odo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se

⁴² Una previsión en clave extraordinariamente garantista se formula en el artículo 23.e de la Constitución de Austria, en el que tras afirmar (apartado 1) que “El miembro competente del Gobierno Federal informará inmediatamente al Consejo Nacional y al Consejo Federal sobre una propuesta en el marco de la UE y les dará oportunidad para que puedan tomar posición”, a continuación prevé (apartado 2) que si la toma de posición del Consejo Nacional versara sobre “una propuesta en el marco de la UE que haya de hacerse efectiva mediante ley federal, o que vaya destinada a que se dicte un acto jurídico de aplicación directa relativo a materias que hayan de regularse mediante ley federal, quedará vinculado dicho miembro del Gobierno Federal a la toma de posición en las deliberaciones y votaciones en el seno de la UE, y sólo podrá apartarse de ella por *motivos apremiantes de política exterior y de integración*” (la cursiva es nuestra). Para el caso de que concurriesen dichas circunstancias justificando el cambio de posición del Consejo Nacional, el miembro competente del Gobierno federal queda obligado a poner “de nuevo la cuestión en manos del Consejo Nacional”. El máximo grado de vinculación del Gobierno con respecto a la posición manifestada en sede parlamentaria aparece conectado con el supuesto de que “el acto jurídico en preparación de la UE constituyere una modificación del vigente ordenamiento constitucional federal”. En tal caso “sólo será lícito ese apartamiento si el Consejo Nacional no formula oposición dentro de un plazo adecuado”.

⁴³ Nuevamente, la Constitución austriaca se perfila como ejemplo en este sentido, puesto que en su artículo 23 e, apartado 4 dispone que “Emitida toma de posición por el Consejo Nacional (...), deberá el miembro competente del Gobierno Federal informar al Consejo Nacional después de la votación en el seno de la UE. Deberá especialmente dicho miembro del Gobierno Federal, en el supuesto de que se haya apartado de una toma de posición del Consejo Nacional comunicar inmediatamente sus razones al Consejo Nacional”.

ajusta al principio de subsidiariedad”. Asimismo, para la aprobación de dicho dictamen se prevé en el artículo 7 in fine del citado protocolo que “(C) cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto”. En último lugar, al establecer (artículo 8) el recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación del principio de subsidiariedad por parte de un acto legislativo de los contemplados no sólo se atribuye legitimación procesal a los Estados miembros sino que, adicionalmente, se contempla la posibilidad de que el mismo sea transmitido “de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo”. La somera referencia al genérico marco europeo en el que se encuadra el control del principio de subsidiariedad deja en evidencia que su concreta articulación a nivel interno se hace depender de cómo se organiza la esfera parlamentaria en cada Estado miembro.

Llegados a este punto resulta necesario llamar la atención sobre dos cuestiones dotadas de innegable relevancia, que guardan una estrecha relación con los planteamientos hasta ahora esgrimidos y que deben ser objeto de consideración. Por un lado, la reforma constitucional debería decantarse a favor de la especialización orgánica a la hora de encomendar el ejercicio de las funciones previstas a una instancia parlamentaria ad hoc: La Comisión de Asuntos Europeos⁴⁴. Gracias a la referencia constitucional expresa, dicho órgano no sólo logra su formalización en el máximo nivel normativo, lo que trae aparejado la adquisición de un estatus jurídicamente reforzado en la tarea de vehicular el ejercicio de las competencias parlamentarias en el ámbito referido⁴⁵. Asimismo, con tal operación se garantiza una apreciable visibilidad en el marco de las distintas actividades desarrolladas por el Parlamento, lo que confiere singularidad y valor añadido en términos funcionales.

⁴⁴ En esta línea se inscribe el artículo 45 de la LFB, al establecer que “El Bundestag nombrará a una Comisión de Asuntos de la Unión Europea. Podrá aquél autorizarla a ejercer, conforme al artículo 23, los derechos del Bundestag frente al Gobierno Federal”.

⁴⁵ Una atribución de competencias a favor de tal comisión que, huelga decirlo, no excluye la avocación de su ejercicio al Pleno cuando así se considere necesario y conveniente. La previsión constitucional alemana citada en la nota precedente apunta precisamente en tal dirección.

Pero cuando se aborda la especialización orgánica emerge una derivada que ha de tomarse en consideración y que aparece conectada directamente con la representación de los intereses territoriales. En efecto, dado que para preservar el derecho de participación de las Comunidades Autónomas en aquellos asuntos europeos que versan sobre materias de su competencia e interés sería necesario superar el actual modelo de comisión mixta Congreso-Senado⁴⁶ existente en nuestro país y, llegado el caso de que la Cámara Alta fuera reformada en un sentido territorial, podría valorarse la conveniencia de crear una comisión especializada en asuntos europeos también en dicha Cámara⁴⁷. Como es obvio, la propuesta a favor de incorporar el desdoble orgánico pasaría necesariamente por la previsión de funciones diferenciadas cuyo ejercicio vendría a conectarse con el respectivo ámbito de competencias⁴⁸.

El segundo de los asuntos a tratar nos sitúa en el terreno de la técnica reguladora o, si se prefiere, de la densidad normativa que han de revestir las previsiones recogidas en la Norma Suprema. En este sentido, y atendiendo al rasgo de apertura que acompaña a las disposiciones constitucionales⁴⁹, estimo necesario que las relativas a los derechos de

⁴⁶ En España, la comisión mixta Congreso-Senado de asuntos europeos fue creada por ley en 1987. Gracias a las sucesivas reformas legislativas aprobadas se ha producido un reforzamiento de su posición institucional derivada del incremento de las funciones atribuidas, aunque éstas siguen mostrando un notable déficit sobre todo en lo que se refiere al diseño de la capacidad parlamentaria de vincular con carácter previo a su formulación la posición del Gobierno ante las instancias europeas. Asimismo, y a pesar de la previsión de un mínimo de dos reuniones mensuales durante los períodos de sesiones parlamentarias, la experiencia práctica arroja un cuadro insatisfactorio sobre el funcionamiento de la Comisión, cuya virtualidad operativa tiende a limitarse al terreno de lo estrictamente formal.

⁴⁷ En Alemania, la participación de los Länder en asuntos de la UE se lleva a cabo “por medio del Bundesrat” (artículo 50 LFB). En función de tal planteamiento, se establece la posibilidad de que aquél cree “una Cámara de asuntos europeos cuyas decisiones serán consideradas como decisiones del Bundesrat”.

⁴⁸ No se trataría, pues, de una mera reiteración o repetición de cauces de intervención referidos a los mismos asuntos y con respecto a los que se ejercen similares competencias. Al margen de la consideración en clave territorial, el artículo 88.4.1 de la Constitución francesa lleva a cabo una decidida apuesta a favor de la dualidad orgánica, al prever lo siguiente: “En cada Cámara parlamentaria se instituirá una comisión encargada de los asuntos europeos”.

⁴⁹ Apertura e indeterminación que trae consigo la definición de principios que fijan el marco de referencia cuya concreción, a través de reglas, se deja a la competencia de la posterior regulación legislativa.

participación parlamentaria, así como a las correspondientes obligaciones informativas del Gobierno queden circunscritas a un terreno eminentemente genérico. En línea con la orientación seguida por el derecho comparado, lo más operativo es que una vez fijadas las líneas maestras que configuran el marco que rige el entramado institucional, la concreción y el desarrollo de sus aspectos específicos se remita a una regulación normativa posterior. En este supuesto, dada la naturaleza de las cuestiones concernidas y su directa imbricación en el ámbito funcional de las Cámaras, la norma llamada a acometer las tareas de especificación referidas tiene nombre y apellidos: el reglamento parlamentario⁵⁰.

4) El establecimiento en sede constitucional de *mecanismos de participación de las Comunidades Autónomas en asuntos europeos* se perfila como otro de los ámbitos necesitados de urgente atención constitucional. Y es que a causa de la integración, las competencias cedidas a la Unión que, según la Constitución y los Estatutos de Autonomía, son de titularidad autonómica escapan de su ámbito propio y pasan a ser gestionados por aquélla. La ya tantas veces aludida impronta estatista que es característica de las dinámicas decisorias europeas, que confiere a los Gobiernos de los Estados el rol de interlocutores directos no sólo penaliza a los parlamentos nacionales sino que, adicionalmente, allí donde rige el principio de la descentralización territorial del poder viene a relegar a las autoridades regionales al terreno de la invisibilidad y provoca, como efecto subsiguiente, una indudable merma en la esfera de autogobierno de los entes subestatales⁵¹. Neutralizar tal situación escapa a la facultad de la Unión. Baste con recordar que la formulación genérica de respeto de la identidad nacional de los Estados miembros que pende sobre aquélla viene inmediatamente especificada mediante la alusión a “las estructuras fundamentales políticas y constitucionales ... también en lo referente a la autonomía local y regional” (artículo

⁵⁰ Vid., en una línea coincidente, la previsión contenida en el artículo 88.1.4 de la Constitución de Francia, en el que se apela directamente a “las modalidades fijadas por el reglamento de cada Cámara” como cauce normativo que habilita la adopción de “resoluciones europeas, llegado el caso fuera de los períodos de sesiones, sobre los proyectos o las propuestas mencionados en el primer párrafo, así como sobre cualquier documento que emane de una institución de la Unión Europea”.

⁵¹ Efecto que se constata efectivamente en la práctica, por más que el Tribunal Constitucional haya venido afirmando de forma constante desde su sentencia 252/1988 que “La adhesión de España a la Comunidad Europea no altera, en principio, la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA”.

4.2 TUE). Asistidos por el manto protector del principio de autonomía institucional (en tanto que reducto impermeable a la acción de la UE) corresponde a cada concreto ordenamiento nacional articular cauces participativos mediante los que dichos entes puedan preservar su nivel de autogobierno en relación con asuntos de su competencia cuya regulación se sustancia ante las instituciones europeas. Cabe incluso la posibilidad, formulada en términos elípticos por el Derecho de la Unión, de que la posición adoptada por los entes subestatales sea defendida directamente por sus representantes ante las instancias europeas competentes (sic., el Consejo de la Unión)⁵².

Teniendo en cuenta el cuadro de referencia operativo a nivel europeo y echando mano una vez más de las enseñanzas que nos proporciona el derecho comparado, se constata que la norma llamada a trazar los elementos básicos configuradores del aludido sistema participativo regional vuelve a ser la Constitución. La incuestionable relevancia de la materia a regular justifica que la misma se sitúe en el máximo nivel normativo del ordenamiento.

La atención y el análisis de los contenidos a abordar por una regulación constitucional del tema en España nos obliga, sin embargo, a tener muy presente la dificultad que dicha operación entraña en el contexto de crisis del Estado autonómico en el que nos hallamos actualmente. Y es que reivindicar la necesidad de dotar del pertinente estatus constitucional al derecho de las CCAA a participar en asuntos europeos pasa por adoptar una serie de previsiones que se perfilan como indispensables, a saber:

1) De cara a la formación de la voluntad estatal relativa a iniciativas normativas europeas (fase ascendente) relativas a materias de titu-

⁵² Tal posibilidad se incorporó al Tratado de Maastricht, en 1992 y se ha mantenido hasta el Tratado de Lisboa. Así se constata en lo dispuesto por el actual artículo 16.2 del Tratado de la Unión Europea: “El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto”. La alusión al rango ministerial sin vincularla expresamente al nivel estatal deja abierta la puerta a la presencia de representantes del ámbito infraestatal sobre los que concurre dicho rango. Nótese, sin embargo, que dicho representante debe contar con una doble facultad: por un lado, la de comprometer al Estado al que representa y por otro, la de poder votar en el Consejo.

laridad autonómica, éstas han de fijar una posición común que habrá de presentarse ante el Estado.

2) Determinación de cuál sea o haya de ser el locus institucional en el que dicha posición se forja. En tal sentido, la Constitución podría pronunciarse expresamente, señalando un órgano concreto (el Bundesrat en Alemania) o bien dejar la cuestión indeterminada, remitiendo su concreción a una ley posterior (como sucede en Italia).

3) Dependiendo de la naturaleza de la competencia concernida, debe incorporarse una previsión llamada a graduar el nivel de intensidad con el que la manifestación de la posición autonómica común vincula al Estado. Como resulta obvio, en el nivel máximo de vinculación estatal se encuentran las competencias exclusivas de las CCAA, mientras que en el mínimo aparecen incardinadas las que son de titularidad exclusiva del Estado. Más ardua se perfila la cuestión cuando nos hallamos en supuestos de competencia compartida, en cuyo caso se impone el necesario acuerdo entre ambos niveles de gobierno. Este enfoque gradualista debería mantenerse, igualmente, a la hora de articular el ejercicio de la facultad que corresponde a los parlamentos regionales en el control preventivo del respeto del principio de subsidiariedad (mecanismo de alerta temprana) por parte de las iniciativas normativas de la Unión⁵³.

4) Manteniéndonos en el terreno de las competencias, otra cuestión a discernir nos sitúa frente a la decisión relativa a la presencia autonómica directa en instancias europeas. En este ámbito, una vez más, la regulación constitucional puede optar por señalar expresamente cuáles y con qué efectos (es la línea asumida en Alemania) o dejar el tema abierto y pendiente de una ulterior regulación legislativa (al estilo italiano).

5) Una vez que la normativa europea es aprobada y en tanto se refiera a competencias sobre las que las CCAA poseen potestad normativa, corresponderá a las mismas su ejecución e implementación (fase descendente). En tal caso, resulta conveniente incorporar previsiones para el caso de incumplimiento autonómico de sus tareas de ejecución,

⁵³ El artículo 6 in fine del Protocolo n. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad allude expresamente a esta facultad al establecer lo siguiente: "Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas".

dado que del mismo se deriva una responsabilidad ante la Unión a cargo del Estado.

6) Asimismo, y siempre para los supuestos en los que el ámbito competencial autonómico resulte concernido, habrá de reconocerse el derecho que asiste a las CCAA para defender sus intereses ante el Tribunal de Justicia de la Unión (*locus standi*), determinándose los cauces a través de los que tal derecho es ejercido en la práctica.

Expuesta someramente la hoja de ruta que a modo de contenido esencial debería abordar la reforma constitucional resulta evidente que su tratamiento trae consigo la toma en consideración de aspectos sustanciales que aparecen directamente conectados con la definición del modelo de autogobierno territorial, los cuales, a su vez, también se muestran necesitados de modificación. Así sucede, por citar sólo algunas de las cuestiones más relevantes, con la redefinición de la distribución de competencias diseñada por los artículos 148 y 149 de la Constitución, la superación de la concepción del Estatuto como norma de asunción de competencias (artículo 147 CE), la conversión del Senado en una efectiva cámara de representación territorial o el reforzamiento de los foros de cooperación tanto horizontal como vertical, entre otros. A la luz de la situación concurrente, una vez más se llega a la conclusión de que esta dimensión del proceso de europeización constitucional no puede desvincularse de la reforma del sistema autonómico en su conjunto.

Sentada tal premisa general, resulta necesario recordar que el sistema de participación autonómica en asuntos europeos existente en España se remonta a 1993⁵⁴ y se caracteriza por la ausencia de un marco

⁵⁴ En este sentido, merece ser traída a colación la STC 165/1994, cuyo FJ 3 marcó un decisivo punto de inflexión a favor de la proyección externa de la actividad autonómica, afirmando que “no puede en forma alguna excluirse que, para llevar a cabo correctamente las funciones que tenga atribuidas, una Comunidad Autónoma haya de realizar determinadas actividades, no ya solo fuera de su territorio, sino fuera de los límites territoriales de España”. Por su parte, el FJ 6 vino a despejar las dudas en relación con la comprensión de la competencia en las relaciones internacionales (de titularidad exclusiva del Estado) al señalar que estas “en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior”. Gracias al juego combinado de ambos argumentos se va a concluir afirmando la viabilidad constitucional de las actividades realizadas por las CCAA ante las instituciones europeas.

regulador de naturaleza formal, estando compuesto por una serie de acuerdos políticos despojados de eficacia jurídica. Un sistema que, a pesar de que funciona de forma regular y continuada, permitiendo la formulación de posiciones comunes de las CCAA, no incentiva las dinámicas de colaboración entre las mismas, al tener a las conferencias sectoriales como escenario institucional tanto para su formulación como para el acuerdo con el Estado⁵⁵. A día de hoy, el único intento destinado a superar la situación de vacío normativo existente en nuestro ordenamiento ha sido llevado a cabo por las reformas estatutarias aprobadas en la primera década de este siglo⁵⁶. No obstante, y a pesar de que la voluntad reguladora incorporada en dichos textos vino a reproducir sustancialmente, codificándolos, buena parte de los elementos configuradores del sistema de participación en vigor, dicho intento fue neutralizado en buena medida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2010⁵⁷. La argumentación desarrollada discurre por un doble canal, puesto que si, por un lado, no se niega la existencia del derecho que asiste a la Comunidad Autónoma a participar en asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a sus competencias e intereses que se proclama en sede estatutaria, por otro, se apela a la legislación del Estado en tanto que único cauce normativo al “que corresponde libremente determinar los concretos supuestos, términos, formas y condiciones de esa participación”. Sobre la base de tal planteamiento resulta que la eficacia jurídica de las disposiciones analizadas resulta profundamente desvirtuada, quedando reducida a su mínima expresión normativa, ya que se consideran regulaciones genéricas y abstractas sin comprometer la libertad del Estado, en tanto que sujeto titular de la competencia para su regulación⁵⁸.

⁵⁵ Una completa panorámica de la cuestión se encuentra en J. Martín y Pérez de Nanclares, “La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea”, en *Informe de las CCAA*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2017, págs. 51-81.

⁵⁶ Todos los Estatutos reformados han incorporado capítulos específicamente dedicados al tema de la participación autonómica en asuntos europeos.

⁵⁷ Vid., los FFJJ 118 a 124.

⁵⁸ Para un análisis pormenorizado de la cuestión, vid., A. M. Carmona Contreras, “Las relaciones de Cataluña con la Unión Europea en la STC 31/2010. El Estatuto de Autonomía ¿Una norma sin atributos?”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 13, 2011, págs. 1-38.

Al hilo de esta última afirmación finalizamos con una reflexión conclusiva que, sin dejar de reivindicar la necesaria reforma constitucional, viene a poner el acento en la existencia de un considerable espacio para la regulación estatal en el ámbito analizado. Resulta pertinente reivindicar la aprobación por el legislador estatal de un marco regulador que recoja la jurisprudencia constitucional y dote de sentido concreto sus afirmaciones. Un marco regulador que, por lo demás, brindaría la ocasión para optimizar el sistema participativo actualmente existente, generando dinámicas de rodaje aplicativo llamados a ser tomados en consideración de cara a su futura constitucionalización. No debe perderse de vista que ésta ha sido precisamente la tendencia concurrente en los Estados políticamente descentralizados, en los que la incorporación del sistema de participación en los asuntos europeos de los entes subestatales al texto constitucional supone el punto de llegada de una trayectoria reguladora previamente desarrollada en el ámbito legislativo.

III. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y EUROPA, Y PROYECCIÓN E INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

INTERVENCIÓN CON MOTIVO DE LA CONMEMORACIÓN DEL XL ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Profesor Giuseppe de Vergottini

Profesor ordinario emérito de la Universidad de Bolonia

Madrid, 4 de octubre de 2018.

Queridas y queridos colegas, quiero iniciar mi intervención agradeciendo la invitación de la presidenta del Congreso de los Diputados y del presidente del Senado para participar en este Congreso Internacional, en el que colabora también el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y que se celebra en el marco de los actos en conmemoración del *40 Aniversario de la Constitución española de 1978*.

Comienzo con una pregunta:

1) ¿Qué interés ha suscitado en Italia el proceso constituyente español de 1978 y cuál fue la valoración de la correspondiente Constitución?

Esta pregunta es completamente comprensible y ha cobrado actualidad también en Italia a causa de la proximidad entre la celebración del XL aniversario de la Constitución española y el LXX aniversario de la italiana.

Por eso, los constitucionalistas nos vemos inducidos a establecer comparaciones acerca de la satisfacción o insatisfacción de las soluciones que los constituyentes de los dos países mediterráneos han elegido en los decenios transcurridos.

Pero quisiera subrayar que los debates a los que estamos asistiendo en este periodo en Italia no han aparecido sólo por una especie de

sugestión derivada de las fechas (1948 la Constitución italiana y 1978 la española).

En realidad, las razones de esta atención son para nosotros particularmente profundas y se remontan a las raíces históricas y culturales de un pasado común. Un pasado que indica la existencia de significativos condicionamientos e influencias también entre los dos ordenamientos constitucionales.

Un punto de referencia que me parece inevitable subrayar lo ofrece la Constitución de Cádiz.

La Constitución de Cádiz de 1812 tuvo en Italia gran influencia en el período inicial del *Risorgimento* nacional. Era la Constitución que los patriotas querían que se adoptara por los Estados italianos (y que fue introducida de manera precaria en el Reino de las Dos Sicilias, en Nápoles, el 29 de enero de 1821 y en Turín el 13 de marzo de 1821). Establecía el reconocimiento de los derechos, la monarquía garante de la nación, la separación de poderes, las garantías jurisdiccionales, instituciones todas que habrían caracterizado una fase del *Risorgimento* influida por lo que fue llamado el “mito español”.

Más tarde, en el siglo transcurrido, la regulación de las autonomías que realizó la Constitución de la República de 1931 (el “Estado integral”) fue tenida en cuenta por la Asamblea Constituyente italiana.

Por otra parte, es también sabido que la Constitución italiana de 1948 fue una de las constituciones tenidas en cuenta por las Cortes Constituyentes españolas. A menudo se cita la huella del art. 3 –igualdad sustancial– en el art. 9 CE. Pero añadiría las comisiones parlamentarias con competencia legislativa (art. 75.1 CE) y la regulación de la delegación legislativa y de los decretos-leyes (art. 86 CE). Y, por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE).

2) El XL aniversario me induce a rememorar un evento al que se reconoce gran relevancia. El 26 y 27 de mayo de 1978 el mundo académico italiano se reunió para un primer examen del trabajo constituyente que se estaba desarrollando en España, con ocasión de un importante congreso internacional que se desarrolló en la monumental sede del *Archiginnasio* de Bolonia, a cuya organización dediqué entonces particular atención.

Algunos de los mayores expertos en el derecho público italiano y español se reencontraron en una serie de intervenciones que todavía hoy vale la pena leer y comentar. Intervenciones que en estos días han sido nuevamente publicadas (*La costituzione spagnola nel trentennale della costituzione italiana*, Bologna, 1978 y actualmente por Bononia University Press, 2018).

Pablo Lucas Verdú, Pedro de Vega, Lorenzo Martín Retortillo, Ramón Martín Mateo, Elías Díaz García, Julián Santamaría, pero también Aldo Sandulli, Serio Galeotti, Livio Paladín, Antonio La Pergola, Francesco Galgano, Pietro Rescigno y otros muchos presentaron en aquella ocasión sus ponencias. El presidente de la Asamblea Constituyente italiana de 1946/47, Umberto Terracini, presidió una sesión y otras fueron presididas por numerosos exponentes del mundo político italiano y español. La iniciativa fue la primera de otras muchas que se desarrollarían posteriormente. Todo esto demuestra la atención de la academia italiana por el proceso constituyente español.

El evento boloñés maduraba en el clima tradicional de intensa y fructífera colaboración entre Universidad de Bolonia y Real Colegio de San Clemente, una extraordinaria institución en la que, como recordaba en aquella ocasión Lucas Verdú, los juristas españoles, a través de la doctrina constitucionalista italiana, habían mantenido el contacto con las doctrinas del Estado democrático de derecho en el periodo de aislamiento cultural del régimen franquista.

En aquel 1978 los participantes en el debate no podían sino realizar comparaciones históricas en cuanto al uso del poder constituyente en Italia y en España.

Ambas constituciones tenían a la espalda la experiencia autoritaria, pero el aspecto temporal (treinta años de distancia) suponía profundas diferencias:

La Italia de los años cuarenta del siglo pasado era un país derrotado y duramente condicionado por el tratado de paz, en el que la superación del Estado autoritario hacía dirigir la mirada a las constituciones democráticas entonces destacadas que habían fracasado frente a la oleada de los instrumentos constitucionales de los regímenes autoritarios del período de entreguerras: la de Weimar, la española de 1931, pero también a las soluciones constitucionales precedentes de antigua

planta (Reino Unido, Estados Unidos y Suiza). También la Constitución soviética tenía influencia en algunos de los constituyentes. Pero sobre todo se miraba la perspectiva abierta por el ordenamiento de Naciones Unidas con una óptica de integración europea.

La España de las Cortes Constituyentes, tras concluir la última experiencia autoritaria representada por el nuevo Estado portugués, caminaba hacia la recuperación suave y negociada del franquismo desplegando una transición consensuada y equilibrada con parcial continuidad del pasado. Pero tenía a disposición como modelos valorables un cierto número de constituciones democráticas de éxito, entre ellas la italiana, y el enraizamiento en las instituciones comunitarias europeas.

En los años cuarenta Italia, después de haber cancelado la institución monárquica, estaba en la búsqueda de una renovación global y lo hacía mezclando los principios clásicos del constitucionalismo liberal con la apertura al Estado social católico y a los principios del socialismo democrático y del autoritarismo soviético que se había implantado en la vecina Yugoslavia.

La España de los años setenta debía recuperar el tiempo perdido mirando a las constituciones de los países democrático-liberales y a los tratados europeos y escoger opciones estratégicas particularmente complejas, entre otras cosas, para satisfacer las demandas de las realidades territoriales con fuerte vocación autonomista, teniendo a disposición la experiencia regional italiana.

3) ¿Cómo podemos valorar la experiencia de la Constitución de 1978 en el marco europeo e internacional?

Creo poder decir que las opciones de los constituyentes españoles han demostrado ser satisfactorias en lo relativo al régimen de los derechos, el sistema de garantías, con las particularidades del juicio de amparo y de las posibilidades de intervención del Defensor del Pueblo. También la forma de gobierno ha tenido un rendimiento apreciable. Las situaciones críticas, en España como en Italia, parecen reconducibles a una lógica de actuación dinámica y necesariamente evolutiva del texto constitucional. La parte más problemática ha resultado ser la relativa a las autonomías políticas territoriales, confirmando las dudas y las críticas que en las sesiones de Bolonia habían planteado Aldo Sandulli, Pedro de Vega y Martín Mateo.

Y también a propósito de las regiones resulta evidente el paralelismo entre el régimen constitucional español e italiano. La modificación del régimen competencial en las relaciones Estado-región, el régimen de especialidad requerido para satisfacer las expectativas de algunas realidades territoriales, las atribuciones de la segunda cámara territorial, están presentes en las propuestas de revisiones constitucionales en nuestros dos países.

Querría concluir subrayando que la Constitución española de 1978 ha tenido influencia en el constitucionalismo iberoamericano, como demuestra el libro de Fernández Segado de 2003 y ha sido subrayado por Jorge Carpizo, Ricardo Haro, Pérez Royo y en Italia por Giancarlo Rolla.

(Traducción: Pedro Tenorio Sánchez).

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN EL CONTEXTO IBÉRICO

Afonso D'Oliveira Martins

Rector y Profesor Catedrático de Derecho Público de la Universidad Lusíada de Lisboa (Portugal)

Hablando de la Constitución española de 1978 en el contexto europeo, haré una referencia particular al contexto propio del *espacio peninsular ibérico*, sin olvidar, evidentemente, la importancia de la integración del ordenamiento constitucional español actual en el espacio constitucional común europeo.

Siempre con la mayor brevedad que la circunstancia exige, empezaré con unas consideraciones generales sobre el encuadramiento de la Constitución española de 1978 en una tendencia histórica evolutiva de los constitucionalismos en España y en Portugal, analizando después la situación específica de influencia recíproca en que surgieron y vienen vigorando las Constituciones española de 1978 y portuguesa de 1976, así como los más importantes aspectos comunes que aproximan éstas dos constituciones y que dan cuerpo a un actual y muy significativo *denominador constitucional común* en el *espacio ibérico*.

En el primer aspecto señalado, realzo que la fase del constitucionalismo español inaugurada con la Constitución de 1978 traduce y confirma la existencia de una tendencia histórica que apunta para la verificación de un paralelismo de evolución de los constitucionalismos en España y en Portugal, permitiéndonos comprender los dos actuales ordenamientos constitucionales de la península ibérica con vínculo al que nombraré como *espacio constitucional ibérico de histórica convergencia o armonización constitucional*.

Esa *convergencia o armonización constitucional* caracterizadora del *espacio constitucional ibérico* corresponde al fenómeno por el cual dos distintos ordenamientos jurídicos – el español y el portugués - tienden a acercar los respectivos proyectos constitucionales, vinculándolos a unas mismas ideas de derecho y de poder público y consagrando concordantes soluciones en materias constitucionales relevantes.

El fenómeno ibérico de *convergencia o armonización constitucional*, concretamente, sustentándose en una relación de especial proximidad hispano-lusa determinada por factores muy activos de naturaleza geográfica, cultural, política, jurídica y también socio-económica, caracterizase luego por su consistencia histórica. Tratase de un fenómeno con manifestaciones prácticas que acompañaron regularmente la historia de los constitucionalismos español y portugués.

En este sentido, cabe decir que ambos constitucionalismos evolucionaron históricamente en sentidos muy próximos, verificándose que, casi contemporáneamente, cruzaron y vienen cruzando unas mismas fases evolutivas y que cada uno de los ordenamientos en cuestión, en muchos momentos importantes de su historia constitucional (*maxime*, en momentos de *transformación* o de *transición constitucional*), se sintieron atraídos por nuevas orientaciones constitucionales experimentadas en el otro ordenamiento, sobre todo con referencia a aspectos fundamentales, sea al nivel de la identificación de las formas políticas y del régimen político, sea al nivel de la consagración de principios fundamentales de organización tanto política como económica y social, sea al nivel de la definición del estatuto del ciudadano y privilegiadamente de sus derechos fundamentales.¹

Concretando, pero en breve síntesis, subrayo que el advenimiento del constitucionalismo en España y en Portugal ocurrió cuasi contemporáneamente en la primera mitad del siglo XIX: en España, bajo la Constitución de Cádiz de 1812; en Portugal, bajo la Constitución de 1822, en un ambiente de fuerte influencia de la Constitución gaditana.

Hasta 1834, en ambos los ordenamientos pudieron comprobarse fenómenos sucesivos de interregno constitucional. Y desde 1834 hasta principios del siglo XX, se sucedieron en España y en Portugal –

¹ Sobre este punto, Cfr. nuestro: “La Armonización Constitucional en la Península Ibérica - Una Tendencia Histórica” in *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LIV, n° 79, Curso Académico 2001-2002, Madrid, 2002, págs. 337 ss.

muchas veces, en paralelo - períodos de estabilidad y de inestabilidad constitucional, bajo la vigencia de constituciones de idéntico sentido y orientación.

La proximidad de sentido y de orientación entre textos constitucionales tuvo expresión, por ejemplo: entre la Carta Constitucional portuguesa de 1826 y el Estatuto Real español de 1834; entre la Constitución española de 1837 y la Constitución portuguesa de 1838; entre, por un lado, las Constituciones españolas de 1845 y de 1876 y, por otro lado, la Carta Constitucional portuguesa de 1826, considerada, respectivamente, en su versión inicial y en la versión que resultó de reformas democratizadoras mientras tanto concretizadas (v.g., la de 1852 y la de 1885).

Desde 1910 hasta 1939, salvo en algunos momentos, puede verificarse una situación de disonancia política o constitucional entre Portugal y España.

Cuando terminó la Guerra Civil, en 1939, se inauguró un período de convergencia o armonización política entre Portugal y España que dura hasta el 25 de abril de 1974 (fecha de la llamada Revolución portuguesa de los claveles). Durante este período Portugal contaba con una constitución -la de 1933-, que era todavía nominal, y sin embargo España vivía sin una constitución formal o con simples Leyes Fundamentales.

En los dos Estados ibéricos -de 1939 a 1974- estuvo vigente un sistema autoritario con personalización del poder político: en el caso portugués, en la figura del presidente del Consejo de Ministro Oliveira Salazar (hasta su incapacitación), a quien sucedió Marcelo Caetano; en el caso español, en la figura del jefe del Estado Francisco Franco. No obstante, la historia política y constitucional de Portugal y de España en ese período revela aspectos distintos y se observan además distintas fases de evolución.

Cabe todavía recordar que a finales de los años sesenta se empezó a presentir un cambio: en Portugal, con la desaparición política y muerte de Salazar, iniciándose lo que se llamó la Primavera Marcelista; en España con la Ley Orgánica del Estado de 1967. La apertura liberalizadora de los dos regímenes no fue más que una ilusión.

La transición a la democracia en Portugal tardó aún, después de Salazar, seis años, hasta la eclosión de la revolución de 25 de abril de

1974 y, en definitiva, hasta la promulgación de la Constitución —de la Constitución actual, de 2 de abril de 1976.

La transición a la democracia en España tardó un poco más, habiendo que aguardar por la muerte de Franco, el 20 de noviembre de 1975 y, en definitiva, por la promulgación de la actual Constitución de 1978.

En este proceso creemos que la experiencia portuguesa influyó en la española.

En efecto, esa influencia se consideró, en un primer momento, por la positiva, al presentarse como una experiencia revolucionaria que parecía consentir un tránsito pacífico hacia la democracia; en un momento posterior, en el llamado verano caliente de 1975, se consideró negativamente tal experiencia, porque la revolución portuguesa mostraba nuevos contornos no democráticos precursores de una guerra civil; por fin, se restauró la confianza en la experiencia portuguesa, después de fracasar en Portugal el *golpe militar de 25 de noviembre de 1975* (ocurrido cinco días después de la muerte de Franco) que determinó el término del llamado PREC - Proceso Revolucionario en Curso, evitándose la continuación de derivas revolucionarias no democráticas.

Aun así, en términos generales, la experiencia portuguesa aconsejó que la transición española siguiese otra vía. No la revolucionaria. La Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977 —conocida como la Octava Ley Fundamental— con su convocatoria de unas Cortes y la consecuente realización, el 15 de junio de 1977, de unas primeras elecciones democráticas, marcó de un modo decisivo esa otra vía de transición a la democracia. Y no hay que olvidar que por esas fechas ya el nuevo régimen constitucional y democrático en Portugal, con la promulgación de la Constitución de 1976, tendía a consolidarse.²

Portugal y España vuelven así a una situación —que es la actual— de significativa *convergencia o armonización constitucional*, viviendo bajo la vigencia de constituciones que, con matices, se presentan como próximas.

² Cf. J. Sanchez Cervelló, *A revolução portuguesa e a sua influência na transição espanhola*, Lisboa, 1993. Para un diálogo luso-español sobre el tema Cfr. *La Transición Democrática en España* (Ed. MIGUEL HERRERO DE MINÓN), vol. I, Madrid, 1999.

Y, en concreto, este *fenómeno de convergencia o armonización constitucional* fue propiciado por influencias recíprocas ejercidas, en momentos y circunstancias distintas, por las constituciones y realidades constitucionales de España y de Portugal.

La Constitución portuguesa, siendo cronológicamente anterior, fue tenida en consideración, positiva y negativamente, por el constituyente español, que por cierto tuvo presente los avances de entendimiento constitucional democrático en aquella consagrados, pero evitando los excesos revolucionarios que en Portugal dejaron marcas constitucionales.

A su vez, la Constitución española influyó, hasta cierto punto, las modificaciones que se vinieron a introducir en la Constitución portuguesa por vía de las reformas de 1982 y de 1989, en un marco de regreso a una situación de normalidad posrevolucionaria, con las cuales se estableció una estructura plenamente democrática de poder público (sin órganos revolucionarios, como era el Consejo de la Revolución, que fue inicialmente cualificado constitucionalmente como órgano de soberanía) y se descargó la Constitución de un exceso de carga ideológica de sentido socializante que la enmarcara genéticamente.

En estos aspectos, podemos hablar de un *fenómeno de atracción o de un magnetismo de aproximación recíproca y sucesiva de los dos ordenamientos constitucionales ibéricos* que favoreció la formación de un significativo y muy actual *denominador constitucional común ibérico*³.

En sus rasgos fundamentales, este *denominador constitucional común* afirmase cuanto a las actuales Constituciones española y portuguesa, desde luego y de un modo muy particular, en los siguientes aspectos:

Se trata de constituciones que asumieron una ruptura con el *statu quo ante*, vinculándose a unas intenciones constituyentes de *restau-*

³ Sobre este tema Cf. nuestro: “O Actual Denominador Constitucional Comum no Espaço Ibérico”, in *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, ed. Francisco Fernandez Segado, Madrid, 2003.

*ración constitucionalista democrática*⁴; se afirman como Constituciones verdaderamente normativas (y no ya nominales o semánticas) (Loewenstein); se presentan como Constituciones compromisorias, dando expresión a un compromiso entre perspectivas ideológicas contrastantes; consagran la idea de Estado de derecho democrático, con vinculación a un conjunto de valores propios de un humanismo cristiano de tipo personalista, asumiendo como referencial sustantivo obligatorio la promoción de la dignidad de la persona humana y consagrando un amplio catálogo de derechos y garantías fundamentales – derechos y libertades y derechos de expresión social y económica – subordinados a regímenes jurídicos muy próximos; establecen, en consecuencia, los principios fundamentales del Estado de derecho, desde luego los de la constitucionalidad, de la legalidad y de la responsabilidad de los poderes públicos, todo mediante una garantía de tutela jurisdiccional efectiva de derechos e intereses legítimos, con intervención en última instancia del Tribunal Constitucional; conciben la idea de democracia con referencia no solamente a una dimensión política, con proyección inmediata en materia de organización del poder político y de participación ciudadana, pero también en las perspectivas de la democracia económica, social y cultural y además, no hay que olvidarlo, valorizan la integración europea, con todas sus consecuencias, incluso constitucionales.

En conclusión, podemos decir que, en lo fundamental, es mucho más lo que aproxima los ordenamientos constitucionales de España y de Portugal de lo que los separa y distingue. Y eso en términos sustantivos (y no solamente formales), para lo viene concurriendo la existencia de un trasfondo cultural común a España y Portugal, que puede tener fundamento en lo que Miguel de Unamuno llamó de *común espíritu ibérico* o de lo que mi tío-bisabuelo, Joaquim Pedro d'oliveira Martins, identificó, en su *Historia de la Civilización Ibérica*, como siendo un

⁴ Raul Morodo e Pablo Lucas Murillo de la Cueva, a propósito, refieren que las dos Constituciones ibéricas han coincidido en la consagración (luego en los respectivos preámbulos) de lo que han designado ser un “principio rupturista con un pasado dictatorial” (Cfr. Preámbulo, in Comentarios a la Constitución Española de 1978, Dir. Oscar Alzaga Villaamil, tomo I, Madrid, 1996, págs. 56 ss. Vd. también El Preámbulo de la Constitución Española de 1978, in Perspectivas Constitucionais - Nos 20 Anos da Constituição de 1976, org. Jorge Miranda, vol. I, Coimbra, 1996, págs. 120 ss.).

pensamiento o genio peninsular sobre el cual se formó una civilización particular, original y noble.

Será desde luego con todo esto acervo constitucional y cultural que España y Portugal deben participar en la construcción y en la densificación del derecho constitucional común europeo, contribuyendo con lo suyo para la consolidación del espacio constitucional común europeo. No cabe olvidarlo.

LA PROYECCIÓN E INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Teresa Freixes

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Cuando se aprobó la Constitución de 1978, al contrario de lo que había sucedido en muchos países tras la Segunda Guerra Mundial, no existió en España ningún planteamiento basado en la estrategia de vencedores y vencidos. Se rompía con ello lo que había venido siendo una constante en la historia de nuestro constitucionalismo desde que, en 1812 fuera aprobada la Constitución de Cádiz.

Lejos de gozar de la estabilidad de sistemas como el norteamericano o el británico, la historia política de la España del siglo XIX y buena parte del XX se manifiesta como un conflicto permanente entre liberales y absolutistas, centralistas y federalistas, laicos y religiosos, monárquicos y republicanos, demócratas y totalitarios... El mito de “las dos Españas” enfrentadas ha presidido buena parte de estos dos últimos siglos, a lo largo de los cuales las constituciones liberales y democráticas no consiguieron consolidar regímenes estables y la negación del constitucionalismo imperó durante largos decenios.

Nuestra historia constitucional se inicia, en sentido estricto, con la Constitución de 1812 (plantea problemas calificar como tal al napoleónico Estatuto de Bayona de 1808). En plena guerra de la Independencia, diputados españoles de ambos lados del Atlántico elaboraron en Cádiz una constitución que fue símbolo del constitucionalismo liberal; esta constitución tuvo mayor vigencia fuera de España (Hispanoamérica e Italia principalmente) que dentro de ella (6 años no consecutivos)

y, a tenor de su texto, se instauró un régimen basado en la soberanía nacional, la división de poderes, el principio de la representación con prohibición del mandato imperativo, la libertad económica y la garantía de la propiedad, los derechos individuales y políticos (con sufragio todavía censitario y masculino) y el poder limitado del monarca, con la elección indirecta de las Cortes. El retorno del absolutismo de Fernando VII en 1814 y su reinstauración, tras el Trienio Liberal, con la Década Ominosa, hicieron imposible la consolidación y desarrollo de una constitución que no fue bien entendida por la mayor parte de la población.

Después del Estatuto Real (1984), que era más una carta otorgada que una constitución y estaba dirigido únicamente a la convocatoria de Cortes, la Constitución de 1837 significó otro intento de establecer un régimen liberal que tampoco pudo consolidarse. El moderantismo de la Constitución de 1845, por el contrario, estuvo vigente durante varias décadas. Se basaba en la soberanía compartida entre el rey (en este caso la reina Isabel II tras la abolición de la ley sálica y en ausencia de heredero varón) y las Cortes, la restricción del sufragio y de los derechos y libertades, en especial la libertad de prensa.

En medio de períodos de gran agitación, incluyendo los de las guerras carlistas y diversos levantamientos populares y militares tras el fracaso del Bienio Progresista (con una constitución no promulgada en 1856), los liberales consiguieron la aprobación de la Constitución de 1869. Esta era una constitución progresista que instauró una monarquía parlamentaria basada en la soberanía nacional, que reconocía derechos individuales y políticos y ampliaba considerablemente el sufragio masculino.

Pero el sistema fracasó al no consolidarse el régimen, ni la Corona, en Amadeo de Saboya, y proclamarse la I República. La república tampoco logró estabilizar el sistema, pese a haber aprobado un proyecto de constitución federal en 1873 (inspirada en la de los Estados Unidos), puesto que los problemas sociales, la guerra colonial y el cantonalismo dieron paso a la disolución de las Cortes por el general Pavía, todo lo cual derivó en la restauración monárquica en la persona de Alfonso XII.

La Constitución de 1876, que estuvo formalmente en vigor hasta la Segunda República, pretendía emular el funcionamiento del régimen parlamentario y el bipartidismo del modelo británico, regresando a la soberanía compartida, entre el rey y las Cortes, instaurando un “tur-

no” político entre liberales y conservadores y reconocimiento el sufragio masculino y ciertas libertades políticas. Sin embargo, el funcionamiento real del sistema, con la manipulación electoral, el caciquismo, la pérdida del imperio colonial, las guerras en África y el desastre del 98, el pistolero y el terrorismo, el mal resuelto “problema catalán”, los problemas sociales y, sobre todo, la connivencia de la Corona y buena parte de la clase política con la dictadura de Primo de Rivera, prepararon el camino a la proclamación de la Segunda República, tras unas elecciones que, paradójicamente, salvo en las grandes ciudades, habían sido ganadas por los monárquicos.

Con la Constitución de 1931 (en buena parte inspirada en la Constitución de Weimar), el régimen republicano se fundamentó en la soberanía popular. Se instauró el denominado Estado integral en el que Cataluña, País Vasco y Galicia refrendaron sendos estatutos de autonomía, aunque sólo Cataluña llegó a organizar su autogobierno, no sin problemas, con el Gobierno de Madrid y el Tribunal de Garantías Constitucionales. La Constitución introdujo la democracia parlamentaria unicameral, el sufragio total (masculino y femenino, aprobado con grandes dificultades en las Cortes Constituyentes) y la garantía de los derechos fundamentales (incluyendo derechos sociales y un recurso de amparo). El poder ejecutivo se diseñó en ella como compartido entre el presidente de la República y el Presidente del Gobierno y se estableció la separación entre la Iglesia y el Estado. La Segunda República no consiguió dar tampoco una solución a los problemas crónicos de España y en pocos años, en medio de un contexto económico e internacional poco favorable, con el apoyo directo de los fascismos (en el poder en buena parte de Europa) y la complicidad de algunas potencias liberales, el alzamiento del general Franco y su victoria en la Guerra Civil frustraron de nuevo las esperanzas de consolidación de la democracia.

Comenzó así un nuevo periodo de negación del constitucionalismo, basado en las Leyes Fundamentales de los vencedores, que institucionalizaron un sistema corporativo y autárquico. Tras sucesivas reformas, el régimen desembocó, al morir Franco, ya con Juan Carlos de Borbón en el trono, en la Ley para la Reforma Política, que facilitaba la elección de Cortes, el sufragio universal y el pluralismo político, y que hizo posible la transición a la democracia.

Comenzaba un nuevo período de la historia de España que, contrariamente a lo que hasta entonces había imperado en el sistema constitucional, basado en cambios de régimen que conllevaban la imposición de las querencias de quienes se hubieran alzado con victorias, militares o electorales, sobre el resto de las fuerzas políticas o ideológicas, se fundamentó en el denominado consenso, propio de las constituciones de integración, teniendo en cuenta los fundamentos constitucionales de buena parte de la doctrina europea consagrada tras la Segunda Guerra Mundial, teniendo a Smend o a Hesse como maestros inspiradores, o a Häberle, que ya fue prefigurado por Stuart Mill o Rousseau y también reclamado por Bobbio.

Con ello, si en la restauración democrática de Europa tras los totalitarismos, también los criterios de los vencedores se impusieron a los vencidos, en el caso de la España de la transición, fue el principio del acuerdo entre contrarios lo que presidió el tránsito hacia la democracia. Nada de Piazzale Loreto, ni condenas a militares golpistas, ni claveles en los fusiles, como había podido suceder en Italia venciendo al fascismo, o en el derrocamiento de los coroneles en Grecia o en la derrota del salazarismo en Portugal. La política de “reconciliación nacional”, proclamada por el Partido Comunista de España en su Declaración de junio de 1956, en la que declaró *solemnemente estar dispuesto a contribuir sin reservas a la reconciliación nacional de los españoles, a terminar con la división abierta por la guerra civil y mantenida por el general Franco, esa política convergió con los acuerdos derivados del Contubernio de Munich*, en 1962, protagonizado, entre otros, por liberales, democristianos y socialistas. El franquismo, contrariamente a lo que algunos manifiestan hoy en día, faltando a la verdad, consciente o inconscientemente, murió con Franco. Con Franco en su cama, pero murió con Franco.

Poco antes de adoptarse la constitución, se firmaron los Pactos de la Moncloa, ese acuerdo histórico, fundamentado en la concordia entre ideologías, grupos sociales y económicos, dirigido a poder facilitar el advenimiento de la democracia. Tras la formación del gobierno Suárez esos Pactos pacificaron la vida política y revitalizaron la economía, haciendo posible el llamado “consenso” para que, todos, los que estuvieron en un lado y los que estuvieron en el otro, pudiéramos pasar página civilizadamente. Los Pactos de la Moncloa dieron paso a la le-

galización de los partidos políticos y a la Ley para la Reforma Política, antesala de la Constitución de 1978, la que fue adoptada por primera vez en nuestra historia, con un amplio consenso, pensando en Europa y permitiendo gobiernos en alternancia. Nos dotamos, pues, de una constitución que bien podría reclamarse, de no ser nosotros, aquí, tan timoratos y acomplejados, como inserta en los valores del patriotismo constitucional.

Fue Sternberger, jurista y politólogo, quien acuñó este término, patriotismo constitucional, en un artículo periodístico que escribió con motivo del 30 aniversario de la Ley Fundamental de Bonn, en 1979. Sternberger creía que el hecho de que Alemania se hubiera dotado, tras la derrota militar del nacionalsocialismo, de una cultura política democrática, fundamentada no en conceptos etnicistas ni la evocación del pasado histórico, sino en los derechos de participación consagrados en la constitución, que los reconoce y garantiza, tendría que ser un motivo de orgullo no sólo para la generación del momento sino para las futuras generaciones. Ello se inscribió también en un debate entre historiadores, filósofos y otros intelectuales, que encontraban grandes dificultades para reconciliarse con la barbarie del pasado y fue aquí donde Habermas, su gran divulgador, confirió un sentido moral al concepto de patriotismo constitucional, argumentando que el sistema político debía formarse alrededor de una identidad colectiva que se inspirase en la democracia y el respeto a los derechos humanos. Al mismo tiempo, esta estructura de pensamiento permitió que, tras la caída del muro de Berlín, los alemanes de uno y otro lado pudieran considerarse a sí mismos, con la unificación, como “un” pueblo. Contrariamente a todo tipo de nacionalismo, no se basaban en un sentimiento identitario, sino en un concepto racional que les reconocía el poder elegir ser ciudadanos, no de cualquier país, sino de uno fundamentado en los principios del constitucionalismo democrático y del cual se podía, por ello, estar orgulloso.

Pues bien, la Constitución de 1978, con el elenco de derechos que reconoce y garantiza, con el despliegue que ha originado mediante los estatutos de autonomía y con el entronque que ha permitido con las organizaciones europeas, ha venido conformando una ciudadanía portadora de un sistema multinivel de derechos que nos identifica como miembros de una de las zonas del mundo a la que muchas personas de otros lugares quisieran pertenecer. Los valores de Estado de dere-

cho, democracia, solidaridad, igualdad, libertad y respeto a los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a minorías, constituyen el frontispicio de un sistema jurídico-político único, que nos identifica y nos protege, del cual deberíamos estar patrióticamente orgullosos, como españoles y como europeos. No por sentimientos identitarios, sino porque nos permite luchar día a día por el libre desarrollo de nuestra personalidad y porque, aún con todos sus defectos, nos hace sentir aquella tranquilidad que, según dicen que Churchill decía, nos permite pensar que si llaman al timbre de madrugada, es que ha sido el lechero.

Precisamente por responder a un procedimiento de consenso y por incorporar los valores que en ella se contienen, la Constitución española de 1978 ha sido tomada como modelo en las transiciones democráticas de muchos países. Lo que aquí algunos no quieren valorar en positivo, otros lo reconocen como instrumento, procedimental y substantivo, que permite el tránsito a la modernidad y/o la consolidación de la democracia.

En Túnez, por poner un ejemplo reciente, políticos y académicos reconocen la influencia que el proceso de transición a la democracia en España ha ejercido sobre la definición de su nuevo modelo constitucional. Tanto en Túnez como en España no ha habido vencedores y vencidos en el momento de la adopción de la constitución democrática. Quizás por eso los tunecinos han vuelto sus ojos hacia España. Si, en nuestro caso, la transición derivó de la incapacidad de transformación del franquismo y del amplio acuerdo político que generó el consenso constitucional, en Túnez la transición transcurre tras una singular “primavera árabe” que ha generado, allí también, una constitución consensuada entre grupos, partidos y tendencias que, en principio, parecían condenados al enfrentamiento.

Es tan singular el proceso tunecino que sobresale en el constitucionalismo árabe-musulmán como un ejemplo de *checks and balances*, trabajosamente contruidos a lo largo de una asamblea constituyente en la que nadie contaba con mayoría absoluta y los grandes partidos podían formar, cada uno por su parte, una minoría de bloqueo. Fuertes disidencias, en torno al propio concepto de democracia, del rol que debía atribuirse a la religión en un Estado moderno y respecto de la igualdad de mujeres y hombres, podían haber derivado en lo mismo que

en Egipto o, incluso, en Libia, si la habilidad desplegada por una parte de la clase política de un lado y, del otro, por varias organizaciones de la sociedad civil, no hubiera llevado a buen puerto el cambio político, teniendo en cuenta, también, que sus oponentes, básicamente los partidos religiosos, no podían quedar relegados del mismo, pesara a quien pesara.

También hemos servido de modelo en las transiciones de Europa del Este, tras la implosión de la URSS y la desmembración de la antigua Yugoslavia, cuando los nuevos Estados han adoptado, también bajo el constitucionalismo de la integración, constituciones democráticas fundamentadas en valores y principios semejantes a los que proclama nuestra Constitución. El Consejo de Europa y la Unión Europea se han valido de numerosos expertos españoles, especialmente a los que vivimos la Transición, para “acompañar” a las nuevas democracias en el establecimiento de las nuevas instituciones. El valor de los tratados internacionales como canon de constitucionalidad en la interpretación de los derechos o los modelos de reforma constitucional que nosotros tenemos en la Constitución de 1978 se han generalizado en esa parte del mundo, pese a los conflictos que algunos todavía presentan, en torno a la garantía de los derechos o la división de poderes propia del Estado de derecho.

La Constitución española ha constituido también un gran referente para América Latina, especialmente en las reformas constitucionales habidas en los años 90, incorporando el valor normativo de los tratados internacionales o las cláusulas de integración supranacional, así como la generalización del control de constitucionalidad. Incluso en Birmania, respecto de la institucionalización de las nuevas Fuerzas Armadas del país o en una incipiente descentralización que todavía no se sabe muy bien hacia dónde se dirige.

La “formula española” de la integración en el Consejo de Europa, reconociendo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el valor interpretativo, o el efecto sobre el caso concreto, ha tenido también amplia repercusión, a pesar de lo que ha costado encontrar el instrumento de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo mediante la introducción de un nuevo supuesto en el recurso de revisión; esta fórmula ha resultado también de utilidad como modelo, en diversos países, para la ratificación e implementación de la Convención

de Estambul dirigida a la lucha contra la violencia sobre las mujeres. Así también la apertura de la cláusula de integración en organizaciones supranacionales, que ha posibilitado la integración en la Unión Europea, ha sido también incorporada en constituciones inspiradas por la española, si bien ya con regulaciones más concretas, debido a la evolución de la propia Unión, para el caso de los Estados miembros de la última ampliación.

En este contexto, reflexionar sobre un texto constitucional que tiene ya unos cuantos años de vigencia y pocas modificaciones, aunque sí un ingente desarrollo, supone el reconocimiento de un instrumento jurídico-político trascendental, que, en una situación de convulsión jurídica, política y social como la que estamos viviendo, merece un recuerdo, crítico, pero lleno de sentido, que nos permita deliberar sobre de dónde venimos y hacia dónde vamos. Pero para ello hay que “creerse el Estado”, sentar unos principios básicos comunes a todas las fuerzas democráticas y tener las cosas claras. Aunque sea difícil llegar a soluciones que no sean meras componendas, es necesario dotar de eficacia a los valores constitucionales, a la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, en el marco de la democracia y el Estado de derecho.

Zweig, en *El mundo de ayer: Memorias de un europeo*, narra el soterrado estallido de aquella sociedad que se pretendía humanista y que, por no haber sabido, podido o querido reaccionar a tiempo, quedó destrozada por el seguimiento de las doctrinas que llevarían a una de las peores tragedias que tuvo que sufrir la sociedad europea. Y no sólo ella... Una sola frase de su libro muestra con toda claridad la ignominia a la que tuvieron que enfrentarse nuestros ancestros. Dice Stefan Zweig: *Para mi profundo desagrado, he sido testigo de la más terrible derrota de la razón y del más enfervorizado triunfo de la brutalidad de cuantos caben en la crónica del tiempo; nunca, jamás (y no lo digo con orgullo sino con vergüenza) sufrió una generación tal hecatombe moral, y desde tamaña altura espiritual, como la que ha vivido la nuestra.* Aunque parezca que la modernidad impide que cosas semejantes se repitan, hay que ser conscientes de que no estamos inmunizados. Rememorar el valor del constitucionalismo de la integración puede ayudarnos a no volver a tropezar en la misma piedra.

LA PROYECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

María Luisa Balaguer Callejón

Magistrada del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

La proyección de la Constitución española tiene un sentido primero que hace referencia al impulso, acción de echar hacia adelante, de lanzamiento. Estas acepciones me refieren un concepto extraordinariamente activo y dinámico del proceso constituyente. La febrilidad, agitación, aceleración, con que se llevó a cabo el proceso constitucional en España se compadece muy bien con la idea de proyección como necesidad de impulso de esa etapa constituyente de los años 1975 o 76 a finales de 1978, con la aprobación de un texto, fruto del consenso, tan denostado ahora, probablemente por desconocimiento.

Quienes vivimos los años de aquel delicado proceso solo podremos agradecer a la clase política del momento su generosidad, tolerancia e inteligencia para llevar a cabo lo que la sociedad española de hace cuarenta años demandaba.

La proyección más importante de la Constitución española vigente me pareció entonces y me sigue pareciendo ahora la que albergan tres artículos de su texto, el art. 1.1, el art. 14 y el art. 9.2.

Y la institución más importante, dando por sentados los tres poderes y los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico por parte de un órgano de naturaleza independiente.

No se podrá saber cuánta efectividad tuvo un tribunal que consideró la naturaleza normativa de la Constitución, por encima de los textos programáticos anteriores, y que reafirmó las exigencias constitucionales de la plena efectividad de los derechos fundamentales de aplicación directa, contribuyó en términos muy expansivos al desarrollo de las

autonomías territoriales, depuró el ordenamiento jurídico anterior sin necesidad de rupturas, y desarrolló una dogmática jurídica basada en la jurisprudencia de valores.

Gracias a los constituyentes, a la clase política que trajo la democracia a España y a la institución que proyectó el sentimiento constitucional en todos los poderes públicos, debemos la sociedad que hoy tenemos a muchos hombres, y a algunas mujeres, que renunciaron a posiciones particulares para construir una sociedad para todas las personas. Supieron conectar con las exigencias de un pueblo que valoró la paz y el diálogo, y aprobar en referéndum un texto constitucional que entonces superaba los estándares de su entorno geográfico, al punto de permitir la entrada en la entonces Comunidad Europea, en condiciones de igualdad con los demás países. España pasó a ser un país moderno, respetuoso con los derechos humanos, y con un funcionamiento regular de sus instituciones democráticas.

Han transcurrido desde entonces los años suficientes para evaluar si este texto debe ser revisado, más allá de las reformas puntuales exigidas por la Unión Europea. Las exigencias de una sociedad diferente permiten pensar en una reforma constitucional en los términos en que deba ser abordada y para las modificaciones necesarias en algunas materias. La configuración de los derechos fundamentales, en el desarrollo de una sociedad tecnológica, que se desenvuelve en un estado social, con exigencias para las minorías, prestaciones sociales y compensación de las desigualdades, exige una protección reforzada de algunos de los principios rectores, que deben pasar a ser derechos de especial protección: la salud, el derecho a las pensiones dignas, a la habitacionalidad, como un derecho a la vivienda, o la configuración de una perspectiva de género en la Constitución, para permitir el desarrollo de la igualdad real, junto con la distribución territorial del Estado, recogiendo el desarrollo de un estado autonómico que estaba apenas apuntado en la Constitución y cuya evolución desbordó la previsión constitucional, resultan ineludibles desde hace algunos años, como una forma de adecuar la norma a la realidad social. La línea de sucesión a la Jefatura del Estado resulta ser igualmente una cuestión que debe ser considerada en un estatus de igualdad, así como la integración, al menos estética, de que España pertenece a la Unión Europea.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EUROAMERICANO

Diego Valadés

Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Al admirado constituyente y estadista Alfonso Guerra

SUMARIO: 1. Consideraciones generales; 2. Relaciones entre la Constitución española de 1978 y las constituciones iberoamericanas: A. En cuanto al procedimiento de adopción; B. En cuanto al contenido; a) derechos, 1°. Ambiente; 2°. Derecho a la intimidad y *habeas data*; 3°. Infancia, juventud, tercera edad y disminuidos; 4°. Iniciativa popular; 5°. Protección contra la arbitrariedad; 6°. Protección del consumidor y del usuario; 7°. Referéndum y plebiscito; 8°. Salud; b) Instituciones. 1°) Comisiones parlamentarias o congresuales; 2°. Defensor del Pueblo; 3°. Tribunal Constitucional y Consejo de la Judicatura; 3. Consideraciones finales; Fuentes.

*El único axioma del Estado constitucional no puede ser otro que
el de la supremacía constitucional.*

Pedro de Vega

1. Consideraciones generales

Cuando se examina la relación entre el constitucionalismo español y el iberoamericano es necesario distinguir dos momentos: el que corresponde a la Constitución de Cádiz y el que concierne a la de 1978. En el primer caso se produjo una influencia directa debida a la doble circunstancia de los vínculos políticos todavía existentes entre España y sus territorios ultramarinos, y a la inteligente decisión de asociar a

numerosos representantes de esos territorios en los debates y decisiones constituyentes.

De los trescientos tres diputados que compusieron las Cortes Constituyentes, sesenta y tres procedían de América, y de los treinta y siete que fungieron como presidentes, diez fueron americanos; en la vicepresidencia y en la secretaría se produjo una proporción semejante.¹ De los ciento ochenta y seis diputados que firmaron la Constitución, cincuenta y dos eran americanos². Gracias a esa íntima relación entre diputados metropolitanos y ultramarinos, la Constitución se enriqueció. La contribución de éstos últimos fue decisiva en los temas de soberanía, libertad de imprenta, igualdad, separación de poderes y representatividad³. También fue importante la participación de los dos diputados panameños en materias de carácter comercial⁴. Los nueve diputados peruanos, por su parte, fueron muy enfáticos en la defensa de “la raza aborigen” y de sus derechos⁵. Todo lo anterior explica la adopción de la carta gaditana incluso en el ámbito de las entidades locales que integraron las nuevas naciones. En México, por ejemplo, los estados de Jalisco y Zacatecas la declararon como propia en 1823⁶.

Los términos de esa influencia resultaron, sin embargo, diferentes en los distintos ámbitos del hemisferio. En Costa Rica, por ejemplo, la relación fue muy directa, tanto así que el Pacto Social Fundamental

¹ Labra y Martínez, Rafael M. de, Los presidentes americanos de las Cortes de Cádiz, México, H. Congreso de la Unión, Ediciones Facsimilares del Comité de Asuntos Editoriales, 1989, p. 10.

² Roca Roca, Eduardo, *América en el ordenamiento jurídico de las Cortes de Cádiz*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, 1986, p. 37.

³ Véanse: *Actas de las Cortes de Cádiz*, antología dirigida por Tierno Galván, Enrique, Madrid, Taurus, 1964, p. 752; Blanco Valdés, Roberto L., “El ‘Problema Americano’ en las primeras Cortes liberales españolas 1810-1814”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 31 y ss.; Ferrer Muñoz, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 187.

⁴ Quintero, César, *Evolución constitucional de Panamá*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, p. 9.

⁵ Ugarte del Pino, Juan Vicente, *Historia de las constituciones del Perú*, Lima, Editorial Andina, 1978, p. 33.

⁶ Barragán Barragán, José, *Temas del liberalismo gaditano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1978, p. 213.

de 1821, disponía en su artículo 13 que las elecciones se verificarían conforme a los dispuesto por la Constitución de Cádiz, y el artículo 41 determinaba que la justicia se administraría *pronta y directamente conforme a la Constitución española*.⁷

Otros países, sobre todo los que recibieron la impronta bolivariana, que iniciaron el constitucionalismo hispanoamericano, y Argentina y Chile, tuvieron una mayor relación con las ideas constitucionales francesas y norteamericanas.⁸ Las constituciones de Cundinamarca y de Tunja, de 1811, y de Antioquia y de Cartagena, de 1812, se adelantaron en el proceso de formulación de normas y definición de instituciones políticas,⁹ por lo cual no fueron receptoras de la experiencia gaditana.

Las constituciones españolas de 1834, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931, carecieron de repercusión en Iberoamérica. Las motivaciones españolas y las iberoamericanas marchaban por caminos diferentes. Tampoco en el hemisferio americano hubo homogeneidad en los proyectos constitucionales, si bien las disyuntivas resultaban semejantes, en especial respecto a la organización federal o unitaria. El penoso surgimiento del sistema presidencial, acompañado de incesantes y prolongados episodios dictatoriales, fue definiendo un perfil ajeno a las preocupaciones dominantes en España de instituir una monarquía parlamentaria.

En cuanto a la Constitución española de 1978 se plantea si la norma suprema de una monarquía parlamentaria puede servir de ejemplo en sistemas republicanos presidenciales. Como se verá, la respuesta es afirmativa, en tanto que en ambas formas de organización constitucional domina una preocupación común: la democracia. También debe tenerse presente que, además de las convergencias deliberadas, la migración de instituciones que se ha acentuado en las décadas más recientes.

⁷ Jiménez, Mario Alberto, *Desarrollo constitucional de Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1974, p. 28;

⁸ Brewer Carías, Allan, *Instituciones políticas y constitucionales*, San Cristóbal, Venezuela, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, t. 1, p. 48; Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile, Universidad Católica, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pp. 23 y ss.; González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina. 1853/1860*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 1971, pp. 60 y ss.

⁹ Hidrón, Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992, pp. 8 y ss.

La Constitución española de 1978 se reconoce tributaria de las constituciones alemana, italiana, francesa y de la propia española de 1931. Los debates constituyentes dejan ver muy claras referencias a esos órdenes normativos,¹⁰ lo que de ninguna manera significa que el texto español carezca de aspectos originales. Ocurre, por otra parte, que los constituyentes iberoamericanos también conocieron las mismas constituciones que tuvieron en mente sus colegas españoles, además de la portuguesa de 1976, cuyas virtudes técnicas son reconocidas. Hay un factor adicional que debe subrayarse en el caso español: en el orden político y jurídico la Constitución de 1978 fue un acto revolucionario, como demuestra Ruipérez.¹¹

De los dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, quince han adoptado constituciones nuevas o las han renovado de manera substancial entre 1978 y 2018. En esta situación están Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), Ecuador (2008), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (2010) y Venezuela (1999). A su vez las constituciones costarricense, mexicana y uruguaya han sido objeto de importantes reformas. Entre las adoptadas en esos cuarenta años, muchas han experimentado modificaciones significativas a lo largo de su vigencia.

El ritmo del constitucionalismo iberoamericano ha sido muy dinámico. Una de las razones para que haya ocurrido así ha sido el tránsito de regímenes militares a sistemas democráticos estables. Eso explica que entre los países que no han substituido su constitución figuren Costa Rica, México y Uruguay. En éste país la vigencia de la Constitución democrática de 1967 fue interrumpida por un gobierno militar, pero quedó restablecida a partir de 1985.

En este ensayo se examinarán algunas de las convergencias entre el sistema constitucional español y los rasgos comunes que presenta el nuevo constitucionalismo iberoamericano. No es posible afirmar, en todos los casos, un nexo de causalidad entre el primero y los segundos;

¹⁰ Véase Saiz Moreno, Fernando, y Herrero de Padura, Mercedes (editores), *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1989.

¹¹ Ruipérez, Javier, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 14 y ss.

muchas ideas pertenecen al patrimonio del constitucionalismo democrático de nuestro tiempo. Sin embargo sí es posible asegurar que en todos los congresos constituyentes iberoamericanos ha estado presente el ejemplo español, aunque su grado de influencia haya variado en cada caso.

Como se comentará adelante, la Constitución de 1978 ha sido examinada desde una doble perspectiva en Iberoamérica: por su contenido y por su forma de elaboración. Con relación al primer aspecto, se verá la similitud que presentan algunos derechos e instituciones incluidos en las nuevas constituciones, y a propósito del procedimiento seguido para elaborar la Constitución española, aludiré a algunos de los procesos pactistas adoptados en Iberoamérica que condujeron a las nuevas constituciones democráticas y que inspiran algunos planteamientos de renovación, como es el caso de México.

La riqueza conceptual e institucional de la Constitución española ha sido un ejemplo continuado para los constituyentes latinoamericanos. Es comprensible que así sea, sobre todo porque la de España es una norma estructurada a partir de un consenso responsable e inteligente.¹²

2. Relaciones entre la Constitución española de 1978 y las constituciones iberoamericanas.

A. En cuanto al procedimiento de adopción.

El punto de arranque de la Constitución española estuvo representado por los Pactos de la Moncloa. La tradición pactista es muy añeja en España, e incluso uno, el Pacto del Pardo (1985), encontró un eco lejano en los acuerdos de Benidorm celebrados entre los liberales y los conservadores colombianos en 1956. Pero los acuerdos de la Moncloa significaron una innovación importante porque a diferencia de otros no

¹² Véase Guerra, Alfonso, *Cuando el tiempo nos alcanza*, Madrid, Espasa, 2004, pp. 173 y 220 y ss. Es un testimonio de la intimidad del Constituyente por parte de un dirigente político y constituyente. El espíritu del Constituyente se sintetiza en una expresión del autor: se trataba de construir “un país moderno, alegre y democrático”. Otro importante testimonio de un constituyente es el ofrecido por Raúl Morodo. *La transición política*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 169 y ss. Véase también Cano Bueso, Juan, y Escuredo Rodríguez, Rafael, coordinadores, *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

fueron suscritos para facilitar la convivencia entre los opuestos, sino para transitar de una era constitucional a otra.

Por esa última razón el caso español ha tenido una trascendencia paradigmática en el hemisferio iberoamericano en tanto que demostró la posibilidad de pasar sin violencia de una dictadura a una democracia.¹³ Los acuerdos de la Moncloa, que despejaron el camino hacia una nueva Constitución, fueron suscritos en circunstancias muy propicias para el cambio: una parte del grupo político que ejercía el poder asumió una posición pragmática; en la izquierda emergían líderes políticos muy bien preparados y regresaban al escenario líderes experimentados; se contaba con el liderazgo de un nuevo monarca; operaba con eficiencia una maquinaria burocrática que contribuía a la neutralidad política; habían surgido medios de comunicación que apoyaban el proceso de acuerdos y convivencia, y la primera fase de la transición, significada por la presencia de un nuevo jefe de Estado, se había llevado a cabo a satisfacción incluso de los partidos, grupos y personajes que sostenían la bandera de la república.

En el caso iberoamericano no siempre han estado presentes todos esos factores para posibilitar el éxito de los acuerdos, sobre todo por enfrentar el dilema artificial de concertar o gobernar.¹⁴ A pesar de eso en el periodo examinado ha habido una decisión constructiva que se ha proyectado al ámbito constitucional. Los consensos han permitido superar numerosas discrepancias, a pesar de lo cual los textos constitucionales no siempre se han caracterizado por su rigor sistemático.

Aunque la solución pactada de los conflictos en la fase de elaboración constitucional resulta muy recomendable, a veces deja implantadas en las instituciones los gérmenes de discrepancias que, andando el tiempo, operan como elementos que entorpecen el funcionamiento normal de las instituciones. Esto sucede, sobre todo, cuando se adoptan cualquiera de dos decisiones, o ambas: superar en apariencia las discrepancias, dejando su solución en manos de legislador ordinario para que las resuelva mediante ley, o llevar a la constitución un exceso de insti-

¹³ Díaz, Elías, *La transición a la democracia* (Claves ideológicas, 1976-1986), Madrid, Madrid, Ediciones de la Universidad Complutense, 1987, pp. 87 y ss.; Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 21 y ss.

¹⁴ Lechner, Norbert, *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 32 y ss.

tuciones de supervisión y control que acaban por entorpecer el ejercicio normal del poder.

La facultad cuasiconstituyente transferida al legislador ordinario para que desarrolle aspectos que la constitución sólo enuncia en términos generales, presenta varios inconvenientes. Uno, el más significativo, es que al lado de una constitución sólo reformable mediante un procedimiento legislativo dificultado, surgen normas de naturaleza también constitucional cuyo procedimiento de elaboración y reforma es más flexible.

La rigidez constitucional contribuye a la certidumbre de las relaciones sociales y es el eje mismo de la supremacía constitucional,¹⁵ pero la flexibilidad que permite la adecuación de normas básicas a través de leyes ordinarias es considerada también un elemento valioso para la estabilidad institucional. Por otra parte, la regulación de diversos aspectos constitucionales mediante ley evita el excesivo casuismo de las normas fundamentales, lo que también supone ventajas en cuanto a la estabilidad de los textos constitucionales. Existe una mayor propensión a la sustitución de los textos casuistas y a la permanencia de las disposiciones de mayor grado de generalidad.

No entraré aquí en el debate de esa cuestión; aludo a ella sólo para advertir que si bien existen textos constitucionales que presentan semejanzas, su desarrollo legislativo y su proceso interpretativo los puede llevar por rumbos diferentes. En tanto que la interpretación constitucional por parte de tribunales especializados es más o menos reciente, no se advierte aún que las actividades legiferante e interpretativa se hayan alejado de manera muy ostensible. Lo natural será que acabe prevaleciendo la adaptación cultural de las normas, de suerte que con el tiempo las instituciones reguladas irán ofreciendo perfiles distintivos cada vez más acentuados.

Los procesos de negociación preconstitucional tienen una amplia tradición en América Latina. El primer gran ejemplo contemporáneo se registra en el acuerdo de Benidorm entre los partidos Liberal y Conservador de Colombia, ratificado mediante plebiscito, en 1957. En esencia el pacto consistía en la *eliminación de la lucha de partidos por el control*

¹⁵ Vega, Pedro de, "La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente", *Temas clave de la Constitución Española*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, p. 69.

presupuestal y burocrático del Estado,¹⁶ la alternación en la presidencia a partir de 1959, la integración del gabinete con igual número de miembros por partido, y la paridad en las asambleas, concejos y Congreso, durante los siguientes dieciséis años. El siguiente proceso de negociación fue el llevado a cabo con los grupos guerrilleros, en 1989, como consecuencia del cual fue posible elaborar la Constitución de 1991.

En Ecuador se siguió otro procedimiento para alcanzar el consenso: en 1976 la dictadura militar designó dos comisiones de juristas cuyos proyectos fueron sometidos a referéndum. Lo original consistió en que el electorado no tenía la facultad de votar a favor o en contra de un solo proyecto, sino la posibilidad de optar entre dos textos.

En una circunstancia distinta se fue elaborando el texto actual de la Constitución salvadoreña. La carta de 1983 fue reformada, merced a los acuerdos de paz con el Frente Farabundo Martí, en 1991. Los acuerdos comprendían las modificaciones a la constitución.

Otras negociaciones previas a la elaboración constitucional se produjeron en Panamá, en Venezuela, merced al Pacto de Punto Fijo (1958) y en Argentina a través del Pacto de Olivos (1993). Este último fue el resultado de un difícil acuerdo entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem, iniciado durante la presidencia del primero y concluida durante la del segundo. Las tensiones políticas y los intereses de los partidos fueron marcando el rumbo de una negociación en cuya fase final el partido Radical de Alfonsín aceptó el principio de la reelección presidencial, a cambio de que el partido peronista de Menem transigiera en la adopción de algunas medidas de corte cuasiparlamentario, como la figura del jefe de gabinete, entre otros aspectos.¹⁷

En otros casos el proceso de acuerdo no se ha dado en la fase previa a la formulación del texto constitucional, sino durante el desarrollo de las deliberaciones. Sin acuerdos no hubiera sido posible, por ejemplo, llegar al texto constitucional de Guatemala de 1985, en virtud de la gran fragmentación de la asamblea constituyente.¹⁸

¹⁶ SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1996, p. 23 y ss.

¹⁷ ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Edit. Sociedad Impresora Americana, 1996, pp. 252 y ss. y 324 y ss.

¹⁸ GARCÍA Laguardia, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, 3ª. ed., Guatemala, PDH, 1995, p. 46.

Se registran, asimismo, casos en que la transición constitucional es objeto de un pacto que excluye a quienes ejercen el poder. Así ocurrió, por ejemplo, en Brasil. Lamounier ha demostrado que el verdadero pacto fue el llevado a la práctica por un amplio frente político, *que iba de la izquierda a la derecha*, adverso a los militares en el gobierno.¹⁹ De ese entendimiento entre las fuerzas políticas de diversos signos ideológicos surgió el proceso de constitucionalización de Brasil.

En cuanto a México, se vive todavía un proceso inconcluso de negociación constitucional en el que por una parte se plantea convocar a un nuevo constituyente, y por otra se sustenta que una reforma profunda de la actual constitución puede satisfacer las exigencias de la consolidación democrática.²⁰

En términos generales el proceso de articulación de acuerdos constitucionales en América Latina tiene un punto de contacto con el español: transitar de sistemas dictatoriales, como los militaristas, o autoritarios, como el mexicano, a sistemas democráticos. Empero, la negociación constitucional en América también ha permitido superar otros problemas que España no tuvo que enfrentar: la violencia, como ocurrió en Colombia, Guatemala y El Salvador, por ejemplo; las crisis económicas que afectaron a casi todo el hemisferio en las dos décadas finales del siglo XX, y la grave inequidad social que sigue sin ser superada.

B. En cuanto al contenido.

En este apartado se hará un breve repaso de las instituciones que figuran en la Constitución española y que con anterioridad a 1978 no formaban parte del ordenamiento latinoamericano.²¹ Algunas de esas instituciones se han generalizado al correr de cuarenta años, otras se

¹⁹ Lamounier, Bolívar, ed., *Brasil & África do Sul. Uma comparação*, Sao Paulo, Editora Summaré, 1996, pp. 46 y ss.

²⁰ Un grupo de constitucionalistas ha planteado la conveniencia de refundir y consolidar el texto antes de proceder a su reforma, para evitar los errores de construcción técnica que afectan al texto actual de la Constitución de 1917, muy reformado a lo largo de su vigencia. Cf. Fix-Fierro, Héctor, y Valadés, Diego, coordinadores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, UNAM, 2016.

²¹ Para un estudio detallado véase Fernández Segado, Francisco, *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

han ido adoptando aunque todavía no por todos los ordenamientos, y unas pocas no han llamado la atención de los constituyentes latinoamericanos. Entre estas últimas figura el Consejo de Estado. En general las funciones consultivas del Estado democrático, como las califica con acierto García Fernández²² están todavía poco desarrolladas entre nosotros. No es remoto que en cuanto un sistema vea la versatilidad de este consejo y lo adopte, también comenzará a extenderse en el resto del hemisferio.

Es necesario advertir que en el constitucionalismo latinoamericano existen muchos vasos comunicantes. Hay una intensa interacción entre las dirigencias políticas y las comunidades académicas, de manera que la propagación de algunas instituciones bien pudo ser el efecto de esa interrelación.

a) Derechos

La Constitución española optó por el enunciado Derechos fundamentales, originado en la Constitución alemana de 1848,²³ en lugar de derechos humanos. Algunas normas supremas latinoamericanas también lo han acogido. Son los casos de Bolivia, Colombia, El Salvador, Perú, República Dominicana. Los demás han conservado el nomenclador tradicional, o bien “derechos y garantías” o “derechos constitucionales” o incluso “derechos”, sin más.

Los derechos a los que se alude en este apartado no estaban consignados en las constituciones, y con relación a ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, conocida también como Pacto de San José, sólo aludía al derecho de rectificación (art. 14) pero no al derecho a la intimidad, así como mencionaba de manera muy general los derechos del niño (art. 19), si referirse a los jóvenes, a los viejos ni a los disminuidos.

1º. Ambiente

La defensa constitucional del ambiente, así como otros derechos a los que se engloban en la categoría de derechos económicos, sociales,

²² García Fernández, Javier, *Estudios sobre el gobierno*, Madrid, INAP, 2007, pp. 499 y ss.

²³ Cfr. Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 250.

culturales y ambientales (DESCA), forman un capítulo central en el constitucionalismo iberoamericano. El artículo 45 de la Constitución española²⁴ hace una amplia referencia al medio ambiente que incluye: a) el derecho a disfrutar de un ambiente sano; b) el deber individual, social e institucional de conservarlo, y c) la garantía de ese derecho. El tema ambiental figura ya en todas las normas básicas de todo el hemisferio, con excepción de El Salvador.

La Constitución de Argentina (art. 41), Bolivia (art. 33), Colombia (arts. 49 y 79), Chile (art. 19.8), Ecuador (art. 66), Guatemala (art. 97), Nicaragua (a. 60) y Panamá (arts. 114 y ss.). En Paraguay (arts. 7 y 8) y Brasil (art. 225), además de los tres elementos antes apuntados, las constituciones agregan la regulación del uso de material genético.

En México, una reforma de 1987 (art. 27) establece apenas una discreta facultad para que, mediante ley, se adopten las medidas para *preservar y restaurar el equilibrio ecológico*, así como en Perú (art. 67) sólo se faculta al Estado para determinar *la política nacional del ambiente*.

Con las disposiciones relativas al ambiente las constituciones atienden a un problema central de la vida del Estado moderno. Se trata de una materia cuya normación internacional va en aumento, porque el deterioro ambiental tiene efectos más allá del ámbito territorial nacional. El tratamiento de la materia es objeto de tratados, pero ello no excluye que, como ratificación de una decisión soberana, los Estados la incorporen en sus textos constitucionales.

2º. Derecho a la intimidad y *habeas data*

Una de las más importantes preocupaciones de los nuevos órdenes constitucionales es la protección del derecho a la intimidad, estrechamente asociado a la garantía de inviolabilidad del domicilio y de libertad y seguridad personales que las constituciones iberoamericanas contienen desde sus formulaciones decimonónicas. La invasión de la esfera privada representa una de las mayores amenazas que el individuo puede experimentar en la actualidad. Los instrumentos técnicos a disposición del Estado y de los particulares, que les permiten inmiscuirse

²⁴ Hay antecedentes en las constituciones de Grecia (1975) y Portugal (1976). Cfr. Alzaga, Óscar, *La Constitución española*, Madrid, El Foro, 1978, p. 323.

en la vida de las personas físicas y morales, ha generado una respuesta normativa que tiende a proteger la intimidad y la confidencialidad.

Con relación a la intimidad no deja de suscitarse, como es natural, el problema de definir su extensión.²⁵ En principio nada puede objetarse a la defensa del derecho a la intimidad, pero tampoco puede desconocerse que existen aspectos que incumben a la vida interior de los individuos cuyos efectos externos también afectan la vida de otros sujetos. Este problema lo examina Dworkin, referido a la libertad de información para saber si, en última instancia, existe un derecho a la pornografía.²⁶

Por esa razón cobra especial relevancia que el enunciado del derecho a la intimidad esté acompañado de su correspondiente garantía, para que de esa forma uno y otra, al complementarse, también se delimiten. Por eso Ruiz Miguel²⁷ ofrece los argumentos para pasar de un “concepto superlativo” a una norma más fácil de precisar. En este aspecto el *habeas data* permite determinar el alcance del derecho a la intimidad. Aunque parezca una paradoja, a veces es a través del instrumento de garantía de un derecho como se puede determinar el contenido de ese derecho. Según una de las formas de entender la garantía denominada *habeas data*, se trata de una facultad del individuo para disponer de sus datos personales y de vigilar a quien los utiliza.²⁸ Además, como bien señala Cepeda, la intimidad no se limita *estrictamente a lo individual*, sino que incluye a la unidad familiar.²⁹

El derecho a la intimidad puede ser entendido como una facultad concernida con la esfera del dominio reservado de las personas, y que sólo a ellas pertenece, pero es asimismo válido considerar que el derecho

²⁵ Fernández Segado, Francisco, Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 218 y ss.

²⁶ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 350 y ss.

²⁷ Ruiz Miguel, Carlos, “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nueva época, 1994, p. 239.

²⁸ Cfr. Lillo, Pasquale, *Democrazia elettronica e habeas data, Iustitia*, Roma, Giuffrè Editore, julio-septiembre 1997, p. 295, y Núñez Ponce, Julio, “La acción de habeas data: Su aplicación en un contexto jurídico informático”, *Revista Jurídica del Poder Judicial*, Sinaloa, segunda época, 1994, p. 24.

²⁹ Cepeda E., Manuel, José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992, p. 130.

a la información incumbe a la sociedad, como contrapunto del derecho a la intimidad, que corresponde al individuo. Establecer el punto de intersección entre ambos derechos, el ejercido por el colectivo social y el que concierne a cada uno de sus componentes, es una de las tareas más delicadas del constitucionalismo contemporáneo. Es este uno de los campos de trabajo de los tribunales constitucionales. Esas aportaciones jurisprudenciales van definiendo a su vez los contenidos del *ius constitutionale commune* que se ha venido desarrollando como una forma de integrar las disposiciones normativas y las soluciones jurisdiccionales.³⁰

El derecho a la intimidad y su garantía, aparecen en el texto constitucional español (art. 18). Diversas constituciones iberoamericanas han incorporado también esos preceptos. Es el caso de Argentina (art. 43), Bolivia (arts. 21 y 130), Brasil (art. 5-X), Colombia (art. 15), Costa Rica (art. 24), Ecuador (art. 66.20), El Salvador (art. 2), Guatemala (art. 31), Honduras (art. 76), México (art. 16), Nicaragua (art. 26.4), Paraguay (arts. 33, 135), Perú (arts. 2.6, 2.7), República Dominicana (art. 44) y Venezuela (art. 60).

3º. Infancia, juventud, tercera edad y disminuidos

Entre los sectores más vulnerables de la sociedad se encuentran los menores, los jóvenes, los ancianos y las personas con limitaciones físicas. Es una paradoja que durante largo tiempo hayan sido ajenos a las previsiones normativas del Estado de bienestar.

La Constitución española (arts. 39.4, 48, 49 y 50) también ha tenido una amplia repercusión en Iberoamérica en estas materias. Las constituciones de Bolivia (arts. 58 y ss., 67 y ss. y 70 y ss.) y de Ecuador (arts. 35 y ss.) incluyen a los mismos grupos que la de España; la de Guatemala (arts. 51 y 53) contempla a los menores, a los ancianos y a los disminuidos; Brasil (arts. 227 y 230) y Colombia (arts. 44 y 45 y 46) a los menores, a los jóvenes y a los ancianos; Nicaragua (arts. 62, 65 y 77) a los jóvenes a través del deporte, a los ancianos, y a los disminuidos; El Salvador (arts. 34 y 35) y Honduras (arts. 119 y ss) sólo

³⁰ Uno de los grandes promotores de la identificación y sistematización del *ius constitutionale commune* es Armin von Bogdandy. Véanse Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Piovesan, Flávia, y Soley, Ximena, *Transformative constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

a los menores. En las constituciones dominicana y venezolana se hacen referencias diversas a la niñez, la juventud y la ancianidad, a propósito de la salud, el trabajo, la seguridad social y la información, y contienen previsiones orientadas a la discapacidad. La de Panamá contiene asimismo algunas disposiciones aisladas relativas a la salud de la niñez, la juventud, la ancianidad y los desvalidos.

Como se puede apreciar, se trata de una serie de derechos que se han integrado al constitucionalismo iberoamericano de una manera muy irregular, pero que de todas suertes van calando a pesar de una época que se caracteriza por la disminución de las funciones de prestación a cargo del Estado.

El acoso al Estado de bienestar ha reducido la capacidad de respuesta de las instituciones públicas frente a las numerosas demandas sociales. En esas condiciones la recepción constitucional de algunos de los derechos aquí mencionados representa una respuesta a las expectativas de bienestar colectivo, a veces contraviniendo las presiones que tienden a condicionar o a reducir las posibilidades del gasto público. No debe perderse de vista, en este sentido, que en su mayoría los países iberoamericanos sufren los efectos de una pesada deuda externa que los obliga a sujetarse a duras restricciones en cuanto a sus políticas monetarias y de gasto impuestas por los organismos financieros internacionales, con efectos restrictivos en cuanto a la inversión social.

4º Iniciativa popular

De acuerdo con la Constitución española (art. 87.3), la iniciativa popular para la presentación de leyes procede cuando, con arreglo a la ley, se reúne un mínimo de quinientas mil firmas acreditadas. Esa iniciativa no es admitida por la constitución en materias propias de leyes orgánicas, tributarias o de carácter internacional, ni en lo concerniente a la prerrogativa de gracia. Con excepción del número, fijado en cinco mil firmas, la Constitución nicaragüense (art. 140.4) acogió de manera literal el texto español. En Guatemala la constitución (art. 277) estableció también un mínimo de cinco mil ciudadanos para ejercer la iniciativa.

Con relación a ese derecho cívico, la Constitución argentina (art. 39) coincide en cuanto a señalar como improcedente la iniciativa en materia internacional y tributaria. Añade, con relación a la española, la

materia penal en general y en la lista de exclusiones agrega la iniciativa las reformas constitucionales.

La Constitución brasileña (art. 61) prevé que la iniciativa popular pueda ser ejercida, como mínimo, por el uno por ciento de los electores distribuidos en cuando menos cinco estados y con la participación de tres décimos por ciento de los electores en cada uno de ellos. Aunque no fija límites expresos para la iniciativa, sí atribuye al presidente de la república la exclusividad para presentar iniciativas relativas a las fuerzas armadas, a cuestiones tributarias y a la organización de los servicios de justicia, de seguridad y de la administración pública.

En el caso colombiano (art. 155) la iniciativa debe ser ejercida por un mínimo del cinco por ciento del censo electoral, pero no incluye ninguna materia reservada. Otro tanto ocurre en Ecuador (art. 88), donde no se fija límite en cuanto al número de ciudadanos requerido para formular la iniciativa. Este mismo sistema abierto es el adoptado por las constituciones de Paraguay (arts. 123 y 203) y de Perú (art. 107), aunque en este caso corresponde a la ley determinar los requisitos y las materias susceptibles de iniciativa popular. En la actualidad sólo las constituciones de Chile, El Salvador y Panamá no han incorporado la iniciativa popular.

La iniciativa popular, en España y en Iberoamérica, no deja de ser una institución de dudosa utilidad. Su inclusión tiene más motivaciones de oportunidad política que de pertinencia democrática. Aunque su apariencia sea la de un instrumento que facilita la expresión colectiva de la sociedad, en realidad su aplicación revela la escasa importancia que tiene.

Para que la iniciativa popular pudiera adquirir una trascendencia institucional significativa tendrían que darse cualquiera de dos situaciones: que los partidos políticos dejaran de operar como las instancias de enlace entre la ciudadanía y los órganos del poder, o que los órganos del poder perdieran su naturaleza representativa. Cabe, desde luego, la posibilidad de que algunos partidos, sobre todo los de menor nivel de representatividad electoral, puedan hacer uso de la iniciativa popular, sobre todo para conseguir así efectos de opinión pública que de otra manera no alcanzarían. En este caso la iniciativa popular cumpliría la función de magnificar la voz de las agrupaciones políticas de bajo perfil electoral. Fuera de esos casos, lo que de manera normal sucede es que

las organizaciones políticas con mayor expresión parlamentaria o congresual no recurren a ese instrumento sino que presentan sus iniciativas ante el órgano legislativo.

El surgimiento de la iniciativa popular corresponde a una época de desconfianza en las instituciones públicas en que las organizaciones ciudadanas han ido ocupando un mayor espacio en el ámbito político. Muchos partidos políticos han entendido que les resulta conveniente hacer suyas esas posiciones, a pesar de la contradicción que significan. En el orden institucional, la iniciativa popular, como el referéndum legislativo al que adelante se aludirá, suponen cuestionar el sistema representativo.

Varias de las modalidades de la llamada democracia participativa, que no son otra cosa que la vieja democracia directa, han venido insertándose, como en los casos aquí referidos, en las democracias constitucionales de naturaleza representativa. La magnitud de sus efectos no es tal que pueda considerarse todavía una amenaza para el sistema representativo, pero en todo caso su presencia entraña una contradicción que se explica, en buena medida, por el origen consensual de las constituciones elaboradas con motivo de transiciones políticas.

5°. Protección contra la arbitrariedad

Una de las más importantes garantías del sistema constitucional español es la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3).³¹ Entre las constituciones iberoamericanas este principio ha sido adoptado sólo por Argentina (art. 43), Chile (art. 20). En la Constitución de Venezuela se faculta a la defensoría del pueblo para investigar las arbitrariedades en la prestación de los servicios públicos (art. 281.2), pero este apenas es uno de los efectos de la prohibición general de incurrir en arbitrariedad dirigida a todos los órganos y con relación a todas las funciones del Estado. La escasa repercusión de este precepto se debe, tal vez, a que no se ha advertido que es un valioso instrumento

³¹ La referencia a los poderes públicos incluye a los órganos jurisdiccionales. De ahí que el Tribunal Constitucional, por ejemplo, haya establecido un test para determinar que sus sentencias no se aparten de la Constitución. Uno de los elementos de ese test consiste en que la motivación de la decisión excluya la arbitrariedad. Sentencia 111/2002, citada por Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derechos administrativo y derecho público general*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015, t. III, p. 215

para la defensa de la libertad y de la igualdad, así como para auspiciar la conducta razonable de los servidores públicos³².

Como demuestra Tomás Ramón Fernández³³, el alcance de esta institución se ha venido definiendo por la interpretación jurisprudencial. De ahí que su importancia original no haya resultado muy clara. Más aún, la propia doctrina española demoró para darle la importancia que merece.

Aunque se suele considerar que a través de los instrumentos de control de constitucionalidad se protege al individuo también de la posible arbitrariedad de los órganos del poder, la experiencia jurisprudencial española demuestra que no es así, y que la garantía contenida en el artículo 9.3 constitucional amplía el horizonte de garantías de la libertad e igualdad. En este sentido la interpretación jurisprudencial ha identificado como arbitrario al acto jurídico que carece de explicación racional o de coherencia institucional³⁴, con lo cual se va más allá de la sola apreciación de la constitucionalidad o de la legalidad de los actos.

Aún cuando Fernández³⁵ señalaba que no existía en derecho comparado una institución semejante a la española, es necesario tomar en cuenta lo dispuesto por las constituciones chilena y argentina, que de manera expresa distinguen entre ilegalidad y arbitrariedad, con lo que se sitúan en la línea de la jurisprudencia española. Lo que sí se puede decir, acompañando al tratadista español, es que antes de 1978 ninguna constitución contenía un principio como el que introdujeron los constituyentes españoles.

Ese principio constitucional implica también algunos riesgos, sobre todo el de ofrecer al juzgador, orientado por el garantismo, una posibilidad adicional para convertirse en legislador. Sin pretender repetir el viejo debate que se basaba en una rígida concepción de la separación de poderes y del sistema representativo, sí es necesario advertir que los márgenes de discrecionalidad judicial se amplían al dársele al juez la oportunidad de establecer en qué casos una norma es arbitraria. Pero

³² Cfr. Aragón Reyes, Manuel, *Derecho constitucional*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 10.

³³ Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 47 y ss.

³⁴ Ídem, pp. 61 y 90.

³⁵ Ídem, p. 29.

los posibles riesgos no son mayores que las previsible ventajas, y el orden normativo de la democracia debe tener como prioridad las más eficaces garantías para la libertad y la igualdad de los individuos.

6°. Protección del consumidor y del usuario

La defensa del consumidor corresponde a otra de las disposiciones encaminadas a tutelar los llamados intereses difusos que han venido siendo incorporados por el constitucionalismo contemporáneo. La Constitución española (art. 51) incluyó una amplia protección para el consumidor y el usuario, que comprende la protección de su seguridad, de su salud y de sus legítimos intereses económicos. Para ese efecto se deben realizar acciones de información y educación destinadas a los consumidores y usuarios y fomentar su organización. Un antecedente remoto y discreto se encuentra en la Constitución venezolana de 1961, conforme a la cual *la población consumidora*, que por razones obvias era la totalidad de los habitantes, podía dar sus opiniones a los órganos del Estado encargados de escuchar a los distintos sectores económicos y sociales.

Los mismos elementos de la disposición constitucional española ya han sido adoptados en Argentina (art. 42), Bolivia (arts. 75 y 76), Colombia (art. 78), Ecuador (arts. 52 a 55), Guatemala (art. 119), República Dominicana (art. 53) y Venezuela (art. 113 y 117). En México (art. 28) sólo se alude a los consumidores, sin que se les reconozca el derecho de organización, y en Perú (art. 65) se omite el derecho a la organización de consumidores y usuarios.

En el caso de Brasil (art. 170-V) la defensa del consumidor se plantea como parte de un orden económico cuya finalidad es *asegurar a todos una existencia digna, conforme a la justicia social*. Si bien el principio es muy abstracto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor de 1990 incorpora los elementos centrales de la defensa de consumidores y usuarios que figuran en la carta española.

Por su parte en Honduras la constitución (art. 331) sólo formula una ambigua libertad de consumo, y en Nicaragua (art. 105) y Panamá (art. 279) el Estado asume la responsabilidad de *garantizar el control y calidad de bienes y servicios*. Con excepción de Chile y de Uruguay, que lo hacen a través de leyes ordinarias, todos las demás constituciones del hemisferio consignan la protección del consumidor.

Esos preceptos se incorporan, de manera general, en el capítulo correspondiente al régimen económico. Esta es, por otra parte, una sección que la mayor parte de las nuevas constituciones incluyen, y que algunas de las previas a 1978 ya incorporaron mediante reformas. Tal es el caso de la mexicana (arts. 25 y 26, reformados en 1983) y de la costarricense (art. 46, reformado en 1996).

7º. Referéndum y plebiscito

La Constitución española contiene una triple regulación del referéndum. Por un lado la que aparece en el art. 92.1, de naturaleza política, y por otra las modalidades de carácter constitucional, referidas al ámbito autonómico (art. 151.2) y al ámbito nacional (arts. 167.3 y 168.3). De esas tres posibilidades de referéndum, la que menor acogida ha tenido en los sistemas constitucionales iberoamericanos es la de naturaleza legislativa y política.

El artículo 92 de la Constitución española presenta una redacción equívoca, porque si bien la disposición alude a que se someterán a consulta popular “decisiones políticas”, en cuyo caso habría que hablar de plebiscito, como se sustentó durante el proceso constituyente,³⁶ se conservó la expresión “referéndum” por ser la que contenía el proyecto de constitución. Esto explica que el precepto aparezca en el capítulo que rige la elaboración de las leyes. Cabe asimismo suponer que los constituyentes entendieron las decisiones políticas en un sentido amplio que, por ende, incluye las que se toman en materia normativa.

La Constitución guatemalteca (art. 173) tomó de la española la expresión *las decisiones políticas de especial trascendencia*, pero transformó el potestativo *podrán ser sometidas a referéndum*, por el obligatorio *deberán ser sometidas a procedimiento consultivo*. Así, esta constitución alude también a un plebiscito y no a un referéndum, al que le da un carácter obligatorio difícil de cumplir. Modalidades de consulta aparecen en la Constitución mexicana (art. 35) y de Colombia (arts. 40, 170).

Por su parte la Constitución argentina (art. 40) prevé el referéndum legislativo, y para atenuar los efectos adversos al sistema representativo dispone que sólo la Cámara de Diputados puede convocar a

³⁶ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 206 y ss.

referéndum, cuyos resultados son obligatorios y la ley resultante debe ser promulgada de manera “automática”. El presidente, por su parte, también puede convocar a referendos, pero en este caso el voto no es obligatorio ni los resultados vinculantes. El caso paraguayo (art. 121) es más ambiguo, porque reserva a la ley determinar cuando el referéndum es vinculante o no.

El referéndum legislativo ha progresado en el constitucionalismo iberoamericano, pero su utilización ha sido muy escasa. Su adopción corresponde a un discurso político orientado a superar las reticencias crecientes respecto de los partidos políticos, más que a una demanda generalizada de la población. Hay sistemas, como el estadounidense en el ámbito local, o el suizo, donde los referendos forman parte de la cultura jurídico política, pero no es posible desconocer que en otros sistemas también han sido muy utilizados para deteriorar o incluso ignorar las decisiones de los legisladores.

La práctica del referéndum entraña considerables riesgos. Si se utiliza como una forma no vinculante de consulta popular, en realidad se está subestimando la capacidad decisoria de la ciudadanía, porque una vez conocido su parecer se puede o no tomar en cuenta; si por el contrario la decisión popular adquiere carácter vinculante por disposición constitucional, puede llegarse a producir una quiebra de la propia constitución si lo que se somete a decisión popular no ha pasado por un control previo de constitucionalidad. Una ley sometida a referéndum podría contener normas inconstitucionales aprobadas por la pluralidad del pueblo. De ahí que, como en el caso mexicano, se haya tomado la precaución de someter los proyectos a la consulta previa de constitucionalidad.

El riesgo de que se someta a la decisión ciudadana un proyecto viciado de inconstitucionalidad hace que este instrumento sea poco funcional para un sistema democrático. Si los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes se tuvieran que pronunciar en sentido adverso a una norma aprobada mediante referéndum se desencadenaría un conflicto de naturaleza política de gran magnitud que haría peligrar el Estado de derecho. La única vía de soslayar esa posibilidad es el control previo de constitucionalidad de los proyectos sometidos a referéndum, pero los sistemas constitucionales iberoamericanos tardaron para incorporarlo. La Constitución de Colombia, por

ejemplo, prevé la intervención de la Corte Constitucional pero sólo para el efecto de determinar los vicios de procedimiento en la convocatoria y en la realización de la consulta (art. 241.3). En Ecuador (art. 104) y en México (art. 35) está previsto el control previo de la constitucionalidad del objeto de la consulta.

El caso del referéndum constitucional es diferente, pues no hay reformas constitucionales contrarias a la constitución, en tanto que de lo que se trata es de una reforma a la constitución misma. Cabría, no obstante, la posibilidad de que las reformas aprobadas pudieran ser contradictorias con otras de la propia norma suprema, lo cual en todo caso daría problemas en cuanto a la unidad sistemática de la constitución y dificultaría su interpretación y aplicación, pero no presentaría el riesgo de enfrentar a los tribunales constitucionales con la opinión mayoritaria de la ciudadanía.

Por tal razón, esta variante de referéndum ha tenido amplia acogida en las nuevas constituciones de Iberoamérica e incluso ha dado lugar a modificaciones en algunas de las pocas anteriores a 1978. Las formas incorporadas, sin embargo, son múltiples. El caso de Brasil es singular, porque si bien el art. 60, que prescribe los requisitos para la reforma constitucional, no contempla la posibilidad del referéndum, el transitorio segundo alude a la convocatoria del plebiscito, como el que se llevó a cabo en septiembre de 1993, para determinar si Brasil adoptaba la forma de gobierno monárquica o conservaba la republicana, y en este caso si mantenía el sistema presidencial u optaba por el parlamentario.

El referéndum constitucional aparece en las constituciones de Bolivia (art. 411), Colombia (arts. 374, 376, 377, 378 y 379), Chile (art. 117), Ecuador (arts. 57 y 181), Guatemala (arts. 173 y 280), Panamá (art. 308), Paraguay (art. 290), Perú (arts. 32, 206), República Dominicana (art. 272), Uruguay, mediante reforma de 1989 (art. 331) y Venezuela (arts. 341, 345). Como se puede ver, once constituciones, adoptadas o reformadas después de 1978, consagran el referéndum constitucional, y una más, la brasileña, aun cuando no lo incluye, ha sido definida mediante una consulta plebiscitaria. En este caso lo llamativo consistió en que la convocatoria a la consulta popular quedó establecida en la propia constitución, como resultado del acuerdo político entre las fuerzas que negociaron y convinieron el contenido de la norma suprema en 1988.

A pesar de coincidir en la inclusión del referéndum constitucional, las formas consignadas son diferentes. Esto demuestra la versatilidad que esta institución ofrece. En Colombia, por ejemplo, el referéndum no es complementario de la acción congresual, sino que representa una disyuntiva. La constitución puede ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referéndum. En este caso la constitución permite, además, que el electorado se pronuncie por cada uno de los artículos, pudiendo aprobar unos y rechazar otros. Para que surta efectos, en el referéndum deberá participar cuando menos una cuarta parte del electorado, y en cada caso triunfará la decisión que cuente con el apoyo de más de la mitad de los sufragantes. Este sistema puede dar lugar a graves contradicciones, pues al permitir que el electorado apruebe o rechace partes del articulado constitucional, deja abierta la posibilidad de que el resultado de la consulta no permita organizar un texto coherente.

En Chile, cuya constitución también fue aprobada mediante referéndum en septiembre de 1980, se admite el veto presidencial total o parcial a las reformas constitucionales que apruebe el Congreso, y si éste supera el veto, también de manera total o parcial, mediante una mayoría calificada de dos tercios de cada cámara, el presidente tiene el recurso adicional de convocar a la ciudadanía para que se pronuncie. En este caso el electorado actúa, en la realidad, para dirimir un conflicto entre órganos del poder, más que como cuerpo legislativo supremo. Este mismo procedimiento fue seguido por la anterior constitución ecuatoriana de 1998 (arts. 181 y 57) pero fue eliminado en la vigente, de 2008.

El referéndum es obligatorio en todos los casos de reforma constitucional en Bolivia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En el caso de Panamá sólo es obligatorio el referéndum cuando la Asamblea Legislativa elegida para revisar la reforma adoptada por la Asamblea previa, introduzca modificaciones al proyecto antes aprobado. De no producirse discrepancias entre la Asamblea de origen y la de revisión, no se convoca a referéndum. En República Dominicana es obligatorio cuando verse sobre derechos fundamentales, ordenamiento territorial, ciudadanía, nacionalidad y extranjería, o sobre el procedimiento mismo de reforma a la constitución.

Cuando el referéndum constitucional funciona para permitir que el electorado actúe como órgano legislativo supremo, se aplica la idea esencial del contractualismo rousseauiano, que es la ruta seguida por la Constitución española y por la mayoría de las iberoamericanas que han adoptado esa modalidad; empero, como hemos visto, también existen otras fórmulas que permiten la utilización de la consulta popular para superar discrepancias entre los titulares de los órganos del poder.

4º. Salud

Vinculada con la protección del ambiente está la que respecta a la salud. La Constitución española acierta al consignar el *derecho a la protección de la salud* (art. 43), que por su parte también recogieron con rapidez los textos de Colombia (art. 49), Chile (art. 19.9), El Salvador (art. 65), Honduras (art. 145), México (art. 4º, reformado en 1982), Panamá (arts. 102 y ss.), Paraguay (art. 68) y Perú (arts. 7, 8 y 11). De manera sucesiva así ha ocurrido en todos los países latinoamericanos.

El concepto básico de protección de la salud incluye las medidas de promoción y restauración de la salud que algunas constituciones mencionadas también enuncian de manera expresa. En cambio, una lectura equivocada del precepto español llevó a que se hablara no del derecho a la protección de la salud, como prestación susceptible de ser proporcionada y exigida de manera efectiva, sino de “derecho a la salud”, que hace imprecisa su garantía. Así ocurre en los casos de Nicaragua (art. 59) y Guatemala (art. 93) y Ecuador (arts. 3, 32). En Brasil (art. 196) en cambio, el derecho a la salud se plantea en el contexto de las políticas sociales y económicas, que deben encaminarse a la promoción, protección y recuperación de la salud, y en el caso de Bolivia (art. 36) se agrega el acceso al seguro universal de salud.

b) Instituciones

1º. Comisiones parlamentarias o congresuales

Como instrumentos constitucionales para el control del poder y por lo mismo para garantizar el espacio individual y colectivo de las libertades, el funcionamiento de las comisiones congresuales tiene una gran trascendencia. En este sentido la Constitución española (art. 76.2)

dispone: que *será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras* ante las comisiones de investigación. El incumplimiento de esta obligación, impuesta a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad, da lugar a sanciones. El paso dado por el constituyente español amplía las facultades tradicionales de investigación de las comisiones parlamentarias.

En la misma dirección se orientó la Constitución brasileña (art. 58-V), aunque restringió las posibilidades de requerir la presencia sólo a los ciudadanos nacionales; en Paraguay (art. 195), en cambio, se adoptó el criterio constitucional español y se admite la posibilidad de que las comisiones de investigación hagan comparecer a “los particulares”, y en caso de no hacerlo quedan sujetos a la sanción correspondiente.

El fortalecimiento del sistema representativo tiene como gran obstáculo al presidencialismo latinoamericano, caracterizado por su rigidez y por la alta concentración del poder político y administrativo. El argumento para eludir las facultades de control de los congresos consiste en afirmar que afectaría la separación de poderes. Se trata de una interpretación errónea porque su aplicación ha demostrado que en nada afecta el funcionamiento de los órganos del poder y sí, en cambio, supone una mayor capacidad de control político en beneficio del sistema de libertades públicas y de responsabilidades políticas.

2º. Defensor del Pueblo

El fin de la Segunda Guerra Mundial marca a su vez el inicio de una nueva etapa en la defensa de los derechos humanos. En un mismo año, 1948, fueron adoptadas las declaraciones Universal y Americana de los derechos humanos, e inició un proceso que habría de desembocar en la creación de nuevas instituciones nacionales e internacionales encaminadas a asegurar su eficaz protección.

La institución escandinava del *Ombudsman* tardó mucho en permear la estructura constitucional iberoamericana. Aun cuando comenzó a ser discutida en los medios académicos desde finales de los años sesenta, sólo en los setenta comenzó a recibir atención creciente. Entre los juristas que con mayor determinación impulsaron su adopción en América Latina figuran Héctor Fix-Zamudio, en México; Humberto J. La Roche, en Venezuela; Carlos Restrepo Piedrahita, en Colombia; Héctor Gross Espiell, en Uruguay; Eduardo Soto Klos, en Chile; Carlos

Rivera, en Costa Rica; Jorge Mario García Laguardia, en Guatemala, y Miguel M. Padilla, en Argentina³⁷, para mencionar sólo algunos de los profesores que impulsaron su adopción, familiarizando a los legisladores, a los gobernantes y a la propia opinión pública con la figura del *ombudsman*.

Los primeros países iberoamericanos cuyas constituciones adoptaron el *ombudsman* fueron Portugal y España, y su fuerza expansiva entre los países iberoamericanos fue de gran trascendencia. Aunque en 1976 se presentó un proyecto de reformas constitucionales en Colombia para incorporar la figura de la Veeduría de la Administración, la iniciativa no prosperó.³⁸ El impulso más importante que se produjo en el constitucionalismo iberoamericano parte de la figura del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, incorporado en la Constitución española (art. 54).

La denominación de Defensor del Pueblo de la Constitución española ha sido seguida por Argentina (art. 86), Bolivia (arts. 218 y ss.), Colombia (118), Ecuador (art. 214 y ss.), Paraguay (art. 276), Perú (art. 161), República Dominicana (art. 190) y Venezuela (art. 280). El Salvador (art. 191) y Guatemala (arts. 273-5) optaron por un Procurador de Derechos Humanos. En México también se optó por una Comisión Nacional de los Derechos Humanos (art. 102) y diversas comisiones análogas en cada una de las 32 entidades federativas. En estos casos se trata, como en España de órganos designados por el congreso³⁹.

Para incorporar al *ombudsman* en el sistema constitucional iberoamericano se han tenido que superar numerosas resistencias y reticencias. El argumento adverso más invocado ha consistido en señalar que su aparición se debe a la debilidad del sistema judicial y que por ende la solución no debía consistir en incorporar un órgano más del Estado, sino en fortalecer los ya existentes. Esta tesis no toma en cuenta que el

³⁷ Cfr. Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano (ombudsman)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión de Derechos Humanos, 1991, pp. 89 y ss.

³⁸ Estrada, Alexei Julio, "El Ombudsman en Colombia y en México una perspectiva comparada", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 16.

³⁹ Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional latinoamericana", *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, México, 10º Aniversario 1988-1998, Multiprint Impresores, 1998, p. 85.

ombudsman no excluye la posibilidad de que los particulares ejerzan ante los tribunales las acciones que consideren pertinentes, y que, por el contrario, permiten un considerable ahorro en los trámites formales en beneficio de los individuos y de los propios órganos de justicia.

Hay una diferencia sensible entre el *ombudsman* español y el latinoamericano, porque en este hemisferio ha sido configurado como un órgano constitucional autónomo, en tanto que en España depende las Cortes Generales.⁴⁰ Esto no obstante el *ombudsman* juega, por otra parte, un papel significativo en cuanto a formar una conciencia de respeto por el derecho en general. La cultura jurídica se ve impulsada por la presencia de ese tipo de órganos. La necesidad de fortalecer al Estado de derecho a la que se han tenido que enfrentar los países iberoamericanos en los últimos cuarenta años hace que este tipo de instituciones desempeñe una tarea de especial relevancia.

3°. Tribunal Constitucional y Consejo de la Judicatura

La justicia constitucional tiene una larga trayectoria en América Latina. En este aspecto la relación entre las constituciones española e iberoamericanas no se da tanto por la materia ni por la modalidad de control de la constitucionalidad adoptada, sino por la naturaleza del órgano que lo ejerce⁴¹. Aun cuando la aparición del primer tribunal constitucional, con esta denominación, se produjo en la Constitución austriaca de 1920, la denominación se comenzó a generalizar en los países hispanohablantes después de promulgada la Constitución española. Esto no obstante, se registran algunos casos previos como la creación del Tribunal Constitucional chileno en 1925 y de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en 1965⁴². En Colombia se propuso

⁴⁰ Balaguer Callejón, Francisco, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, Vol. II, pp. 357 y ss

⁴¹ Aguiar de Luque, Luis, "La justicia constitucional en Iberoamérica", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Lerko Print, 1997, p. 29.

⁴² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 97 y ss.

la creación de la Corte Constitucional desde 1945, aunque sólo fue establecida hasta 1991⁴³.

La diversidad de denominaciones para los órganos encargados de la justicia constitucional y las variaciones en cuanto a su integración y a los procedimientos de designación de sus titulares obedecen en buena medida a que se siguieron los estándares aplicados desde el siglo XIX por cuanto hace a la integración de los tribunales supremos. La experiencia muestra la dificultad para identificar un sistema que permita alcanzar la neutralidad política, la objetividad jurídica y la idoneidad profesional y ética que se busca en la organización, la integración y el funcionamiento de los tribunales constitucionales⁴⁴.

Una variante en América Latina consiste en haber incorporado una sala constitucional en los tribunales supremos. Es el caso de las constituciones de Costa Rica (art. 10), El Salvador (art. 174), Honduras (art. 316), Nicaragua (arts. 159 y 163), Paraguay (arts. 132, 258 y 260) y Venezuela (arts. 334 y ss.). Bolivia, Chile, Perú y República Dominicana optaron por la denominación *tribunal*, y Colombia, Ecuador y Guatemala, *corte*. En los casos de Argentina, Brasil, México, Panamá y Uruguay, las supremas cortes de justicia actúan ya como tribunales constitucionales pero conservan su nombre tradicional.

Otro aspecto que no concierne al órgano de control de la constitucionalidad, sino al gobierno y a la administración de la justicia, es la creación del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2), que ha tenido en Latinoamérica la repercusión que no alcanzaron previamente los consejos superiores de la Magistratura de Italia y de Francia⁴⁵. En Ecuador (art. 177) y en Honduras (art. 317), se estableció el Consejo de

⁴³ Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en Fernández Segado, Francisco, y García Belaunde, Domingo, (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 473 y ss.

⁴⁴ García Laguardia, Jorge Mario, "La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias", en *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, colección Cuadernos Constitucionales, México- Centroamérica, núm. 8, pp. 39 y ss.; Brewer-Carías, Allan R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid Editorial Dykinson, 1997, p. 143 y ss.

⁴⁵ Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997, pp. 59 y ss.

la Judicatura; en El Salvador surgió el Consejo Nacional de la Judicatura (art. 187), en México el Consejo de la Judicatura Federal (art. 100), en Argentina (art. 114), en Bolivia (arts. 170 y 193) y en Paraguay el Consejo de la Magistratura (arts. 262-264) y en Perú el Consejo Nacional de la Magistratura (arts. 150-157). Otras denominaciones son: Brasil (art. 103 b), Consejo Nacional de Justicia; Colombia (art. 254), Consejo de Gobierno Judicial; Nicaragua (art. 165), Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial. Sólo en seis constituciones latinoamericanas el máximo tribunal nacional sigue desempeñando las funciones de gobierno administrativo de toda la rama judicial: Chile, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Uruguay y Venezuela.

La justicia constitucional en España y en América Latina guarda relación con el constitucionalismo democrático que prevalece en la mayor parte del hemisferio. No es posible entender la defensa de la constitución sino como resultado de una elaboración constitucional democrática y como parte de un Estado de derecho. Ahí donde no existen órganos del poder controlados, donde los titulares de esos órganos carecen de legitimidad, donde la vida política transcurre al margen del pluralismo y donde las libertades públicas están condicionadas, no se requiere ni se ejerce la justicia constitucional.

Además, los tribunales constitucionales contribuyen a consolidar las constituciones como normas, en lugar del papel de proclamas políticas que les imprimió una larga práctica distorsionadora. Esto implica una transformación substancial del concepto y de la función de las constituciones en América Latina. La sola incorporación de los tribunales constitucionales no es suficiente para producir ese cambio, pero coloca a las normas y a las sociedades en el rumbo para conseguirlo.

3. Consideraciones finales

He examinado, recurriendo al cotejo textual, diferentes instituciones constitucionales caracterizadas por un “denominador común”, conforme a la tesis de Peter Häberle⁴⁶. Ese denominador permite identificar los vínculos entre las constituciones. Desde la expansión del constitucionalismo, a partir de los diferentes procesos de independencia en el siglo

⁴⁶ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, pp. 11 y ss.

XIX, las constituciones de Estados Unidos y de Francia se convirtieron en paradigmas para las normas supremas de los Estados nacientes.

Este estudio se refiere a un nuevo constitucionalismo en Iberoamérica, inspirado en numerosos aspectos por la Constitución española de 1978, y orientado en el sentido de fortalecer los deberes y derechos fundamentales como eje de lo que podría considerarse “el derecho a la democracia”. Los instrumentos de este derecho, consistentes en la organización y funcionamiento controlado de los órganos del poder político, presentan en cada caso características diferentes. Esto se explica por varias razones: unas, las concernientes al sistema parlamentario, vigente en España, y al presidencial, prevaleciente en América Latina; otras, las que corresponden a culturas con perfiles propios.

Las diferencias entre los sistemas parlamentario y presidencial tienden a diluirse en tanto que entrambos toman prestadas entre sí determinadas instituciones que contribuyen a su estabilidad o a su mayor capacidad de control. En este proceso se ha avanzado tanto que hoy es necesario adoptar nuevos criterios para distinguir ambos sistemas, pues los aplicados hasta ahora, centrados en las formas de relación entre los órganos del poder (investidura y confianza, por ejemplo) resultan insuficientes. La diferenciación entre ambos sistemas puede orientarse más hacia otras características, entre las que sobresale el procedimiento electoral adoptado, directo o indirecto, para seleccionar al jefe de gobierno. Así, cuando existen dos fuentes de legitimidad, una para el órgano ejecutivo y otro para el legislativo, nos encontramos ante un sistema presidencial; cuando sólo existe una fuente de legitimidad para los titulares de ambos órganos de gobierno, estamos ante un sistema parlamentario.

Las formas de relación entre los órganos del poder ya no son distintas de los sistemas parlamentario o presidencial. Por eso es posible encontrar en los nuevos sistemas presidenciales de Iberoamérica numerosos instrumentos constitucionales de control que habían sido considerados exclusivos de los sistemas parlamentarios. Su adopción obedece a una razón superior: son instrumentos de garantía política, o sea instituciones adjetivas del derecho a la democracia. El contenido de este derecho es complementario de los anteriores y de los nuevos derechos fundamentales.

Lo central de las democracias actuales está en la edificación y protección de una nueva estructura de los derechos fundamentales. El proceso no ha sido fácil ni rápido, y en la mayor parte de los casos todavía llevará tiempo para su consolidación. Conseguirlo es un desafío al que cada comunidad nacional tendrá que dar respuesta y al que resulta de gran ayuda que se lleven a cabo ejercicios de análisis, cotejo y medición, para poder establecer así los niveles de avance registrados.

Revisar este proceso, por ejemplo, a cuarenta años de promulgada la Constitución española, es una forma de constatar la evolución que se ha llevado a cabo. Para este propósito los ejercicios de naturaleza académica han probado ser muy eficaces. En 1974, por ejemplo, fue fundado el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que se dio a la tarea de servir como un foro para los constitucionalistas de esa área europea y americana. El primer Congreso al que convocó, en julio de 1975, tuvo una clara inspiración helleriana: el tema fue “Derecho y realidad constitucional en América Latina”.

En ese primer congreso, y en los siguientes doce llevados a cabo hasta ahora, en Argentina, Colombia, España, México y Perú, han participado expertos de ambos continentes que, en sus respectivos países y en sus diferentes momentos, han participado en los procesos constituyentes. Muchos de los temas tratados a lo largo de estos años se han traducido en propuestas o han reflejado el análisis de decisiones tomadas, pero en todo caso han sido el punto de encuentro en que los conocedores de los distintos sistemas constitucionales han intercambiado conocimientos, experiencias, opiniones y sugerencias.

Más allá de las semejanzas formales entre los sistemas constitucionales hay un aspecto central: la forja convergente de una cultura democrática colectiva. Es en este punto donde se presenta la mayor afinidad de la nueva comunidad iberoamericana. No existe entre sus miembros una vocación emuladora; lo que sí hay es una decisión, adoptada en el ámbito interno de cada sociedad política, de abrir paso a formas de vida que se expresen a través del Estado constitucional, social y democrático de derecho. Con independencia de la denominación que haya sido incorporada al texto fundamental, lo que cuenta es que en éste figuren las instituciones que le dan contenido a ese tipo de Estado. Es evidente que se avanza hacia su construcción y consolidación, a pesar de las múlti-

ples resistencias e incluso de los reveses circunstanciales que se registran en países como Nicaragua y Venezuela.

En el nuevo constitucionalismo iberoamericano la Constitución española de 1978 ha sido un nuevo paradigma constitucional. La visibilidad de la transición y las similitudes culturales auspiciaron lo que puede caracterizarse como un *ambiente constitucional* en el que a pesar de los estilos diferentes son identificables preocupaciones compartidas y soluciones semejantes. Mientras que en el constitucionalismo decimonónico la inexperiencia fue suplida por la copia directa de normas y de instituciones, las nuevas normas supremas, o la adaptación progresiva de las más añosas, como es el caso de la centenaria Constitución mexicana, han encontrado una fuente de inspiración en la carta suprema española. Ya no ha habido una traslación textual de las normas estadounidenses, francesa y en algunos casos gaditanas, sino una adecuación de los preceptos españoles, pero con un claro parentesco entre sí.

Además de las diversas instituciones examinadas en este ensayo, uno de los efectos más relevantes ha sido el encuentro de los universos normativos propios de los sistemas parlamentario y presidencial. La racionalización del añejo presidencialismo latinoamericano se ha facilitado entre otras cosas por la familiarización con el parlamentarismo europeo, en especial con el español. Por supuesto, en la cultural constitucional de nuestro tiempo están presentes asimismo otros ejemplos, como el de la quinta República francesa, y el conjunto genera un cosmopolitismo constitucional que va abriendo paso a sistemas presidenciales cada vez más parlamentarizados.

De las 19 constituciones latinoamericanas sólo las de Costa Rica (1949), Cuba (1976), México (1917) y Uruguay (1967), son anteriores a la de España. De estas cuatro, no incluí en el análisis la de Cuba, pues corresponde a un modelo no democrático de constitución. Las otras tres ha sido objeto de numerosas reformas en los últimos cuarenta años. El examen comparado se facilita por la circunstancia de que la Constitución española apenas ha sido objeto de un par de reformas, ninguna relacionada con los aspectos que se han visto aquí. Esto permite sustentar que las similitudes, deliberadas o inspiradas, como parte del *ambiente constitucional compartido* han dado lugar a un *ius constitutionale commune*.

La adaptación de instituciones semejantes a cada espacio nacional, las ha enriquecido, mostrando que la creatividad del constituyente de 1978 se ha multiplicado gracias a las aportaciones complementarias en América Latina. Si se añade que en España también se tuvieron en cuenta otras experiencias europeas previas⁴⁷, hoy se puede decir que ya existe un *constitucionalismo euroamericano* de extraordinaria riqueza institucional y conceptual.

La europeización del derecho constitucional es un fenómeno jurídico, político y cultural al que Muñoz Machado identifica como un proceso cosmopolita⁴⁸, y que también está presente en América Latina. Al examinar la migración de las normas constitucionales se puede apreciar que el contacto planetario más intenso es el existente entre los sistemas constitucionales europeos y latinoamericanos. La experiencia de las cortes supranacionales de derechos humanos confirma esta tendencia. Además, diversas voces del constitucionalismo español han planteado la reforma de constitución, en especial por lo que hace al sistema representativo político y territorial⁴⁹.

Los intercambios tenderán a hacerse más frecuentes y fructíferos, en ambas direcciones. En materia federal, por ejemplo, las experiencias en las dos riberas del Atlántico pueden ser complementarias. Otro tanto sucede con algunos problemas propios del sistema representativo y electoral, donde de continuo se exploran nuevas soluciones para los partidos y su financiación, y para la equidad electoral.

Hago votos porque esta nueva vertiente del constitucionalismo democrático siga fructificando.

⁴⁷ Véase Fernández Segado, Francisco, *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003. Es un volumen de extraordinaria riqueza conceptual e informativa que permite apreciar las relaciones entre la Constitución de 1978 y el entorno europeo.

⁴⁸ Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Vieja y nueva Constitución*, Barcelona, Crítica, 2016, pp. 242 y ss.

⁴⁹ García Roca, Javier, (editor) *Pautas para una reforma constitucional*. Informe para el debate, Madrid, Aranzadi, 2014, pp. 45 y ss., 57 y ss. y 99 y ss.

FUENTES

Actas de las Cortes de Cádiz, Madrid, Taurus Ediciones, Biblioteca Política Taurus, 1964.

AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *El defensor del ciudadano (ombudsman)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión de Derechos Humanos, 1991.

AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *Regulación del ombudsman en el derecho internacional comparado*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

AGUIAR DE LUQUE, Luis, “La justicia constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Lerko Print, 1997.

ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Edit. Sociedad Impresora Americana, 1996.

ALZAGA, Óscar, *La Constitución española*, Madrid, El Foro, 1978.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Derecho constitucional*, Madrid, McGraw Hill, 1995.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Temas del liberalismo gaditano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1978.

BLANCO VALDÉS, Roberto L., “El ‘Problema Americano’ en las primeras Cortes liberales españolas 1810-1814”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela, PIOVESAN, Flávia, y SOLEY, Ximena, *Transformative constitutionalism in Latin America. The emergence of a New Jus Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

BREWER-CARIAS, Allan R., “*La jurisdicción constitucional en América Latina*”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid Editorial Dykinson, 1997.

BREWER-CARIAS, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales*, San Cristóbal, Venezuela, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, t. 1.

CANO BUESO, Juan, y ESCUREDO RODRÍGUEZ, Rafael, coordinadores, *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

CEPEDA E., Manuel, José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en García Belaunde, Domingo, y Fernández Segado, Francisco, (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

DÍAZ, Elías, *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986)*, Madrid, Edumena, Ediciones de la Universidad Complutense, 1987.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.

ESTRADA, Alexei Julio, “El Ombudsman en Colombia y en México una perspectiva comparada”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

FERRER MUÑOZ, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

FIX-FIERRO, Héctor, y VALADÉS, Diego, coordinadores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Texto reordenado y consolidado, México, UNAM, 2016.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional latinoamericana”, *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, México, 10º Aniversario 1988-1998, Multiprint Impresores, 1998.

GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, *Estudios sobre el gobierno*, Madrid, INAP, 2007.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, 3ª. ed., Guatemala, PDH, 1995.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias”, en *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, colección Cuadernos Constitucionales, México- Centroamérica, núm. 8.

GARCÍA ROCA, Javier, (editor) *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Madrid, Aranzadi, 2014.

GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina. 1853/1860*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 1971.

GUERRA, Alfonso, *Cuando el tiempo nos alcanza*, Madrid, Espasa, 2004.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001.

HIDRÓN, Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.

JIMÉNEZ, Mario Alberto, *Desarrollo constitucional de Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1974.

LABRA Y MARTÍNEZ, Rafael M. de, *Los presidentes americanos de las Cortes de Cádiz*, México, H. Congreso de la Unión, Ediciones Facsimilares del Comité de Asuntos Editoriales, 1989.

LAMOUNIER, Bolívar (organizador de ed.), *Brasil & África do Sul. Uma comparação*, Sao Paulo, Editora Summaré/IDESP, CPS, FGD, 1996.

LECHNER, Norbert, *Los patios interiores de la democracia*. Subjetividad y política, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

LILLO, Pasquale, *Democrazia elettronica e habeas data*, Iustitia, Roma, Giuffrè Editore, julio-septiembre 1997.

MELGAR ADALID, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997.

MORODO, Raúl, *La transición política*, Madrid, Tecnos, 1984.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derechos administrativo y derecho público general*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Vieja y nueva Constitución*, Barcelona, Crítica, 2016.

NÚÑEZ PONCE, Julio, "La acción de habeas data: Su aplicación en un contexto jurídico informático", *Revista Jurídica del Poder Judicial*, Sinaloa, segunda época, 1994.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

QUINTERO, César, *Evolución constitucional de Panamá*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988.

ROGA ROCA, Eduardo, *América en el ordenamiento jurídico de las Cortes de Cádiz*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, 1986.

RUIPÉREZ, Javier, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.

RUIZ MIGUEL, Carlos, "En torno a la protección de los datos personales automatizados", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nueva época, 1994.

SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1996.

SÁCHICA, Pilar, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10ª. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1992.

SAIZ MORENO, Fernando, y HERRERO DE PADURA, Mercedes (editores), *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1989. IV volúmenes.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile, Universidad Católica, Editorial Jurídica de Chile, 1963.

UGARTE DEL PINO, Juan Vicente, *Historia de las constituciones del Perú*, Lima, Editorial Andina, 1978.

VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998.

VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

VV.AA. *Justicia constitucional comparada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

VV.AA. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Umaña Trujillo Impresores, 1984.

DOS ETAPAS EN LA FORMACIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: EL ROL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

César Landa Arroyo

Profesor de Derecho Constitucional y expresidente del Tribunal Constitucional de Perú

1. Presentación

La Constitución española de 1978 ha cumplido 40 años rigiendo la vida democrática de los españoles; ocupando un espacio jurídico y un tiempo histórico, no solo para la vida de su sociedad y en parte europea; sino también, para los países latinoamericanos. Que habiéndose desvinculado jurídica y políticamente de la corona española hace dos siglos, han recompuesto progresivamente desde hace 40 años una mancomunidad iberoamericana, sobre la base de los valores y principios del modelo político de la democracia constitucional.

No ha sido el azar en la historia que la Constitución española haya servido de paradigma de las transiciones democráticas en América Latina al pasar desde finales del siglo XX, de regímenes dictatoriales militares a regímenes democráticos ávidos de una modernización del Estado de derecho, en base al respeto del pluralismo político, la protección de los derechos humanos, su protección jurisdiccional, a nivel nacional e internacional, y, a la descentralización territorial, básicamente.

Por cuanto, ese proceso hunde sus raíces más profundas en el constitucionalismo liberal de la Carta Magna de 1812, cuando los actuales Estados latinoamericanos al formar parte del reino de España participaron en las Cortes de Cádiz en la gestación de la monarquía constitucional de 1812; la misma que permitió más adelante a los movimientos

independentistas forjar repúblicas constitucionales, sobre la base de los principios liberales que arraigaron en el continente americano.

Por eso, en esta ponencia quisiera presentar la proyección que tuvieron estos dos momentos constituyentes, el de 1812 y el de 1978, en la gestación de la fórmula política de la democracia constitucional en el Perú. Sobre todo, en momentos de crisis del Estado de derecho que es cuando se requiere repensar los problemas y sus soluciones, en los fundamentos de cada historia política; para lo cual cabe concebir a la historia constitucional como una disciplina de interpretaciones jurídico-política y no de recuento de hechos, así como, también, del estudio preferentemente de las causas del devenir de nuestro pueblo y, de su vinculación con las necesidades, urgencias y soluciones del presente.

2. Orígenes del constitucionalismo peruano

El origen del constitucionalismo peruano se inicia con la progresiva independencia de los Virreinos del Río de la Plata, Nueva Granada, Nueva España, y, del Perú; así como, de las Capitanías Generales de Guatemala, La Habana, Venezuela y Chile, del Imperio Español, entre 1810 y 1830. Los nuevos gobiernos se constituyeron como repúblicas independientes tomando como base las ideas liberales de la Constitución de Cádiz de 1812.

En efecto, el patriotismo constitucional que gestó la Independencia del Perú en 1821 fue producto de un proceso que encuentra sus raíces desde finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, donde juega un rol especial la Constitución de Cádiz. Por ello, se podría señalar que los orígenes remotos del constitucionalismo peruano se hallan básicamente en el pensamiento liberal que circulaban en los territorios americanos de España por aquellos años. Pero, que tuvo una incidencia concreta en el orden político y social peruano de entonces.

En ese sentido, mención especial merece el artículo 371° de la Constitución de Cádiz, por cuanto dispuso que: *Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes.* Ello en la medida que se ratificó a nivel constitucional la libertad de imprenta que cumplió un rol promotor del cambio de conciencia

patria del estatus colonial hacia un patriotismo constitucional independiente de la metrópoli.

A partir de la cual se produjo la aparición y circulación de más de quince periódicos, entre los que destacaron *El Peruano*, *El Satélite del Peruano*, *El Verdadero Peruano*, *El Peruano Liberal*, *El Investigador*, *Diario Secreto de Lima*, entre otros¹. Más aún, se podría señalar que la Constitución de Cádiz latía vida en el Perú, en la medida que su implementación demandó la convocatoria a elecciones para los ayuntamientos constitucionales, así como para elegir a diputados para las legislaturas de Cortes ordinarias de 1813-1814 y 1815-1816². Procesos electorales que se regirían bajo el principio de la igualdad, para lo cual los ciudadanos ejercieron la libertad de imprenta de sus ideas, tanto los liberales moderados como los liberales radicales, lo cual fue combatido por el virrey Abascal³.

En definitiva, a pesar que el rey Fernando VII anuló en 1814 la Constitución de Cádiz y la aplicación de las instituciones previstas en ella, como las elecciones para las Cortes y los ayuntamientos constitucionales, “La Pepa” encontró en el Perú profundo tierra fértil para las ideas constitucionales de la soberanía popular en la elección de los ayuntamientos constitucionales, la igualdad entre americanos y españoles, así como, la libertad de imprenta, que supuso la libertad de pensamiento y de expresión.

En efecto, en el Perú *la aplicación de la Constitución había difundido determinadas prácticas y atribuido derechos, otorgando a las comunidades locales un grado de libertad que no sería neutralizado o reabsorbido por el Estado colonial en el corto período de la restauración fernandina*⁴. El legado constitucional se había convertido en una ideología liberal que llevó a hacer caso omiso a los llamados virreinales al orden colonial tradicional, promoviendo en la práctica el respeto a la igualdad de derechos, la soberanía popular y la elección popular de sus

¹ MACERA, Pablo. *Tres etapas en el desarrollo de la conciencia nacional*. Lima, Ediciones Fanal, 1955, Macera pp. 91 ss.

² PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *Los orígenes del gobierno representativo en el Perú. Las elecciones (1809-1826)*. Lima: PUCP – FCE, 2003, pp. 111-263.

³ PORRAS BARRENECHEA, Raúl. *Ideólogos de la Emancipación*. Lima: Editorial Milla Batres, 1974, 172-178.

⁴ CHIARAMONTI, Babriella. *Ciudadanía y representación en el Perú (1808-1860)*. Lima: Fondo Editorial UNMSM, 2005, p. 197.

autoridades, entre otras instituciones. Proceso en el cual no estarían ajenos los criollos conservadores –comerciantes de Lima-, pero buscando una fórmula monárquica local para la administración de los intereses –sus interés- nacionales.

Todo este proceso de agitación doctrinal y rebeliones bélicas quedó registrado en 1818 en el diario oficial del virreinato la “Gaceta del Gobierno de Lima”, que sirvió para dirigir la opinión pública a favor de la causa realista; pero, previendo el inevitable desenlace independentista y republicano en América, se reconoció que: *Supongamos, empero, que los recursos del Perú se lleguen a agotar: que la España cansada de mantener una guerra con que no adelanta más que destruir a los hijos de sus hijos, desista de la empresa de reconquistar sus antiguas posesiones, y que los pueblos de América, recobrando su entera libertad natural, y abandonados a sí mismos, queden reducidos al estado de las sociedades primitivas. Su primer cuidado sería establecer nuevo código, nuevas instituciones, nueva legislación, nuevo sistema; porque el odio con que miran a la monarquía y a los reyes, los haría adoptar precisamente otro linaje de gobierno*⁵.

No obstante, el advenimiento de la Independencia del Perú en 1821, en pleno “Trienio” español, puso en evidencia la carencia de un consenso mínimo o pacto social, entre las nuevas élites dirigentes, para asegurar un Estado de derecho duradero; lo cual trajo como consecuencia la inestabilidad jurídico-política, durante la mayor parte de los siglos XIX y XX.

Esa falta de acuerdo nacional creó también una cultura cívica de incredulidad en la sociedad respecto del Estado y de la Constitución; debido a que las necesidades e ilusiones de la mayoría de la población no fueron satisfechas por líderes políticos de las grandes corrientes ideológicas, en cualquiera de sus constituciones: liberales, conservadoras y sociales hasta la dación de la consensuada Constitución peruana de 1979, que se inspiró en el constitucionalismo moderno que representó la Constitución española de 1978.

⁵ GACETA DEL GOBIERNO DE LIMA. “*Rasgo Político*” firmado por L. J. R., publicado el Sábado 19 de Setiembre de 1818. Facsímil publicado en: *Gaceta del Gobierno de Lima. Tomo III. 1818*. Madrid: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1971, p. 505.

3. Modernización del constitucionalismo peruano

La historia constitucional peruana ha sido pródiga en la expedición de textos constitucionales y en la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas; pero, por lo general no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el pleno ejercicio del poder con lealtad constitucional de sus gobernantes.

Sin embargo, con la expedición de la Constitución de 1979 se inicia un segundo proceso de concientización constitucional, en función en primer lugar del establecimiento de la persona humana y la protección de los derechos humanos como el fin supremo de la sociedad y el Estado, y; en segundo lugar, reconociendo nuevos sistemas de protección jurisdiccional, a través de la incorporación del Tribunal de Garantías Constitucionales y la adhesión constitucional al Sistema Interamericano de Derechos Humanos; además de la descentralización política con la creación de gobiernos regionales.

Postulados que se han mantenido en la actual Constitución de 1993, inclusive incorporando nuevas instituciones tutelares de los derechos constitucionales como la Defensoría del Pueblo y el mandato constitucional según el cual: *Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*

Al respecto, cabe precisar que sin perjuicio de incorporar en la Constitución de 1979 un primer título sobre los derechos fundamentales de la persona, dejando atrás la vieja concepción de los derechos como garantías, se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales, siguiendo la denominación de la Constitución española de 1931, encargado de tutelar los derechos y libertades fundamentales a través de los procesos de amparo y *habeas corpus*, que previamente hubieran sido rechazados por el Poder Judicial.

Asimismo, la Constitución peruana de 1979 incorporó la cláusula de apertura a los tratados internacionales, consagrando normativamente que: uno, los tratados celebrados por el Perú forman parte del derecho nacional; dos, cuando un tratado tiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado mediante el mecanismo para la reforma constitucional; tres, en caso de conflicto

entre un tratado y una ley se prefiere al primero y; cuatro, los tratados sobre derechos humanos gozan de jerarquía constitucional.

No obstante, la Constitución de 1993, heredera del auto-golpe de Estado del entonces presidente Alberto Fujimori, eliminó la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y la prevalencia del tratado sobre una ley en caso de conflicto; pero, la jurisprudencia del moderno Tribunal Constitucional ha sabido restablecerla, a partir de entender que las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, tienen la misma naturaleza y en consecuencia jerarquía que las normas constitucionales.

Por eso, es a partir de la caída del régimen de Fujimori y el retorno al proceso democrático a fines del año 2000, que se da inicio a un escenario propicio para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, con nuevos fundamentos doctrinarios –dignidad humana, igualdad, solidaridad, justicia, pluralismo, etc.-, así como, recurriendo no solo a las fuentes normativas nacionales, sino también internacionales –cláusula de apertura y bloque de constitucionalidad-, y, apelando también a las fuentes de la doctrina comparada.

Desde esta perspectiva la Constitución española de 1978 ha coadyuvado a configurar el constitucionalismo peruano en instituciones que vertebraron en primer lugar la Constitución del Perú de 1979, y, subsidiariamente la Constitución de 1993; asimismo, su influencia se ha hecho presente a través de su consolidada doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, sobre todo en lo referido a la protección de los derechos fundamentales, así como, en los últimos años a la relación entre la jurisdicción constitucional e internacional.

Por ello, desde entonces ha sido frecuente la visita anual de constitucionalistas españoles no solo a las universidades de Lima sino también del interior del vasto país; en base a los fructíferos vínculos de nuestras academias que se han traducido muchas veces en convenios institucionales, también para desarrollar programas de actualización en materia constitucional en la Corte Suprema de Justicia y en el propio Tribunal Constitucional. Esto se ha visto reflejado en el reconocimiento que universidades peruanas confirieron con el grado de doctor *honoris causa* a los hoy recordados profesores Pablo Lucas Verdú, Pedro de

Vega García, o, a la expresidenta del Tribunal Constitucional, Emilia Casas Bahamonde, entre otros.

Ahora bien, la actual Constitución peruana de 1993 no ha podido salir de los cauces del constitucionalismo histórico democrático, gracias al rol que ha cumplido el Tribunal Constitucional, con una jurisprudencia viva en lo jurídico, político y social; auxiliada por la palanca del derecho constitucional comparado, que al decir del Prof. Peter Häberle, es el quinto método de interpretación en el Estado constitucional. Testimonio de ello es el estudio que desde la Universidad de Bologna coordinó el Prof. Lucio Pegoraro hace unos años, sobre las influencias del derecho comparado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de América Latina. Siendo que en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, entre los años 2003 y 2012, se registró como la institución más citada al Tribunal Constitucional español por sus sentencias, así como, al profesor Pedro de Vega García como el académico más citado.

Así, no obstante la cuestionada legitimidad de origen de la Constitución de 1993, esta ha podido resistir el paso del tiempo, pero no solo gracias a la modulación de sus aristas que ha realizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante la década pasada; sino que, también, se han incorporado sustanciales reformas constitucionales durante la transición democrática. Sin embargo, aún no se ha gestado un momento constituyente que permita una reforma de mayor calado, sobretodo, a los anclajes conservadores en materia de derechos sociales y económicos, en un país en crecimiento económico sostenido, con riquezas naturales, pero con una abierta desigualdad en la redistribución del producto de estas.

Pero, a la caída del régimen de Fujimori, durante la presidencia transitoria de Valentín Paniagua y el gobierno de Alejandro Toledo, se aprobaron las bases para la reforma constitucional del Perú, así como, el Congreso de la República inició la reforma integral de la Constitución; sin embargo, cálculos políticos electorales de corto plazo del líder del partido aprista (Alan García) produjo el retiro de los votos de su fuerza parlamentaria al proceso de reforma constitucional, y, claro coronó con su victoria electoral el año 2006. Diluyéndose así el momento constituyente propicio para el rediseño de la democracia constitucional en el Perú.

De este modo, la Constitución de 1993 no solo no ha podido encauzar un sistema jurídico más inclusivo y social; debido, también, al fenómeno, ya no del terrorismo o la hiper-inflación vivida en décadas pasadas, sino, de la corrupción a los niveles más altos de los poderes públicos. Por eso, los presidentes del Perú desde 1990 hasta el presente año, con la excepción del presidente Valentín Paniagua han sido condenados (Fujimori) detenidos (Humala), o están prófugos de la justicia (Toledo) e investigados penalmente (García y Kzcynski). Lo que da cuenta que en principio la justicia funciona y hace que el peso de la ley sea igual para todos, aunque en algunos casos sea más pesada para unos y más liviana para otros.

Todo lo cual pone en evidencia que el constitucionalismo post moderno, requiere de nuevos pactos, institutos e instituciones que permitan que el modelo constitucional no sea infiltrado por partidos o por gobiernos que en el poder rápidamente actúan con doblez frente a la corrupción. De modo que, las celebraciones por los 40 años de la Constitución española debe servir como una fuente de luz para reconstruir un camino democrático constitucional propio, basado en los pactos políticos y sociales, que den satisfacciones a la viejas y nuevas aspiraciones de la sociedad peruana, en un mundo cada vez más integrado regional y globalmente.

Así de forma innominada se ha dado inicio a dicho proceso, a raíz de las altísimas y obscenas cuotas de corrupción que la sociedad rechaza mayoritariamente por actuaciones, por un lado, de los expresidentes vinculadas con el caso Lava Jato, que ha impactado también a otros gobernantes y líderes en América Latina, y; por otro lado, de las escuchas telefónicas legales del último tiempo en Perú, que ha puesto al descubierto una red de corrupción de jueces supremos, fiscales supremos, jueces superiores, empresarios y políticos de la actual oposición parlamentaria, para el tráfico de influencias en el nombramiento de jueces y la resolución de importantes casos judiciales.

Lo cual ha llevado al actual presidente, Martín Vizcarra, quien reemplaza desde principios de año, al presidente electo, Pablo Kuczynski, quien precisamente renunció a la Presidencia, por el acoso de la oposición parlamentaria y las investigaciones en el caso Lava Jato, a convocar a un referéndum constitucional sobre la reforma judicial y la reforma política. Para la primera, se propone la creación de una

Junta Nacional de Justicia encargada de la selección, nombramiento y la investigación y destitución disciplinaria de los jueces; para la segunda se propone retornar a la bicameralidad, prohibir la reelección parlamentaria inmediata, y, fiscalizar estrictamente el financiamiento de los partidos políticos.

Dichas medidas se encuentran sometidas a debate parlamentario, para luego de lograr la votación agravada del Pleno del Congreso unicameral que requiere dicha propuesta legislativa de reforma constitucional, será sometida a referéndum constitucional el 9 de diciembre próximo. Todos los sondeos de opinión pública indican que existe un claro apoyo ciudadano a dichas propuestas; lo cual revela que afrontar las patologías de la joven democracia peruana a partir de su encuadramiento constitucional, hace que la Constitución no solo sea la norma jurídica suprema, sino una forma dinámica de vida política y social.

Lo cual es la expresión también del aporte de la Constitución y el constitucionalismo español, que a lo largo de estas cuatro décadas se ha hecho presente en el Perú, coadyuvando al diseño de algunas instituciones constitucionales, como también, a la construcción de una conciencia constitucional ciudadana que se expresa en las urnas, aunque también en las calles cuando demanda no solo derechos, como antes libertades, sino también un buen gobierno democrático y constitucional. Que al decir del profesor Pablo Lucas Verdú sería “vivir en Constitución”; lo cual hoy es un reto para el pueblo del Perú.

Por eso, siguiendo a De Cabo podemos decir que hoy en el Perú: *el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política*⁶. En efecto, el fortalecimiento del Estado democrático constitucional se ha convertido en la más alta expresión, no sólo del Estado de derecho, basadas en la defensa de los valores de la libertad e igualdad, como también de la justicia y el pluralismo, como quedaron consagradas, respectivamente, en la Constitución de Cádiz de 1812 y en la Constitución española de 1978.

⁶ DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México, UNAM, 1997, p. 303.

LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994

Alberto Ricardo Dalla Via

Presidente de la Cámara Nacional Electoral de Argentina.

PROLOGO.-

Cuando realicé mis estudios de postgrado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid entre 1884 y 1986, a los gobiernos de Adolfo Suárez y de Calvo Sotelo, le siguió el socialismo de Felipe González; fueron tiempos de una gran dinámica de cambio en una sociedad que se abría, alegre esperanzada y participativa.

La crisis de representación que nos acecha de un lado y otro del Atlántico nos hace añorar aquéllos años pero también valorar en perspectiva histórica el gran valor de ese proceso constitucional y la solidez jurídica con que fuera construida. La consigna del “no nos representan” de los “indignados” en la Puerta del Sol se pareció al “que se vayan todos” de nuestra crisis de 2001.

Los reclamos entremezclan la crítica a la democracia representativa y a los partidos tradicionales, con tendencias populistas y pseudos anarquistas que siguen requiriendo del analista sagaz y del político preocupado. La mirada en perspectiva de la transición española no hace más que agigantar su valor e importancia.

También la Constitución de Cádiz de 1812 profundiza los lazos de nuestras raíces constitucionales. Las nuestras son más norteamericanas que europeas, como se sabe, sin embargo también guardamos tributo

de esa experiencia, especialmente en la gran obra de la Asamblea del año XIII.

En la comparación entre aquella breve experiencia, limitada a la restauración de la monarquía de Fernando VII después de la derrota de Napoleón en Waterloo y al “trienio liberal” que siguió al levantamiento de Riego, la Constitución de Cádiz aparece como un intento que no alcanzó los niveles de consenso necesarios por las diferentes separaciones entre liberales, monarcómanos y afrancesados.

Algo muy distinto a lo ocurrido con la exitosa experiencia de 1978 que aseguró décadas de alto consenso y legitimidad bajo el diseño de la monarquía parlamentaria, de ahí que no se limite a recordar sus virtudes sino a ofrecer inteligentes propuestas para extraer de ella el máximo provecho en favor de la convivencia.

Apenas aprobada la reforma constitucional argentina de 1994, se realizó un seminario del que participaron el Centro de Estudios Constitucionales, el Ministerio del Interior de Argentina y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, me tocó ser coordinador de esa experiencia que recuerdo muy bien. En la conferencia de apertura, decía el Doctor Raúl Alfonsín que “..El acuerdo político que permitió concluir con éxito la importante tarea constitucional, ha reforzado las reglas del juego político...”

Paralelamente, al cumplirse veinticinco años de la Constitución española, uno de sus ponentes, don Miguel Herrero de Miñon, señalaba al destacar “el Valor de la Constitución”...”que ha conseguido organizar de manera pacífica y constructiva la convivencia democrática de los españoles”¹

EL DEBATE SOBRE LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA.-

En el año 2003 celebramos el sesquicentenario de la Constitución de la Nación Argentina, sancionada el 1º de mayo de 1853, promulgada por el presidente Justo José de *Urquiza* el 25 de mayo y jurada por los pueblos de todas las provincias el 9 de julio del mismo año, con excepción de Buenos Aires que se encontraba separada de la Confederación y

¹ HERRERO DE MIÑON, Miguel “El Valor de la Constitución”. Crítica. Barcelona. 2003

que se uniría después del Pacto de San José Flores del 11 de noviembre de 1859, a resultas de la batalla de Cepeda y cuyo ingreso daría lugar a la primera reforma de la constitución acaecida en 1860².

La efeméride dio lugar a una importante cantidad de publicaciones alusivas y también se reabrieron viejos debates sobre las fuentes de nuestra “constitución histórica”³. Tales debates encuentran sus raíces en el pasado, pero se han reactualizado y cobran fuerza ante los nuevos aniversarios históricos que se aproximan: el bicentenario de la Revolución de Mayo de 1810, así como el de la Constitución de Cádiz de 1812 que aquí nos aprestamos a recordar.

El actual debate argentino tiene por protagonistas a los abogados Manuel *García-Mansilla* y Ricardo *Ramírez Calvo* quienes mantienen una fuerte polémica con el Profesor de Mendoza y Académico de Historia y de Ciencias Morales y Políticas, Dardo *Pérez Guilhou*⁴.

Los primeros han recurrido a distintos antecedentes para sostener la adscripción de nuestro derecho público a su fuente estadounidense; en tanto que el profesor *Pérez Guilhou* efectúa una férrea defensa del pensamiento de *Juan Bautista Alberdi*, como principal inspirador de la constitución histórica, quien al escribir su obra “Bases y puntos de

² La Constitución actualmente vigente es el texto de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994; conforme fue jurado y aprobado el texto de la última reforma constitucional. La constitución peronista de 1949 no ha subsistido en el texto al haber sido derogada totalmente en 1956.

³ Entre las numerosas publicaciones pueden citarse: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES. Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo “*Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario*”. La Ley. Buenos Aires 2003; INSTITUTO URQUIZA DE ESTUDIOS HISTÓRICOS. UNIVERSIDAD DE BELGRANO. “*Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción*” Buenos Aires. 2003; ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL “*El sesquicentenario de la Constitución Histórica*”. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe Buenos Aires 2003; DALLA VIA, Alberto Ricardo “*Itinerario y Vigencia de la Constitución Histórica*” colección “Monografías Jurídicas n° 153. Lexis-Nexis Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES (UCES) “*Visiones de una Constitución*”. Buenos Aires. 2003, entre otros.

⁴ GARCIA-MANSILLA, Manuel José y RAMIREZ CALVO, Ricardo “*Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*”. Lexis Nexis, Buenos Aires 2006. PEREZ GUIHLOU, Dardo “*Las fuentes de la Constitución Nacional*” en el suplemento de Derecho Constitucional de La Ley del jueves 15 de marzo de 2007 pag. 1.

partida para la organización política de la República Argentina”, así como su proyecto de constitución para las Provincias Unidas tendría en cuenta no solamente al modelo norteamericano, sino también a nuestras tradiciones jurídicas y al derecho patrio, entre otros antecedentes de importancia⁵.

Otra polémica de similares términos y características es la que en el ámbito del derecho administrativo argentino han sostenido -y aún sostienen- los profesores Héctor Aquiles *Mairal* y Juan Carlos *Cassagne*; el primero propugnando la necesidad de una coherencia en aplicación del derecho público, enfatizando el origen estadounidense de nuestra constitución y criticando la adopción de instituciones de derecho administrativo de origen europeo, principalmente francés, español e italiano. En opinión de *Mairal*, tal mixtura de fuentes produce incoherencias a la hora de interpretar los derechos y lo aleja del sentido republicano originario.

La réplica de *Cassagne* se basa en sostener la existencia de instituciones españolas anteriores a la sanción del texto constitucional, destacando inclusive que algunas instituciones hispánicas preceden en el garantismo al derecho anglosajón, como ocurría con los mandatos de seguridad individual del Justicia de Aragón y las libertades consagradas en innumerables estatutos forales. En tal “racconto” incluye *Cassagne* a la Constitución de Cádiz de 1812 entre los antecedentes de las facultades reglamentarias de nuestro Poder Ejecutivo⁶.

Creemos que más allá de los interesantes aportes en materia de solidez de argumentos y de datos históricos que tales polémicas enseñan; los mismos se encuentran enredados en la búsqueda de una interpretación coherente, adecuada y democrática; en medio de una gran variedad de fuentes del Derecho que exhibe una país de inmigración y de

⁵ ALBERDI, Juan Bautista “*Bases*”. Jakson Editores. Buenos Aires 1944.

⁶ MAIRAL, “*Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*” en “*Estudios de Derecho Administrativo*”. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 2000. CASSAGNE, Juan Carlos “*De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino*” *El Derecho*; serie especial de Derecho Administrativo, 30 de agosto de 2001; “*Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado*” *Revista de Derecho Administrativo* n° 53 julio/septiembre de 2005; “*Las fuentes de la constitución nacional y el Derecho Administrativo*” *La Ley* 6 de septiembre de 2007.

confluencia de culturas que se da en muy pocos casos con la diversidad de matices que muestra la Argentina.

Tenemos un derecho constitucional de fuente norteamericana, adoptando el sistema presidencialista y el federalismo; sobre el mismo se vuelca el desarrollo de un derecho administrativo que ha abrevado en el contencioso-administrativo francés, por inspiración de Rafael *Biel-sa*, un destacado profesor que había realizado sus estudios en Francia, como lo hacían muchos argentinos en las primeras décadas del siglo XX. El problema que aquí se presenta es que el derecho administrativo debe ser la letra chica de los títulos que figuran en la constitución.

Otro tanto ocurre con nuestro derecho civil, que es codificado, y no el common law de los anglosajones; incorporándose por ende, las particularidades de la interpretación cerrada de los textos jurídicos. Se registra una anécdota cuando Dalmacio *Vélez Sársfield* redactó el libro primero de su proyecto de Código Civil y le envió una copia a Juan Bautista *Alberdi*, uno de los juristas más prestigiosos de su tiempo, quien le devolvió el texto.

Con indignación le protestaba que el país que había adoptado la constitución más democrática de su tiempo que era la estadounidense; pretendía tomar como modelo de legislación civil a cuanto código imperial se conocía; refiriéndose en este caso al Código Napoleón, al Código de Prusia y el esbozo del brasileño Freitas; todo ello sin perjuicio de las leyes de Partidas y el antiguo derecho romano.

Si seguimos la enumeración encontraremos la Ley de Enjuiciamiento Civil española como antecedente de nuestro Código Procesal Civil y Comercial, al derecho italiano y alemán ejerciendo notable influencia en el derecho penal y el derecho procesal penal, ahora firmemente inclinado por la ordenanza procesal alemana.

Es un hecho entonces que exhibimos mezcla de fuentes. Es un hecho también que tal circunstancia origina problemas interpretativos, de modo tal que debe atenderse a la naturaleza de cada institución en cada caso, cuando se esté ante la aplicación de un precedente extranjero, para no realizar una incorporación automática del mismo, sino para adecuarlo al contexto específico del caso aplicable⁷.

⁷ DE VERGOTTINI, "*Derecho Constitucional Comparado*". Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

El derecho comparado es uno de los recursos fundamentales al que apelan los juristas, toda vez que en el campo de las ciencias sociales carecemos del laboratorio o de los métodos de experimentación propios de las ciencias exactas o de las ciencias naturales; es frecuente por eso que los investigadores de derecho, así como los legisladores y constituyentes recurran a las fuentes de derecho extranjero cuando se trata de implementar nuevas instituciones.

La reforma constitucional de 1994 presentó así la particularidad de que, aún tratándose de un modelo constitucional presidencialista y federalista, de raíz norteamericana; las fuentes extranjeras que más se utilizaran para los artículos que se incorporaron fuesen la Constitución española de 1978 y la Constitución italiana de 1947. La globalización y la universalización del derecho ha llevado también a que en nuestro medio algunos distinguidos juristas propongan la adopción de un tribunal constitucional, institución nacida en los sistemas europeos de control de constitucionalidad “concentrado” para un país como la Argentina, donde se practica el control “difuso” a cargo de los jueces.

Por nuestra parte, no creemos que la mixtura de fuentes sea mala en sí misma. A veces es una consecuencia cultural inevitable, como parece ser el caso de la Argentina. Sí en cambio, compartimos la preocupación del Dr. *Mairal* sobre una coherencia interpretativa que preserve los valores y principios del texto constitucional y que, por el contrario, no sirva para subvertirlos ni distorsionarlos⁸.

Hay veces, sin embargo, en que la adopción de instituciones de origen jurídico diferente puede ayudar a lograr o a fortalecer los objetivos de la constitución. Así ha ocurrido en la Argentina con la institución del gabinete de ministros, que en opinión de *Matienzo* era originaria del parlamentarismo más que del modelo norteamericano en que no existen los ministros sino simplemente los secretarios para despachar los distintos asuntos de Estado.

El gabinete argentino ha dado pruebas de su gran utilidad en distintos períodos, como durante la presidencia de Marcelo T. de *Alvear* entre 1922 y 1928, sobre el que hay coincidencia en caracterizarlo el tiempo más próspero de la República. Se decía entonces que el Poder

⁸ Véase el prólogo al libro “*La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*” de GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo. Virtudes. Buenos Aires. 2008

Ejecutivo estaba integrado por ocho presidentes y un secretario general (el presidente) tal era la calidad de los ministros.

Lo mismo podría decirse de distintos instrumentos adoptados por la Constitución argentina que provienen de sistemas parlamentarios. No hemos tenido la oportunidad de conocer su utilidad ya que su utilización fue distorsionada a favor de la acumulación de poder por parte del Ejecutivo en desmedro de los principios republicanos. Muchas veces la culpa no es de los instrumentos sino de la utilización que se haga de los mismos.

Por eso decimos, que una vez despejado el problema de la interpretación de la diversidad de las fuentes extranjeras sobre la constitución argentina, el debate debe remontarse en la historia a la clásica polémica que sostuvieron Domingo Faustino *Sarmiento* y Juan Bautista *Alberdi* durante la segunda mitad del siglo XIX.

Las afirmaciones de Sarmiento en sus inconclusos “Comentarios”, se enmarcan dentro de una aguda polémica con *Alberdi* que fue tornándose en agria disputa entre antiguos amigos y aliados de causa. Tal disputa tuvo comienzo por una intemperancia de *Sarmiento* –propia de su temperamento– en el “prólogo” de la Campaña del Ejército Grande, que *Alberdi* respondió con tono severo, con fina altura intelectual, aunque no menos punzante que su contrincante, en las llamadas “cartas quillotanas” en que respondía a la descalificación sarmientina del texto constitucional de 1853, acusando al sanjuanino de ser “poco versado” y de tener “conocimientos periodísticos”; de donde este último le respondiera escribiendo sus famosos “comentarios”, abundantes en citas constitucionales.

La tenaz oposición de *Sarmiento* a la Constitución de 1853 se fundaba en su oposición a que Buenos Aires fuese la capital de la República y a que los gobernadores de provincia tuvieran el carácter de “agentes naturales del gobierno federal” que marcaba el anterior artículo 107 de la Constitución Nacional (actual 125). Esa oposición fue variando posteriormente, cuando al aceptar la candidatura a diputado nacional por San Juan recomendara públicamente el acatamiento al texto constitucional.

En sus “*Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*”, *Alberdi* refuta los argumentos de Sarmiento expresados en los “Comentarios”

a la vez que realiza la crítica de la Constitución Provincial de Buenos Aires sancionada en 1854, por apartarse la misma de la Confederación Argentina.

Fiel a un estilo literario refinado, *Alberdi* se contrapone al carácter apasionado de *Sarmiento*, colocándolo en contradicción con sus propios escritos, sobre todo en cuanto a su prédica de fiel seguimiento del modelo federal norteamericano, destacando que el propio sanjuanino, en “Argirópolis” había destacado nuestras distintas características y evoluciones históricas en uno y otro caso.

En cuanto al tema en particular del preámbulo, sostiene que *Sarmiento* “...confunde constituciones diferentes porque se parecen los preámbulos...”, haciendo notar que los fines allí enunciados no son propios del gobierno norteamericano, sino que se trata de los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible.

Insiste *Alberdi* en cuanto a la necesidad de que en la interpretación del texto constitucional se hagan gravitar los antecedentes constitucionales argentinos de la Constitución de 1853, dado que “...tenemos una serie de textos constitucionales proclamados durante la Revolución, que forman nuestra tradición constitucional, y que sin duda alguna han entrado por mucho en la confección de la moderna constitución y deben naturalmente servir a su comentario...”, señalando el siguiente orden de prioridad en las fuentes de interpretación:

- 1°) la historia del país.
- 2°) sus antecedentes políticos.
- 3°) los motivos y discusiones del legislador.
- 4°) los trabajos preparatorios de los publicistas.
- 5°) las doctrinas aplicadas de la ciencia pública.
- 6°) la legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentaristas.

Conforme con el criterio expuesto, agrega *Alberdi* que “la ley extranjera debe ser interrogada siempre después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras”; ya que no hay doctrina sino que hay plagio “cuando no hay generalidad en los textos consultados” En una palabra, resulta que el rol de la jurisprudencia extranjera en el proceso de organización constitucional es muy delicado, pues “...para disolver

la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos, convirtiéndolo en Estados a lo que son y fueron Provincias de un solo Estado” de donde, según Alberdi, “para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la república Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los estados Unidos de Norteamérica”⁹.

En los referidos “*Estudios sobre la Constitución Argentina*”, Alberdi defiende la originalidad del texto. De allí que afirme “...Para restablecer la mente de la Constitución Argentina, alterada por esos Comentarios de desorden y anarquía, ha sido escrito el presente libro, en que el autor ha procurado señalar los antecedentes nacionales y propios que han servido para formar la Constitución y deban ser las bases de su jurisprudencia”. Así, al comenzar el capítulo II afirma que, “...En el libro del señor Sarmiento hay dos cosas: hay un comentario y hay un ataque a la Constitución Argentina de 1853...”¹⁰

“...La República Argentina no ha copiado literalmente (...) su constitución a Estados Unidos. Se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norteamericano. De las discusiones del Congreso contra papel que han hecho los trabajos auxiliares de los publicistas argentinos en la elaboración del texto. Más que por honor del país, es preciso no oscurecerlos, a fin de que la Constitución tenga abundantes comentarios de su mente propia y genuina...”

Y en otra parte añade, refiriéndose a los “*Comentarios*” de Story a la constitución norteamericana: “...el señor Sarmiento pone a un lado la vida anterior de la República Argentina, se apodera del texto desnudo y seco de su constitución reciente; lo sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos, pudiendo definirse su obra: *La Constitución Argentina comentada por el señor Sarmien-*

⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo A. “*La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*”, separata de la Revista del Colegio de Abogados de San Isidro. Diciembre de 1876

¹⁰ ALBERDI, Juan Bautista “*Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*” Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores 1957.

to con los comentarios de la Constitución de Norteamérica, por José Story”¹¹. Lo mordaz del párrafo nos exime de todo otro comentario.

Finalmente, y para resaltar la defensa efectuada por Alberdi en su interpretación de la constitución de 1853, citaremos algunos párrafos del capítulo V de sus “*Estudios sobre la Constitución...*”, donde dice: “...*Todo es diferente en las dos constituciones, argentina y norteamericana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal, que le es común las asemeje al ojo del observador inatento y superficial...Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853, y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte América. No hay más que colocar uno enfrente del otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central que había existido por dos siglos. Mil veces se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era análogo y adaptable a nuestra condición de colonia española y de habitantes de la América del Sur...*”¹²

No caben dudas que esta célebre polémica entre dos personalidades de la talla de Alberdi y de Sarmiento mucho ha contribuido a la interpretación del texto constitucional, habida cuenta de la entrega de pasión e inteligencia que ambos pusieron, desde posiciones opuestas y enfrentadas, en esa patriótica tarea.

De tal polémica se evidencia que la apelación a la “fuente” o “modelo” de la constitución de los Estados Unidos significó adscribir a una corriente modernizadora a partir de las grandes revoluciones, tomando al federalismo como síntesis superadora de las divisiones sangrientas entre “unitarios” y “federales”, tal cual lo había aconsejado Esteban Echeverría y la generación de 1837 y al presidencialismo como visión

¹¹ ALBERDI, op. Cit.

¹² ALBERDI, Juan Bautista “*Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*”. Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores. 1957 Buenos Aires. Capítulo V.

racional de la autoridad carismática que nuestra tradición había reconocido¹³.

La “fuente” o el “modelo”, en tal sentido, no se entendían como una copia, un plagio o la adopción plena, lisa y llana de un determinado sistema institucional, sino la referencia a seguir, sin perjuicio de las propias singularidades¹⁴. Entre tales singularidades que forman parte de nuestros antecedentes constitucionales, y hechas todas las anteriores salvedades, se encuentran también las referencias a la constitución de Cádiz.

EL DERECHO ESPAÑOL EN LOS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES ARGENTINOS.-

El constitucionalismo español y en general el derecho de España han influido sobre el constitucionalismo argentino. Los hombres del gobierno patrio, así como los autores de los distintos ensayos constitucionales, estaban imbuidos de la doctrina, la legislación y la tradición jurídica hispanas; y la Constitución de Cádiz de 1812 gravitó sobre los aspectos fundamentales de la Constitución que sancionara el Congreso General Constituyente de 1853¹⁵.

Entre las fuentes indirectas se encuentra no solamente la Constitución de *Egaña*, para Chile de 1833, sino también los antecedentes del constitucionalismo argentino, entre los que se encuentra el estatuto de 1815, el reglamento provisorio de 1817, la constitución de 1819 y, especialmente la constitución de 1826 a la que hiciera referencia expresa el profesor Héctor *Gross Espiel* en un trabajo destinado a destacar la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 y de la Constitución de las provincias Unidas del Río de La Plata de 1826, en la Constitución uruguaya de 1830, donde destaca el autor que muchas de las disposiciones argentinas del 26 tienen, a su vez, origen en la de Cádiz y ésta es

¹³ ECHEVERRIA, Esteban “*Dogma Socialista*”. W. Jackson Editores. Buenos Aires. 1944.

¹⁴ FAYT, Carlos S. “*Fuentes de la Constitución Argentina*” con prólogo del Dr. Eduardo J. Coll. Librería Editorial Deauville. Buenos Aires. 194.

¹⁵ RODRÍGUEZ VARELA, Alberto “*Génesis del Constitucionalismo argentino*” Jurisprudencia Argentina. 1962 T. VI Sección doctrina.

la razón por la cual ella, en ciertos casos, aunque de manera indirecta, vuelve a incidir en la uruguayaya de 1830¹⁶.

El movimiento liberal de las Cortes de Cádiz se refleja en nuestra legislación desde sus primeros intentos; y a través de ellos, en nuestra Constitución de 1853. El 20 de abril de 1811 se dictó un decreto sobre la libertad de imprenta sin censura previa, inspirado abiertamente en el sancionado por las Cortes el 10 de noviembre de 1810; los principios democráticos en él contenidos, han pasado a la Constitución vigente, que los consagra en su art. 14¹⁷.

El 24 de octubre de 1812, el Segundo Triunvirato convocó a una Asamblea General Constituyente para establecer "la organización general del Estado". El 4 de noviembre, el Triunvirato encomendó a una Comisión Oficial un proyecto de Constitución, que oportunamente sería sometido a la Asamblea; en enero de 1813, el trabajo estaba terminado y presentado.

Contemporáneamente, la Sociedad Patriótica, centro político de tendencia *morenista*, elevó a consideración del go bierno otro proyecto de Constitución, que el Triunvirato también re mitió a la Asamblea. Y como para dar pruebas del interés general, que existía, se redactó un tercer proyecto, anónimo. Ninguno de ellos mereció la sanción de la Asamblea.

Nuestro incipiente constitucionalismo se había embebido de las enseñanzas de las Cortes de Cádiz; a fines de 1811, habían llegado al Río de la Plata el proyecto de Constitución española y los fundamentos de Comisión redactora¹⁸. La influencia gaditana, confirmada luego por los proyectos de constitución presentados, se destaca en la Asamblea desde un primer momento. En efecto, el decreto de instalación de la Asamblea

¹⁶ GROSS ESPIEL, Héctor "La Constitución de Cádiz de 1812, la constitución del reino de Portugal de 1822, la constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830" en "La Constitución de Cádiz de 1812. hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino.

¹⁷ Conf. JULIO V. GONZÁLEZ, Filiación histórica del gobierno representativo argentino, t. II, ps. 404 y 408.

¹⁸ Conf. JOSÉ A. SECO VILLALBA, Fuentes de la Constitución argentina, p. 44. ver en la nota 50 de esa obra, la lista de los folletos que circulaban, explicando los fundamentos y alcances del proyecto.

General Constituyente, del 31 de enero de 1813, es copia del de la instalación de las Cortes.

El 10 de marzo de 1813 la Asamblea sancionó su Reglamento sobre inviolabilidad de los diputados, tomado del Reglamento de las Cortes, del 27 de noviembre de 1810, siendo este último el fundamento del art. 128 de la Carta de 1812.

Los principios que sustentan estos reglamentos, estableciendo la inviolabilidad de los diputados y que "no pueden intentarse contra ellos acción, demanda ni procedimiento alguno en ningún tiempo y por ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, por sus opiniones y dictámenes", han pasado a la Constitución nacional, que los adoptó con la misma amplitud. Nuestra Constitución se apartó, en cuanto a la inmunidad de los diputados, de la Carta norteamericana, superando a ésta en el alcance de esas garantías¹⁹.

Siguió; en cambio, el modelo español, que se adaptaba mejor a las peculiaridades de nuestra política y a los antecedentes históricos sobre la institución, otorgando ese privilegio con generosa amplitud, de modo tal que los congresales no puedan ser molestados por sus opiniones "en ningún tiempo y por ninguna autoridad"; o como dice el art. 60 de la Constitución: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador".

De los tres proyectos presentados a la Asamblea del año 1813, el de la Comisión Oficial es el que sigue más fielmente el espíritu y la letra de la Constitución española de 1812. Así, el capítulo IV se inspira en el capítulo III ("Del gobierno") del título II de aquélla; también sigue casi al pie de la letra el complicado sistema de elección indirecta implantado en España; y en España están inspirados los artículos referentes a la ciudadanía.

También establece la supremacía de la religión católica, pero superando el precedente que prohibía el ejercicio de cualquier otra (art. 12)-, dispone que ningún habitante puede ser molestado por opiniones religiosas. Siguiendo el ejemplo de los decretos dictados en la Isla de

¹⁹ ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, Privilegios parlamentarios. Inmunidad de la opinión, en "J. A.", 1962-I, sección doctrina, p. 62.

León, se establece que el Poder Ejecutivo estará a cargo de un Triunvirato, institución existente en nuestro país desde 1811.

Otra institución adoptada por el proyecto de la Comisión oficial es el Consejo de Estado, formando por diez personas, una por cada provincia, de reconocidos meritos, orden e ilustración. Al igual que el rey en España, el Triunvirato debía oír el dictamen del consejo en todos los asuntos graves de gobierno y en los proyectos de leyes.

En ambas Constituciones tiene intervención directa en la provisión de judicaturas y cargos eclesiásticos. Nuestro país aceptó oficialmente la institución del Consejo, por el Estatuto provisional del 26 de enero de 1814, actuando como asesor del director supremo; pero el Estatuto provisional del 5 de mayo de 1815 lo suprimió. *Alberdi*, en su proyecto de Constitución, criticó duramente este instituto, considerándolo un contrapeso embarazoso a la acción del Poder Ejecutivo.

Pero la figura más importante, adoptada de la Constitución de Cádiz, es el Ministerio, que pasará, a través de las Constituciones de 1819 y 1826, a la Carta de 1853, dándole características peculiares a nuestro constitucionalismo; como bien dice el distinguido tratadista uruguayo Alberto *Demicheli*, “estamos frente a un antecedente jurídico fundamental²⁰.

Todos estos principios fueron tomados por el proyecto de la Comisión Oficial, en su capítulo XX, introduciendo así en nuestro constitucionalismo una institución que lo separa del modelo norteamericano, netamente presidencialista, para colocarlo en el camino de los gobiernos parlamentarios europeos. Esa institución es el refrendo y la responsabilidad personal de los ministros. De ahí que *Demicheli* sostenga que entre los dos sistemas de gobierno típicos -el presidencialista o representativo y el parlamentario el argentino configura un régimen propio, no coincidente con aquéllos, y que él denomina “intermedio”, “ecléctico” o “mixto”²¹.

El refrendo obligatorio por parte de los ministros, para dar validez a los actos presidenciales, y la responsabilidad por los actos que legalizan, unidos a la facultad de interpelación, que estudiaremos más

²⁰ ALBERTO DEMICHELI, *Formación constitucional rioplatense*, t. I, p. 139.

²¹ ALBERTO DEMICHELI, ob. cit., t. I, p. 407.

adelante, hizo ver a los estudiosos un “aire parlamentario” en nuestra Carta Magna de 1853²².

Esas instituciones fueron posteriormente recogidas por la Constitución de 1853, incorporándose así a nuestro constitucionalismo; los arts. 87, 88, 90 y 92 dan fe de ello²³. El sistema del Poder Ejecutivo que implantó la Carta norteamericana queda así modificado totalmente. El ejemplo viene de Cádiz, a través de los proyectos de 1813, que se desarrollan luego en los fallidos intentos de 1819 y 1826.

La Constitución de los Estados Unidos, como es sabido, nada establecía respecto a los ministros. Sólo una breve referencia: “El presidente... podrá exigir la opinión escrita del funcionario principal de cada departamento ejecutivo, sobre cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos puestos...” (art. II, “Del Poder Ejecutivo”, sección segunda).

No existe allí necesidad de refrendar ni responsabilidad de los ministros, salvo la propia de todo funcionario; la sola firma del presidente basta. Por ello, la organización de nuestro Ejecutivo difiere notablemente de la del país del norte, siendo sus disposiciones constitucionales profundamente divergentes en esta materia; de ahí que “seguir a los Estados Unidos en la interpretación de las funciones ejecutivas es apartarse de la letra y el espíritu de nuestras leyes constitucionales y de nuestra propia idiosincrasia”²⁴

A tal punto quedó modificado el Ejecutivo presidencialista norteamericano por la influencia del parlamentarismo español de 1812, que un insigne constitucionalista argentino llegó a sostener que el Poder

²² POSADA, Adolfo “*La República Argentina*”, Cáp. VII, Sección VII.

²³ Dicen estos artículos: “Art. 87 - Ocho ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Una ley especial deslindará los ramos del respectivo despacho de los ministros”. “Art. 88.- Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas”. “Art. 90. - Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos”. “Art. 92 - Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar”.

²⁴ DE VEDIA Y MITRE, Mariano, “*El gobierno del Uruguay*”, p. 16. ver también MATIENZO, José Nicolás “*Gobierno personal y parlamentario*”.

Ejecutivo es desempeñado en la República Argentina por el presidente de la Nación y sus ministros²⁵.

La influencia gaditana se hace notar, además, en la responsabilidad de los ministros frente al Parlamento, consagrada por la Constitución: de 1853. Si bien el presidente de la nación tiene por sí solo la atribución de nombrar y remover a los ministros del despacho (art. 86, inc. 10, Const. nac.), éstos también son responsables ante el Parlamento. En efecto, los ministros pueden ser destituidos por el Senado de la nación por medio del juicio político, previa acusación de la Cámara de Diputados y, en su caso, inhabilitados de desempeñar cualquier otro empleo de honor, de confianza o a sueldo en la nación (arts. 45, 51 y 52, Const. nac.).

Y esa sanción puede ser aplicada por el Congreso aun contra el deseo y la voluntad del presidente, que deberá acatar el fallo. Institución típica del sistema parlamentario, que confirma el carácter “intermedio” de nuestro, alejándolo de la Carta norteamericana.

El enjuiciamiento de los secretarios de Estado está previsto en los arts. 226 y 228 de la Constitución de Cádiz, si bien la decisión de la causa le correspondía al Tribunal Supremo de Justicia (art. 229), diferencia lógica, ya que en España existía el sistema de una sola Cámara, a diferencia del nuestro que es bicameral; las Cortes, encargadas de considerar la necesidad de la formación de la causa y de hacer la acusación, no podían constituirse también en juez del acusado. El trasplante y adaptación a nuestro constitucionalismo vino a través de los proyectos del año 1813.

La adopción de algunos de esos principios también se nota en el tercer proyecto de Constitución presentado a la Asamblea General Constituyente del año 1813, que lleva por fecha el 27 de enero de 1813, y cuyo autor o autores no se conocen hasta el presente. El sistema electoral y la organización ministerial coinciden con el proyecto de la Comisión Oficial, pero introduce otra institución del sistema parlamentario español, la interpelación²⁶, estableciendo que los secretarios de Estado

²⁵ Conf. MATIENZO, José Nicolás “*Lecciones del derecho Constitucional*”, ps. 415 y 416. véase sobre el particular: LINARES QUINTANA, Segundo V. “*Tratado de la ciencia del derecho constitucional*”, t. IX, ps. 263 a 267; GONZÁLEZ, Joaquín V. “*Manual de la Constitución argentina*”, ps. 250 a 253.

²⁶ Conf. DEMICHELI, ob. cit., t. I, p. 428.

asistirán al Congreso cuando fueran llamados, debiendo informar de todo lo que se les pregunte y dando su dictamen cuando la Sala lo exigiera.

Por su parte, el art. 125 de la Constitución de Cádiz establecía que “en los casos en que los secretarios del despacho hagan a las Cortes algunas propuestas a nombre del rey, asistirán a las discusiones cuando y del modo que las Cortes determinen, y hablarán en ellas; pero no podrán estar presentes a la votación”. Y la Constitución de 1853, en su art. 63, establece: “Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su Sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.

También el tercer proyecto reproduce el capítulo referente a la formación de las leyes del proyecto de la Comisión Oficial. La influencia en ambos proyectos de la Constitución española es evidente, sobre todo en lo concerniente al procedimiento a observarse para la sanción de las leyes en cada Sala, procedimiento ‘no previsto en la Carta norteamericana y que el código gaditano reglamentó especialmente en el capítulo VIII del título III.

Seco Villalba, al estudiar la influencia de las Constituciones norteamericana y española sobre los proyectos del año 1813 en esta materia, dice que “la combinación de ambas -norteamericana y española-completan satisfactoriamente el asunto”; y agrega: “Los arts. 68 a 73 de la Constitución de 1853 reconocen este origen”²⁷.

Si bien la influencia gaditana fue allí mucho más restringida, también en el proyecto de la Asociación Patriótica se adoptaron algunas de sus disposiciones, tales como el art. 12, referente a la religión; el art. 22 que exige el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano; y el art. 24, sobre pérdida y suspensión de la ciudadanía.

EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El art. 38 de la Constitución española establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

²⁷ SECO VILLALBA, ob. cit., p. 68.

Seguidamente, el art. 40.1 prevé que los “poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

Conforme al art. 45.3, “...los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

Dentro del mismo cap. III del Tít. I (“De los principios rectores de la política social y económica”), el art. 51.a establece: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Finalmente, en el Tít. VII (“Economía y hacienda”), tras al principio general del art. 128, “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”, se contienen distintos preceptos de contenido jurídico.

Si sintetizamos tales preceptos podemos concluir, siguiendo a Ramón Entrena Cuesta, que la Constitución española, en orden al sistema económico, consagra los siguientes principios²⁸:

- 1) Libertad de empresa y economía de mercado, junto con el reconocimiento de la propiedad privada y de la herencia, así como de la libertad de elección de profesión, que, concebida esta última en un sentido amplio, no hay por qué restringir a las tradicionalmente llamadas profesionales liberales, sino que puede entenderse comprendida en ella la libre elección de profesiones mercantiles o industriales.

La libre empresa se ejerce, con la garantía y protección de los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

- 2) Política de estabilidad económica, atendiendo especialmente al pleno empleo. En este marco, los poderes públicos han de promo-

²⁸ ENTRENA CUESTA, Ramón, “El modelo económico de la Constitución española”, Tít. II, “El principio de libertad de empresa”, en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), Estudios, vol. I, Instituto de Estudios Económicos (IEE), Madrid.

- ver “condiciones favorables” para el progreso social y económico y la distribución más equitativa de la renta, personal y regional.
- 3) Utilización racional de los recursos naturales en orden a la calidad de vida y el medio ambiente.
 - 4) Defensa de los consumidores, de los legítimos intereses económicos de los mismos.
 - 5) Iniciativa pública en la actividad económica.
 - 6) Posible reserva al sector público, de recursos o servicios esenciales.
 - 7) Participación en la empresa.
 - 8) Modernización y desarrollo de todos los sectores económicos.
 - 9) Planificación de la actividad económica general.

El autor que citamos, en una obra dirigida por Fernando Garrido Falla²⁹, se pregunta si la concurrencia de todos esos principios recién enumerados da un carácter puramente “nominal” o “formal” a la libertad de empresa o economía de mercado, para consagrar, en realidad, un régimen o sistema mixto, integrado por elementos procedentes tanto de la economía de mercado como de la economía centralizada o dirigida desde el centro.

La respuesta a ese interrogante debe ser negativa en tanto la Constitución española ha sido encuadrada en el modelo de “economía social de mercado”, que, como dice Muller-Armack, no es una forma intermedia entre capitalismo y socialismo (en sentido estricto, originario), sino que integra un sistema de competencia económica —como unidad de gestión, de actuación y comportamiento, que vincula la libertad de la competencia con la garantía de la propiedad privada y de la libre iniciativa empresarial— con el proyecto social; este modelo de economía social de mercado es el que, en realidad, consagra la Constitución española, lo que ocurre es que en un sistema de este tipo, no se cierra la vía, ni mucho menos, a ciertas actuaciones estatales.

Así, García Pelayo afirma que el mantenimiento y reproducción del sistema neocapitalista depende del cumplimiento de unas funciones estatales destinadas globalmente a la dirección y regulación del proceso económico nacional, entre las que cabe mencionar las siguientes:

²⁹ ENTRENA CUESTA, Ramón, “El modelo económico...”, cit.

1) la planificación; 2) las políticas coyunturales destinadas a prever o neutralizar las crisis; 3) el apoyo logístico: medios de comunicación, investigación, política educativa, infraestructura. Adviértase que todas estas funciones estatales, que inciden de modo global sobre el proceso económico, las concibe García Pelayo como necesarias para el sistema neocapitalista³⁰.

EL DERECHO AL AMBIENTE

El art. 41 introducido en el plexo de la Constitución por el constituyente argentino de 1994 dice:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

“Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, ya la información y educación ambientales.

“Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presu puestos mínimos de protección, ya las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

“Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

La consagración constitucional de un derecho a un medio ambiente sano y equilibrado fue uno de los temas de mayor interés para los convencionales constituyentes de 1994, como lo demuestran los ciento veinticuatro (124) proyectos presentados. Ese interés refleja una tendencia mundial de conciencia ecológica que está plasmado en numerosos documentos internacionales y constituciones nuevas, como las sancionadas en muchas provincias argentinas. Las encuestas de opinión, publicadas en tiempos en que sesionaba la Convención en Santa Fe, colocaban al

³⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones en el Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1990, ps. 73 y 74.

tenia ambiental al tope del *ranking* de preferencias ciudadanas por los temas tratados, de modo tal que la cantidad de iniciativas reflejaron, al mismo tiempo, una interpretación de la voluntad ciudadana.

Es importante la delimitación de competencias, en sentido vertical (utilizando la terminología de Loewenstein), es decir, entre la Nación y las provincias; la solución propuesta por el constituyente no define el problema, y, lejos de esto, deja abierto el camino a que se presenten conflictos jurisdiccionales, toda vez que el dominio originario de los recursos naturales es de las provincias y éstas ejercitan, además, el poder de policía en materia de salubridad. La incorporación de una categoría extraña al derecho público argentino, como lo es introducir una ley de “bases” o de “presupuestos mínimos”, se contraponen a la distribución de competencias del federalismo argentino, asentada sobre la clásica partición entre leyes “de fondo” y “de forma”.

Todas estas “cuestiones pendientes” que resultan del texto introducido por la reforma de 1994, nos indican que, en definitiva, el mayor aporte del art 41 ha sido el principio declaratorio del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para las generaciones presentes y futuras. Este aporte tiene valor relativo si se tienen en cuenta las declaraciones internacionales firmadas por nuestro país y los tratados de derechos humanos que han sido incorporados, con jerarquía constitucional, por la propia reforma en el art. 75, inc. 22.

La problemática del derecho ambiental ha aparecido con gran fuerza en nuestro medio, siguiendo una tendencia mundial, materializada en distintos tratados internacionales, como la Declaración de Estocolmo (1972), que re-conoció, en su primer principio que: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna, gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”; la Convención de Basilea (1989) en la cual las partes manifestaron en el Preámbulo que: “Conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud humana y al ambiente...”; la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) que proclamó en su primer principio que: “...Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen dere-

cho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza...”, entre otros.

La propicia Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 23.054 (BO 27/3/1984), en su art. 22, ap. 2, inc. b), protege el derecho a la salud pública, pudiendo considerarse en este caso, en sentido amplio, que el derecho ambiental se encuentra comprendido en ese contexto. Esa fue precisamente la interpretación que en Europa realizó la doctrina italiana, al considerar la aplicación de la política ambiental como reglamentación del derecho a la salud previsto en el art. 2° de su Constitución³¹.

El art. 148.1.9, Constitución española, establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias de “gestión en materia de protección del medio ambiente”; en tanto que por el art. 149.1.23, el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de “legislación básica” sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Así, el Estatuto catalán, en su art. 10 señala que: “En el marco de legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establece, corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: ...b) protección del medio ambiente sin perjuicio de las facultades de la Generalitat para establecer normas adicionales de protección”. Por su parte, el Estatuto vasco, prescribe en su art. 11: “Es competencia de la comunidad autónoma del país vasco el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en las siguientes materias: a) medio ambiente y ecología...”.

Antonio E. Pérez Luño³² puntualiza las siguientes características del régimen constitucional español en la materia:

- 1 °) No se da un conflicto de competencia exclusiva sobre medio ambiente, sino que se atribuyen competencias de distinto grado

³¹ El análisis de este problema fue realizado por los constitucionalistas italianos en el Congreso de la Asociación Italiana de Constitucionalistas de 1990.

³² PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 1984.

al Estado (legislación básica) y a las comunidades autónomas (desarrollo legislativo y gestión).

2°) Aparte de esta distribución inicial de competencias, le corresponde al Estado una residual y supletoria en todos aquellos aspectos relacionados con el medio ambiente que no hayan sido desarrollados por las comunidades autónomas en sus estatutos (art. 149.3). Con lo que se ha pretendido evitar posibles vacíos o lagunas.

3°) Al Estado le corresponde también la consideración de las normas de las comunidades autónomas aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general (art. 150.3). La atribución de estas competencias es fundamental para evitar posibles antinomias y garantizar el principio de coherencia normativa que es requisito indispensable de la seguridad jurídica.

Uno de los caminos de acercamiento para superar enfrentamientos de posiciones que ya señalamos es el de las “leyes marco” o “leyes convenio” entre la Nación y las provincias, o bien entre las provincias entre sí en la construcción de un “federalismo de coordinación” o “federalismo cooperativo” por el que tanto suele bregar con gran criterio el Dr. Pedro J. Frías.

Nuestro sistema constitucional abre las posibilidades al respecto en la nueva formulación dada al art. 41 aunque plantea conflictos con la última parte del art. 124, que reivindica el dominio provincial de los recursos naturales. Creemos que la solución debe buscarse por el lado del “federalismo de concertación”.

Entendemos que dicha concertación, que exigiría un tratado entre la Nación y las provincias o una “ley convenio”, debería tratar sobre materias concurrentes pero no sobre aquellos poderes que originariamente son de las provincias. Actuar de manera distinta significaría alterar competencias constitucionales que son por su naturaleza indispensables por acuerdo de partes, conforme lo ha señalado en reiteradas oportunidades el Dr. Germán J. Bidart Campos.

De tal modo, las normas nacionales deben limitarse a establecer “presupuestos mínimos”, los que en general se refieren a consideraciones de orden técnico como índices de contaminación, etc. En esta

materia, el Congreso Nacional sancionó la Ley General del Ambiente 25.675.

EL MODELO DE LA CONSTITUCION ARGENTINA

La reforma constitucional de 1994 originó un intenso debate en lo referido a la etapa “preconstituyente”, si se utiliza la terminología introducida por *Sánchez Viamonte* para designar al procedimiento de declaración de “necesidad de la reforma” por parte del Congreso de la Nación, conforme lo señalado por el artículo 30 de la Constitución Nacional; cuestiones que fueron subsanadas jurídicamente y en parte superadas políticamente por los hechos posteriores, de una etapa constituyente reformadora que cumplió a ritmo regular y puntual el objetivo de reformar la Constitución histórica de 1853/60.

La Convención sesionó en la ciudad de Santa Fe, realizándose los actos de inauguración y de clausura, como así también algunas reuniones de comisiones en la ciudad de Paraná; se cumplió el plazo previsto y la Constitución reformada fue sancionada antes de los noventa días, y fueron tratados todos los temas previstos por la Ley 24.309, tanto los del llamado “núcleo de coincidencias básicas” (art. 2) como los llamados temas “habilitados” (art. 3). El 24 de agosto de 1994 tuvo lugar en Concepción del Uruguay la jura de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Se trató, por lo tanto, de un caso de ejercicio del poder constituyente reformador o derivado³³.

De todos los proyectos y antecedentes de reforma, los que más se han reflejado en la labor constituyente fueron los de la Reforma Transitoria de 1972 y los “Dictámenes” del denominado “Consejo para la Consolidación de la Democracia”³⁴

Del primero se reflejan distintas formulaciones de técnica legislativa en cuanto al difundido objetivo de “modernizar las instituciones”, prolongando las sesiones del Congreso, promoviendo el trabajo

³³ DALLA VIA, Alberto Ricardo “Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994. Librería Editora Platense. 2da. edición 1996. capítulo preliminar “Balance de la Reforma constitucional” pag. 5.

³⁴ El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por el Decreto 2446/85, bajo la coordinación del Dr. Carlos S. Nino. Publicó dos dictámenes sobre la reforma Constitucional. El “tercer dictamen”, referido a los temas económicos, quedó sin publicar.

en comisiones; como así también la propuesta de fijar el mandato del Presidente y Vicepresidente de la Nación en cuatro años, con una sola reelección; la elección directa del Presidente y los Senadores, la elección de un tercer senador por la minoría, etc.

Por su parte, se desprende de los "Dictámenes" del Consejo para la Consolidación de la democracia, la idea de morigerar el exceso de poder presidencial, con cierta tendencia a "parlamentarizar" el sistema, a través de la incorporación de un "Ministro Coordinador" que, además de ejercer algunas funciones específicas en materia administrativa, presupuestaria, etc. Acerque, articule y haga más funcional la relación entre los poderes.

Se observa también, en ese sentido y de acuerdo con el mismo antecedente, el interés de darle un rol especial al Senado en la iniciativa de algunos proyectos que tienen que ver con la materia federal (coparticipación, art. 75 inc. 2º; desarrollo territorial armónico, art. 75 inc. 19), así como otros temas que también fueron considerados en el proyecto mencionado como el Consejo de la Magistratura, la Defensa del Medio Ambiente, etc.

En los contenidos de ambos proyectos, y en su posterior cristalización en el texto de la Constitución reformada, aparecen los principales contenidos teleológicos que la reforma ha presentado en distintas formulaciones, tales como: la necesidad de modernizar y agilizar el funcionamiento de las instituciones; fortalecer los mecanismos de control del poder, delimitando las funciones; atenuar los excesos del presidencialismo hegemónico; instrumentar la inserción internacional de la Argentina; fortalecer el federalismo; etcétera.

La reforma constitucional de 1994 ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos. El catálogo de derechos declarados, y de garantías, se ha ampliado apuntando al valor de la "solidaridad". La "participación" es otro de los valores afirmados, haciendo a la Constitución más democrática. Ha afirmado también el constituyente un concepto más social y material de la igualdad, que viene a completar el concepto de igualdad formal del artículo 16 con un nuevo criterio interpretativo, cual es el de la "igualdad de oportunidades" que aparece repetido en distintas partes del texto y en la consagración de "acciones positivas" que tendrá a su cargo el Estado para combatir toda forma de discriminación (art. 75, inc. 23).

El "tono" general de la reforma, en lo ideológico, se ha corrido más hacia la afirmación de principios del Estado social que del constitucionalismo liberal. El ingreso de una cantidad de principios que no estaban expresamente consagrados en el texto se da por la cantidad de tratados internacionales que pasan a tener "jerarquía constitucional" (art. 75, inc. 22) y que, por la época en que dichos tratados fueron suscriptos, se enmarcan claramente en la etapa del constitucionalismo social de posguerra y anterior a la crisis mundial del petróleo que trajo también aparejada la crisis del Estado social de Derecho.

Resulta también paradójico que estos principios hayan sido afirmados por el constituyente en pleno tiempo de "ajuste" hacia un pretendido modelo de Estado "neoliberal". No hay, en cambio, en la reforma reciente ningún artículo que proclame la libertad económica ni la economía de mercado.

No aparece un "programa constitucional" como exhibió la Constitución histórica, no aparece el *telos* ni el "modelo" del texto constitucional, por el contrario, y como dijimos al principio, hay muchos aspectos fundamentales que quedaron sin definirse y con el riesgo, potencial o real, de que eso pueda ocurrir.

Los dos principios incorporados que tienen más importancia en materia económica son el derecho al medio ambiente (art. 41) y la integración económica latinoamericana (art. 75, inc. 24), por su inevitable repercusión, tanto en los derechos económicos como en los principios orientadores de la política económica.

De estos principios, y de otros que consagran los derechos de usuarios y consumidores (art. 42), así como la posibilidad de ejercitar la acción de amparo contra los titulares de servicios públicos privatizados (art. 43), se desprende -aunque no esté claramente dicho- que se propugna un modelo de competencia, dentro del cual cabe al Estado un rol regulador para que el mercado funcione.

Pero el "núcleo" ideológico de la reforma está en el inciso 19 del artículo 75, ubicado a continuación de la "cláusula del progreso" (ex art. 67, inc. 16). La nueva norma se ha dado en llamar "cláusula del nuevo progreso"³⁵ o "cláusula del progreso económico y social"³⁶, donde se

³⁵ DALLA VIA, Alberto Ricardo "Constitución de la Nación Argentina". Op. cit.

³⁶ Ver *Constitución de la Nación Argentina*, con prólogo de Nestor Sagüés, Depalma, Buenos Aires, 1994.

establecen como valores fundamentales a “proveer” por la legislación: “...*al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...*” (1er. párr.).

El término “desarrollo humano” aparece repetido en otros artículos y debe vincularse con la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en tanto se toma al denominado índice de desarrollo humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no sólo contemplan el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etcétera. En ese mismo sentido, el término “progreso económico” se diferencia del mero crecimiento económico mientras aquél marca simplemente diferencias en el producto bruto, en tanto el “progreso” denota una idea de avance en una dirección ética predeterminada³⁷.

El segundo párrafo plantea el objetivo del equilibrio territorial en los siguientes términos: “*Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas el Senado será Cámara de origen*” .

En materia de educación se establece: “...*Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales*” (3er. párr.).

Y finalmente: “*Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales*” (últ. párr.).

Es de destacar también que la reforma se ha basado en antecedentes diferentes a los que tuvo por vista la “Constitución histórica”.

³⁷ Sobre el tema véase DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Transformación Económica y Seguridad Jurídica*, Platense, La Plata, 2da. edición. 1996

Resulta obvio señalar que el constituyente no tuvo por base documentos similares a las Bases ni al Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi; la reforma de 1994 tuvo principalmente en cuenta, entre otros documentos, a los "Dictámenes" del denominado Consejo para Consolidación de la Democracia y a la "reforma provisoria de 1972" impulsada por un gobierno de facto³⁸, que pusieron el acento en la atenuación del "hiperpresidencialismo", el primero, y en la agilización de las funciones del Congreso, el segundo; entre otros importantes aspectos.

Pero el dato más importante a destacar en este sentido es que la Constitución histórica recibió en su interpretación la influencia del constitucionalismo estadounidense por vía de la jurisprudencia de la Supreme Court y por los escritos doctrinarios, especialmente los recopilados en El Federalista por *Madison, Hamilton y Jay*. No pocas veces se ha afirmado que la Constitución argentina había sido "vaciada" sobre los moldes de la norteamericana, tema que fue objeto de una aguda polémica entre *Alberdi y Sarmiento*. La influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre nuestra Corte Suprema ha sido muy importante y en muchos temas han seguido líneas paralelas, como ha ocurrido, por ejemplo, con la doctrina del "poder de policía".

La reforma de 1994 estuvo, en cambio, muy influida por el constitucionalismo europeo en el diseño de las nuevas instituciones propuestas (ej.: defensor del pueblo, nuevas garantías, etc.) y entre éstas, ha tenido una marcada influencia la Constitución española de 1978 que ha servido de base y modelo para la redacción de distintos artículos. En ese sentido, mientras la bicentenaria Constitución norteamericana adscribe al liberalismo individualista, la Constitución española, una de las más recientes de Europa, proclama un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1).

No sólo se reformó una cantidad importante de artículos y se agregaron nuevas disposiciones, sino que también se ha modificado el "lenguaje", el estilo claro y abierto que caracterizaba a la norma fundamental que habían redactado Benjamín *Corostiaga* y Juan María *Gutiérrez*, principalmente. Estas razones han hecho frecuente el uso de la expresión "nueva Constitución" y nos lleva a planteamos si se trata de una Constitución nueva o reformada. Para nosotros está claro que debe

³⁸ Ver DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Constitución...*, "Introducción (Balance de la reforma)", cit.

hablarse de la "Constitución reformada", no solamente porque se trató de un caso de ejercicio de poder constituyente derivado (art. 30, Const, Nac.), sino porque expresamente fue jurada la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860; 1866; 1898; 1957 y 1994. Legitimándose la reforma de 1957 y excluyendo la de 1949.

Para nosotros no se trata solamente de una cuestión terminológica. En efecto, según se trate de una u otra cosa, cambiará la interpretación de la misma. Si se tratara de una constitución "nueva", debiera centrarse la interpretación en los nuevos principios incorporados, en tanto que tratándose, como es el caso, de la Constitución histórica reformada, los nuevos principios deben interpretarse a la luz de los primeros y buscando el sentido que los complementa y adapte sin perder la dirección original. Esta otra razón nos reafirma aún más en el criterio de interpretar que estamos ante una norma reformada y no ante una norma nueva.

Dicho todo esto, y tomando como premisa el carácter "liberal" de la Constitución de 1853, con algún ingrediente "social" proveniente de la reforma constitucional de 1957 y una influencia "católica tradicional" si aceptamos la posición de *Sagüés* de acuerdo con lo ya analizado; corresponde ahora determinar cuál es la ideología predominante en nuestra Constitución Nacional después del paso del constituyente de 1994, con su impronta aún más social, afirmadora del concepto de "desarrollo humano" de la "justicia social" y de la "igualdad real de oportunidades", al tiempo que consagrar un derecho constitucional al "ambiente sano y equilibrado para las generaciones actuales y futuras" (art. 41) determina una componente ecológica que no sólo es obligación del Estado sino también, y fundamentalmente, una postura ética. El pensamiento católico tradicional, por su parte, parece haber sufrido un retraimiento al eliminarse el requisito confesional para ser Presidente de la Nación y al haberse desarrollado una "moral pública" no necesariamente identificada con el cristianismo.

Cabe preguntarse, ¿cuál es entonces actualmente el ideario constitucional argentino? ¿Cuáles son los principios dominantes entre tanta confluencia de ideas? Creemos que si bien la respuesta debe buscarse en los principios expresados en el texto constitucional, ellos no deben independizarse de una realidad circundante, de carácter sociológico, según gusta de decir *Bidart Campos*, y que abarca la experiencia histórica, las preferencias sociales y el sentimiento colectivo. Por todas las razones

expuestas, bien puede concluirse, a nuestro juicio, que el “constitucionalismo social” resalta en la Constitución argentina.

Pero es de advertir que el término no debe interpretarse bajo el estigma de izquierdas o derechas, superadas por la historia y las mismas realidades, como bien lo enseñara Norberto *Bobbio*³⁹. Por el contrario, en la Constitución argentina, el constitucionalismo social sólo se entiende dentro, y no fuera, de la economía de mercado, como una continuidad “racional” del Estado liberal, reiterando lo expresado por *Vanossi*⁴⁰. De ese modo, el constitucionalismo social argentino es una síntesis del pensamiento constitucional que no contradice ni desecha los principios liberales, sino que los afirma en el sentido del nuevo Estado: el modelo de competencia.

Pocas dudas pueden haber sobre la afirmación en cuanto que el constitucionalismo se encuentra ligado al sistema capitalista. No sólo por sus orígenes, sino también porque el muro de Berlín ha caído, y con él, también, las utopías que pretendieron alejar al desarrollo económico de su intrínseca relación con el Estado de derecho. Ya Maurice *Duverger* había señalado, años atrás, que era la economía de mercado la que se correspondía con el sistema democrático, al priorizar, ambos, la libertad⁴¹. La experiencia también demuestra que los niveles más altos de desarrollo se dan en aquellos países que guardan una adecuada correlación entre libertad económica y libertad política, como se desprende de los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), donde se afirma: “...Es claro, al menos, que en la actualidad, los países que registran un mejor desempeño económico (medido de acuerdo con el PBI o IDH) son también aquellos con una mayor dosis de libertad. Inclusive en países en donde el desarrollo económico y la libertad no han ido a la par durante algunos períodos (como en Europa oriental y el norte de Asia), ahora uno y otra se están acercando...”⁴².

Hoy la opción se da dentro del sistema capitalista, para determinar qué tipo de capitalismo queremos, uno que tenga al hombre como pro-

³⁹ BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, Colección “Política y Derecho”, Fondo de Cultura Económica, México.

⁴⁰ VANOSSI, J. R., *El Estado...*, cit.

⁴¹ DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Ariel, Barcelona, 1988.

⁴² Desarrollo Humano, Informe 1992, Cap. 2, “Libertad política y crecimiento económico”, pág. 70.

tagonista u otro que someta todo a la decisión del mercado. Esta opción ha sido planteada con gran lucidez por Michel *Albert* en su difundida obra *Capitalismo contra Capitalismo*, donde se plantea este debate⁴³. De ese modo el "neoliberalismo" es entendido como una revalorización de la economía de mercado que recoge los aportes del Estado social de Derecho en orden a corregir las deformaciones y desigualdades que el mercado produce y a realizar una sociedad más justa y equitativa. En la Teoría de la Justicia, de John *Rawls*, se desarrolla y fundamenta esta importante cuestión. Es en este marco ideológico donde se aboga por una relación adecuada entre "transformación económica y seguridad jurídica" que coordine el principio económico de la eficacia con un Estado eficiente para asegurar los valores sociales, porque como bien señalara Octavio *Paz*, "el mercado sirve para fijar precios, pero no valores sociales"⁴⁴.

Es por eso que el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de mayo y grabado en el texto constitucional de 1853 a favor de la libertad y la iniciativa individual; hoy la preocupación por el desarrollo humano pone su impronta definitiva en el texto para elegir por un capitalismo con rostro humano frente al economicismo del ajuste por el ajuste mismo. En esa línea también aparece el nuevo pensamiento de la doctrina de la Iglesia católica, que a partir de la encíclica *Centesimus Annus*, del Papa *Juan Pablo II*, reivindica el papel de la iniciativa individual en el desarrollo económico .

Citando otra vez a Octavio *Paz*: "...Hoy vivimos el alba de la libertad... ¿cómo construir la casa universal de la libertad? Algunos nos dicen: ¿no olvidan ustedes a la justicia? Respondo: La libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia"⁴⁵.

REFLEXION FINAL.

⁴³ ALBERT, Michel, *Capitalismo contra Capitalismo*, Paidós, Colección "Estado y Sociedad", Buenos Aires, 1997.

⁴⁴ Véase DALLA VIA, A. R., *Transformación...*, cit.

⁴⁵ PAZ, Octavio, *La Nación*, "Suplemento Literario", Buenos Aires, 7-X-1990, pág. 1.

Si hacemos un paralelismo entre la Constitución argentina y la española, veremos que esta última titula “principios rectores de la política social y económica”, distintas expresiones que aparecen en la denominada “parte dogmática” del texto constitucional argentino, como el derecho a un ambiente sano y equilibrado, derechos de los usuarios y consumidores, vivienda digna, protección de la familia, descanso laboral, seguridad social, etcétera; en tanto que muchos otros está esparcidos en la “parte orgánica” como el progreso económico y social, la formación profesional; el patrimonio cultural y artístico, la protección de los menores, ancianos y discapacitados.

Destacaba Germán Bidart Campos, al exponer en el Seminario sobre la Reforma Constitucional Argentina que, tanto el constitucionalismo español como el argentino, dan recepción a los derechos sociales que son propios del constitucionalismo social, sea que se los denomine como tales, o bien, como derechos de prestación o derechos de solidaridad, y a derechos de tercera generación, todo lo cual nos presenta otra vez el sesgo social del constitucionalismo contemporáneo que explícitamente se ha holgado en las normas surgidas de la reforma de 1994⁴⁶.

⁴⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. “La Reforma Constitucional de 1994 y la Constitución de España”. En “La Constitución reformada. Primer seminario sobre la Reforma de 1994”. Ministerio del Interior. República Argentina. 1996. Pag. 41

LA INFLUENCIA DEL ARTÍCULO 96.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 54 N° 1 INCISO 5° DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA REFORMADA EN 2005, EN EL MARCO DE CONTROLES PREVENTIVOS Y REPARADORES DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS

Humberto Nogueira Alcalá

Presidente coordinador de las Asociaciones de Derecho Constitucional de América del Sur

1. Introducción

Podemos constatar la existencia, en el artículo 96.1 de la Constitución española de 1978, de una constitucionalización de los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, disposición que luego ha sido incluida en la Constitución chilena en la reforma constitucional de 2005, en su artículo 54 N° 1, inciso 5°.

Señalemos expresamente las normas pertinentes.

La Constitución española en su artículo 96.1 determina:

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

La Constitución chilena en su texto actual, derivado de la reforma constitucional de 2005, en su artículo 54 N° 1, referente a la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico nacional, en su inciso 5°, determina:

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

Asimismo, debemos tener presente que ambas disposiciones tienen su respaldo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 42 precisa:

Validez y continuación en vigor de los tratados. 1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.

2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

El artículo 43 de la misma Convención dispone:

Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado. La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

2. Algunas consideraciones jurídicas sobre el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución chilena y el control de compatibilidad preventivo constitucional

Es necesario, en esta materia, partir del hecho de que, en el ordenamiento jurídico chileno, es la Constitución política la única norma jurídica habilitada para determinar la existencia de otras normas de derecho interno, ya que determina el modo de producción de ellas, dotándolas de validez, vigencia y aplicabilidad. Además, la Carta Funda-

mental se remite a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez, vigencia y fuerza normativa, como es el derecho convencional internacional, siendo los tratados internacionales sólo una de las fuentes del derecho internacional y la única a la cual la Constitución se refiere, determinando su procedimiento de incorporación al derecho interno, aunque, en la práctica jurisdiccional, la judicatura ordinaria aplica tanto los principios de *ius cogens* como el derecho consuetudinario internacional¹, considerando que ambos se incorporan directa e inmediatamente al derecho interno; a su vez, el Tribunal Constitucional chileno asume la misma perspectiva respecto de los principios de *ius cogens*².

Agreguemos que las obligaciones emanadas de un tratado vinculan al Estado y a todos sus órganos, incluso antes de que dicho tratado haya sido ratificado, en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone:

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 146-2006, de fecha 31 de julio de 2006, considerandos 5° y 6°. Revista Gaceta Jurídica N° 313, Julio 2006, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 243-254. Corte de Apelaciones de Santiago, 2009, rol N° 7985-2007, considerando 14°; Corte de Apelaciones de Santiago, 2009, rol N° 2495-2008, considerando 10°; Corte de Apelaciones de Santiago, 2010, rol N° 7816-2009, considerando 15°. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 559-04, Caso Molco, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerandos 23° - 24°. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125-04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerandos 31°-33°. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, Rol N° 2182-98, Caso Chihuió, de 30 de noviembre de 2007, considerandos 11°-14°, 36°-37°, 40°-41°, 43°-44°, 48°. Corte Suprema, 2007, rol N° 3452-2006, considerando 59°; Corte Suprema, 2008, rol N° 1528-2006, considerando 31°; Corte Suprema, 2011, rol N° 8314-2009, considerando 17°; 2010, rol N° 9474-2009, considerando 13°; Corte Suprema, 2015, Rol N° 17.393-2015, de 18 de noviembre de 2015, considerando 3°.

² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2615-14-INA, de 30 de octubre de 2014, considerando 10°.

En Chile, hay sentencias de nuestros tribunales basadas en tal disposición, haciendo aplicación correcta de estos deberes de abstención del Estado de realizar actos que frustren el objeto y fin del tratado³.

A su vez, todo tratado internacional que se incorpora al derecho interno por decisión del propio Estado en el ejercicio de su soberanía representa un límite externo o heterónimo que el Estado ratificante asume y se autoimpone, con el efecto de impedir que en el futuro se dicten normas violatorias de dicho tratado, así sean *normas constitucionales*, lo que para tal supuesto implica que un tratado (...) funciona como un límite al futuro poder constituyente que introduce enmiendas a dicha Constitución⁴.

Las expresiones “rango de ley” y “fuerza de ley”, en el derecho chileno, sólo son predicables de normas que emanan del ordenamiento jurídico que tiene como fuente de validez la Constitución estatal, la que determina los modos de producción de enunciados normativos infraconstitucionales de derecho interno. El rango de ley se otorga a los preceptos legales, que son generados conforme a la Constitución por los órganos colegisladores, los que expresan la voluntad unilateral del Estado, constituyendo fuentes primarias del ordenamiento jurídico nacional, otorgándoles una determinada *fuerza de ley* tanto en su dimensión pasiva como activa, la que se manifiesta en relación con otras fuentes del derecho generadas unilateralmente por el Estado conforme a la Constitución, las que se constituyen en *normas infralegales*, vale decir, constituyen *grados inferiores a la ley en la gradación de fuentes formales internas de dicho ordenamiento jurídico*, determinando la *fuerza normativa superior de la ley respecto de la potestad reglamentaria*. Así el *rango de ley* es el presupuesto necesario para la atribución de la *fuerza de ley*; como asimismo para la asignación de un valor de ley que el ordenamiento jurídico estatal le otorga a los enunciados legales, teniendo presente su posición en el sistema constitucional de fuentes formales del ordenamiento jurídico del Estado.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, 2004, rol N° 11321-2003, considerandos 35°, 36°, 96° y 97°; Corte de Apelaciones de Santiago, 2006, rol N° 10279-2006, considerando 12°; Corte de Apelaciones de Santiago, 2006, rol N° 5937-2006, considerandos 12° y 13°.

⁴ Bidart Campos, Germán. (1995). pp. 259-260.

A diferencia de la ley, *la fuerza normativa del tratado* viene dada por el derecho internacional que determina su existencia, validez, vigencia y su fuerza normativa, atributos que no derivan de la Constitución estatal. *El tratado no tiene rango ni fuerza de ley; sino fuerza normativa de tratado*, la cual puede oponerse a toda norma de generación unilateral del Estado, cuando dicho tratado ha sido incorporado válidamente al orden jurídico interno conforme a los procedimientos determinados por la respectiva constitución. El tratado incorporado al derecho interno vincula al Estado, a todos sus órganos y autoridades, mientras el tratado no sea eliminado del ordenamiento jurídico conforme a las reglas del mismo tratado o las reglas generales de derecho internacional, posición que asume la propia Carta Fundamental en el artículo 54 N° 1, inciso 5°, introducido por la reforma constitucional de 2005.

El artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución refuerza la perspectiva de que *puede concretarse un control de compatibilidad de la Constitución con un tratado internacional sólo previamente a la incorporación de este último al ordenamiento jurídico*. Ello es perfectamente armónico con las competencias del Tribunal Constitucional chileno en la materia.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución determina como atribuciones del Tribunal Constitucional, en su numeral 1, ejercer el control de constitucionalidad de las (...) *normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, antes de su promulgación*. A su vez, el artículo 93 N° 3 determina que el Tribunal Constitucional tiene la atribución de *resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de (...) los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*.

Respecto de la legitimación activa para requerir al Tribunal Constitucional en control preventivo, tanto la Constitución española en su artículo 93 como la Constitución chilena en su artículo 93 N° 3 se la otorgan al Gobierno y a las Cámaras. La única diferenciación es que el artículo 93 N° 3 de la Carta Fundamental chilena se la otorga también a minorías significativas de la Cámara de Diputados y del Senado, a lo menos una cuarta parte de los diputados o de los senadores en ejercicio.

Asimismo, el artículo 93 N° 3 de la Constitución chilena, en su inciso 4°, determina que el requerimiento al Tribunal Constitucional debe formularse antes de la remisión de la comunicación que informa

la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho de dicha comunicación.

3. Inexistencia de normas constitucionales expresas sobre control reparador de tratados en la Constitución española y chilena

La Constitución española, al igual que la Constitución chilena, no establece, en las normas sobre control reparador de constitucionalidad, abstracto o concreto, referencia expresa alguna a los tratados internacionales.

El texto constitucional chileno no establece atribución alguna al Tribunal Constitucional en materia de control reparador de tratados internacionales, lo que es perfectamente armónico con el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución y con las obligaciones convencionales de las normas imperativas de la Convención de Viena en los artículos 26 (*Pacta sunt servanda*), 31.1 (*Bonna fide*) y 27 de no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En este aspecto constatamos una afinidad entre la Constitución chilena y la Constitución española, cuando esta última, en su artículo 95.1, determina que *la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*, agregando en el apartado 2 que *el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción*.

El artículo 161 de la Constitución española, que establece las competencias del Tribunal Constitucional, determina en su literal a) el conocer del *recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*.

A su vez, el artículo 163 de la Constitución española precisa que, *cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*. Aquí estamos en presencia de un control reparador concreto de constitucionalidad que se aplica sólo a normas con rango de ley.

En el caso chileno, existe entre las atribuciones del Tribunal Constitucional también un control reparador abstracto mediante la acción de inconstitucionalidad considerada en el artículo 93 N° 7 de la Constitución y, por otra parte, un control reparador concreto de constitucionalidad en el artículo 93 N° 6, que establece la atribución del Tribunal Constitucional *de resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.*

El Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia Rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009, con objeto del control preventivo obligatorio del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en relación con los tratados internacionales, decidió, en votación dividida, declarar inconstitucional el artículo 47 B, que establecía: *De conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y también la frase o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente*, contenida en el N° 4 del artículo 47 G (actual artículo 47 E), que establece las causales que facultan al TC para declarar inadmisibles un requerimiento de inaplicabilidad. El fallo fue acordado en esta materia con el voto de los ministros Bertelsen, Vodanovic, Fernández Baeza, Correa, Venegas y Navarro. Esta decisión fue acordada con el voto en contra de los ministros Colombo (presidente), Cea, Peña y Fernández Fredes.

En dicha sentencia se establece que el Tribunal Constitucional no tiene competencia para realizar control reparador abstracto de tratados (art. 93 N° 7) en virtud del artículo 54 N° 1, inciso 5°, pero considera que tiene competencia para conocer de la materia en control reparador concreto (art. 93 N° 6), ya que considera que el fallo sólo se pronuncia sobre los efectos inconstitucionales que de la aplicación del tratado se producen en el caso concreto, no afectándose la prohibición constitucional de suspender los efectos de un tratado, lo que implicó los cuatro votos disidentes en la sentencia, que sostuvieron que el control reparador concreto sí generaba el incumplimiento del deber constitucional de no suspender los efectos de un tratado ratificado y vigente.

Con posterioridad, la Primera Sala del propio Tribunal Constitucional, en 2015⁵, determinó en el Rol N° 2789-15 INA, de marzo de 2015, referido a una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 14 párrafo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, que:

(...) se configura la causal de inadmisibilidad del número 4 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que una norma de un tratado ratificado por Chile no constituye “un precepto que tenga rango legal en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad”.

Además, el ejercicio de un examen represivo de constitucionalidad de disposiciones de tratados internacionales por parte de este Tribunal Constitucional implicaría contrariar los compromisos internacionales suscritos por Chile sobre formación y extinción de los tratados, infringiendo de este modo el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, en relación con lo preceptuado en el artículo 54 N°1 de la Carta Política de la República. (Resolución de ministros: Marisol Peña T., Francisco Fernández F., Juan José Romero G., Nelson Pozo S., y disidencia de ministro Domingo Hernández E.)

Las consideraciones de ambas resoluciones del Tribunal Constitucional muestran dos enfoques disímiles sobre control reparador concreto de tratados internacionales ratificados y vigentes.

4. Conclusiones

Tanto la Constitución española como la chilena establecen expresamente por parte del respectivo Tribunal Constitucional sólo un control preventivo de compatibilidad de la Constitución con el tratado que busca integrarse al ordenamiento jurídico interno, dotando de legitimidad para realizar el requerimiento tanto al Gobierno como al Parlamento respectivo, en sus dos Cámaras.

Las dos constituciones, española y chilena, establecen como atribución de los respectivos tribunales constitucionales controles reparadores

⁵ Primera Sala del Tribunal Constitucional, inadmisibilidad de inaplicabilidad, Rol N° 2789-15 INA, de 25 de marzo de 2015, Resolución de inadmisibilidad, considerando 7°.

abstractos (acciones de inconstitucionalidad) y controles reparadores concretos de constitucionalidad; ninguna de las dos constituciones contempla el control de constitucionalidad reparador de tratados internacionales sino sólo de preceptos legales o disposiciones con fuerza de ley.

Sin embargo, la jurisprudencia de ambos tribunales constitucionales difiere. El Tribunal Constitucional chileno ha determinado que no procede el control reparador abstracto de constitucionalidad de tratados, ya que ello vulnera el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución. Asimismo, en fallos del Tribunal Constitucional, aunque determinan que los tratados tienen una fuerza normativa superior a la ley, pueden entenderse como precepto legal a efectos de realizar un control concreto de los efectos del tratado en casos particulares, habiendo una minoría de cuatro de los diez ministros que sostuvieron en su momento que dicho control no puede efectuarse, porque ello implicaría suspender los efectos del tratado internacional, lo que está prohibido constitucional e internacionalmente. Asimismo, más recientemente, en 2015, una Sala del Tribunal Constitucional ha resuelto que es inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, basado en el artículo 84 de la LOC del Tribunal Constitucional, el que determina que se declarará la inadmisibilidad en el caso del N° 4, cuando *se promueva respecto de un precepto que no tenga rango de ley*, precisando que los tratados no son preceptos legales y no tienen rango de ley, como asimismo que ello implicaría hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional, además de vulnerar el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución.

Distinta es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que considera que los tratados válidamente incorporados al ordenamiento español, en virtud del artículo 161.1.a) de la Constitución, *constituyen disposiciones normativas* con fuerza de ley, conforme con lo que dispone el artículo 27.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo control se concreta a través de la cuestión de inconstitucionalidad. No se ha planteado duda de la constitucionalidad de la norma respectiva de la LOTC, aunque hay autores que han planteado dicha tesis.

La ley española sobre tratados de 2014, en su artículo 31, mantiene el mismo enfoque previamente determinado por la LOTC ya señalada: *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales*

válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional. Dicha ley agrega en su artículo 32: La declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales se tramitará por el procedimiento regulado en el título II de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Ambas constituciones, la española, en el artículo 93.1, vigente desde 1979, y la chilena, en el artículo 54 N° 1, inciso 5°, conforme a la reforma constitucional de 2005, establecen, exactamente, la misma redacción, el que *las disposiciones de un tratado válidamente incorporado al derecho interno sólo puedan ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.*

La fuente de ambas disposiciones se encuentra en los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Es importante, en este sentido, dejar precisado que dos enunciados normativos constitucionales exactamente iguales, uno de los cuales, el chileno, ha sido incorporado bajo el influjo del enunciado constitucional español, en virtud de su fuente común, artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, llevan a dos interpretaciones y aplicaciones diferentes, con disparidad de enunciados de leyes orgánicas constitucionales de los respectivos tribunales constitucionales.

Bibliografía consultada

Aldunate Lizana, Eduardo. (2010). La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Revista Ius et Praxis*, volumen 16, N° 2, Universidad de Talca.

Álvarez Conde, Enrique. (2008). *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen I. Sexta edición. Madrid, Editorial Tecnos.

Benadava, Santiago. (1993). *Derecho Internacional Público*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, p. 104, nota N° 6.

Bidart Campos, Germán. (1994). La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. Ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México.

Bidart Campos, Germán. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ed. Ediar.

Cea Egaña, José Luis. (1997). Constitución y Tratados de Derechos Humanos. *Revista IUS et PRAXIS*. Derecho en la región. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

Cea Egaña, José Luis. (2013). *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo III. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Coscolluela Montaner, Luis. (2002). *Manual de Derecho Administrativo*. 13 edición. Madrid, Editorial Civitas.

Cruz Villalón, Pedro. (1981). El control previo de constitucionalidad. *Revista de Derecho Público*, 2.^a Época, N° 82, enero – marzo de 1981.

Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto. (1994). *Teoría de la Constitución*. Tercera Edición. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello.

De Esteban, Jorge y Gonzalez Trevijano, Pedro. (1994). *Curso de Derecho Constitucional Español*. Madrid, Editorial Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

Díaz Tolosa, Regina Ingrid. (2013). Aplicación judicial en Chile del "ius cogens" como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°40, Valparaíso, agosto 2013.

Fernández Segado, Francisco. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid. Editorial Dikinson.

García Barzelatto, Ana María. (2006). Tratados internacionales según la reforma constitucional de 2005. *Revista de Derecho Público*, N° 68, Universidad de Chile.

García de Enterría, Eduardo. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Cuarta edición. Madrid, Editorial Civitas.

Henríquez Viñas, Miriam. (2007). Improcedencia de control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 1, pp. 119 – 126.

Jimena, Luis. (2007). La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional español). En Pérez Trens, Pablo (coord.). *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 419-441.

Martín López, Miguel Ángel. (2003). El incumplimiento de los Tratados Internacionales. Córdoba, España, Universidad de Córdoba.

Nogueira Alcalá, Humberto. (2003). Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 11.821-2003. Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. *Revista Ius et Praxis*, Año 9, N° 2, Talca.

Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos fundamentales de la reforma Constitucional 2005 en materia de tratados internacionales. En Nogueira Alcalá, Humberto (coord.). *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. pp.381-403.

Nogueira Alcalá, Humberto. (2014). *Derecho Constitucional chileno*. Tomo III. Santiago. Ed. Legalpublishing – Thomson Reuters.

Núñez, Manuel. (2010). Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad. *Estudios Constitucionales*, Volumen 8, N° 2, pp. 431-464.

Peña Torres, Marisol. (2008). Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1.

Pérez Rojo, Javier. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Duodécima edición. Madrid, Ed. Marcial Pons.

Requejo Pagés, Juan Luis. (1992a). Consideraciones en torno de las normas internacionales en el ordenamiento Español. *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 44, Enero - Abril 1992.

Requejo Pagés, Juan Luis. (1992b). La articulación de las jurisdicciones internacionales, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 35, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Ribera Neumann, Teodoro. (2007a). La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno. *Revista de Derecho Público*, N° 69, pp. 511-528.

Ribera Neumann, Teodoro. (2007b). Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 1. (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca) pp. 89 – 118.

Riveros Marín, Edgardo; Llanos Mancilla, Hugo; Troncoso Epetto, Claudio; Riosco Vásquez, Alberto; Vargas Carreño, Edmundo; Espaliat Larson, Astrid; Gamboa Serazzi, Fernando; Fernández Illanes, Samuel, y Arévalo Cunich, Álvaro. (2009). “Un

fallo del Tribunal Constitucional sujeto a la crítica”, Diario El Mercurio, 22 de septiembre de 2009.

Ruiz Piraces, Roberto. (2016). La incorporación de los Tratados Internacionales al Derecho Interno en Chile. *Revista Podium*, N° 30, Guayaquil, Universidad Espíritu Santo, pp. 57-69.

Sagüés, Néstor Pedro. (1993). *Elementos de derecho constitucional*. Tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea.

Sánchez Rodríguez, L. I.; González Campos, I. D., y Saenz de Santamaría, M. P. (2008). *Curso de Derecho Internacional Público*. Cuarta Edición. Madrid, Editorial Civitas.

Silva Bascuñán, Alejandro. (1989). Reformas sobre Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, Septiembre-Diciembre. Santiago, Universidad Católica de Chile.

Stern, Klaus. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

Torres del Moral, Antonio. (2004). *Principios de Derecho Constitucional Español*. Quinta edición. Madrid, Editorial Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

Troncoso, Claudio y Vial, Tomás. (1993). Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución. XXIV Jornadas de Derecho Público. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad Católica de Chile. Volumen 20, N° 2 y 3. Tomo II. Mayo a diciembre 1993.

Troncoso R., Claudio. (2010). Control de Constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de Derechos Humanos*, pp.149-157.

Varas Alfonso, Paulino. (1993). El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución. XXIV Jornadas de Derecho Público. *Revista Chilena de Derecho*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile. Volumen 20, N° 2 y 3. Tomo II mayo a diciembre .

Vega, Francisco y Zúñiga, Francisco. (2006). El nuevo recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, pp. 135 - 174.

IV. CONGRESO INTERNACIONAL CONSTITUCIONAL

Congreso Internacional Constitucional

Primera jornada - 4 de octubre:

09:00 Acto de Inauguración en el Senado:

- D^a. **Ana Pastor Julián**, Presidenta del Congreso de los Diputados
- D. **Pío García- Escudero Márquez**, Presidente del Senado
- D. **Juan José González Rivas**, Presidente del Tribunal Constitucional
- D^a. **Yolanda Gómez Sánchez**, Directora del CEPC

09:30-10:45 Primera mesa: "*Procesos de Transición Política en Iberoamérica* "

Moderadora: D^a. *Rebeca Grynszpan*, Secretaria General de la SEGIB

- D. **Vicenc Mateu Zamora**, Consejo General del Principado de Andorra
- D. **Federico Ramón Puerta**, Embajador de Argentina
- D. **Francisco Ribeiro de Menezes**, Embajador de Portugal
- D. **Juan Pablo de Laiglesia y González de Peredo**, Secretario de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica y el Caribe
- D^a. **Ana Pastor Julián**, Presidenta del Congreso de los Diputados
- D. **Pío García-Escudero Márquez**, Presidente del Senado

11.00 – 12:30 Segunda mesa: "*Significado de la Constitución española de 1978*"

Moderador: D. *Benigno Pendás*, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad CEU San Pablo y Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

- D. **Manuel Aragón Reyes**, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
- D. **Santiago Muñoz Machado**, Catedrático de Derecho Administrativo. de la Universidad Complutense de Madrid, Académico de la Real Academia Española y Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
- D^a. **Paloma Biglino**, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid
- D. **Javier Gomá**, Director de la Fundación Juan March
- D. **Javier García Roca**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid
- D. **Eliseo Aja**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona

Pausa-café de 12.30 a 13 h.

13:00- 14:15 Tercera Mesa: ***“La Constitución española de 1978 y Europa”***

Moderador: *D. Marcelino Oreja Aguirre*, ex-Ministro de Asuntos Exteriores

- D. **Giuseppe De Vergottini**, Profesor Ordinario Emérito de la Universidad Bolonia
- D^a. **Tania Groppi**, Profesor Ordinario de la Universidad de Siena
- D. **Christian Starck**, Profesor emérito de la Universidad de Göttingen
- D. **Joseph Weiler**, Profesor de la New York University y del Colegio de Europa en Brujas
- D. **Alfonso D’Oliveira**, Rector de la Universidad de Lusíada
- D^a. **Laurence Burgogue-Larsen**, Profesora de la Universidad de Paris 1 Panthéon Sorbonne

Segunda jornada - 5 de octubre:

10:00-12:00 Cuarta Mesa: "*La proyección e influencia de la Constitución española de 1978*"

Moderador: *D. Alfonso Guerra González*, ex-Vicepresidente del Gobierno

- **D. Pedro González-Trevijano**, Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
- **D^a. Teresa Freixes**, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona
- **D^a. María Luisa Balaguer**, Magistrada del Tribunal Constitucional y Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga
- **D. Diego Valadés**, Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México
- **D. Cesar Landa**, Profesor de Derecho Constitucional y ex-presidente del Tribunal Constitucional de Perú
- **D. Alberto Dalla Vía**, Presidente de la Cámara Nacional Electoral de Argentina
- **D. Humberto Nogueira**, Presidente Coordinador de las Asociaciones de Derecho Constitucional de América del Sur.
- **D^a. Magdalena Correa**, Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia

Pausa-café de 12:00 a 12:30

12:30-14:00 Quinta mesa: "*La Constitución de 1978: presente y futuro*"

Moderadora: *D^a. Victoria Prego Oliver y Tolivar*, periodista y Presidenta de la Asociación de la Prensa de Madrid

- D. **Javier Tajadura Tejada**, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco
- D. **Josep M^a Castellá Andreu**, Profesor Titular de Derecho Constitucional, de la Universidad de Barcelona
- D^a. **Ana M^a Carmona Contreras**, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla
- D^a. **Irene Delgado Sotillos**, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Educación a Distancia



CORTES GENERALES

constitución



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA, RELACIONES CON LAS CORTES
Y SILENCIO

CENTRO DE ESTUDIOS
POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

