

5.- Conferencia sobre “La Reforma Constitucional” pronunciada por Francisco Rubio Llorente en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 28 de octubre de 2004.

LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Francisco Rubio Llorente, Presidente del Consejo de Estado

SUMARIO: Introducción. 1. El concepto de reforma constitucional.- 2. La necesidad de reformar las reglas de sucesión en el Trono.- 3.- La necesaria reforma constitucional del Senado.- 4.- La necesidad de constitucionalizar la existencia de las Comunidades Autónomas.- 5. La necesidad de reformar la apertura de la Constitución a la integración de España en la Unión Europea.-

Introducción. El objeto de la presente conferencia, como indica su título, es el de exponer las razones por las que creo que la reforma constitucional que se nos ha anunciado es efectivamente necesaria. Apenas parece necesario precisar que se trata de mis propias razones. No hablo, ni podría hablar, en nombre del Consejo de Estado, que no ha tenido aún ocasión de abordar el estudio de estas cuestiones; menos aún en nombre del Gobierno, del que no formo parte ni recibo instrucciones. No soy portavoz de órgano alguno, sino autor y responsable único de lo que digo. Al obrar así, no intento eludir los deberes que me impone el cargo que hoy ocupo, ni ignorar la lealtad que debo al Gobierno que me llevó a él, sino muy al contrario, cumplir aquéllos y respetar ésta de la manera más escrupulosa. Creo sinceramente que en estos momentos, deberes y lealtad me obligan, por un lado a salvaguardar al máximo la libertad de criterio del órgano que presido y a no estorbar en absoluto la obra del Gobierno, pero también, por otro, a contribuir al inicio de un diálogo

abierto a todos. No tengo la pretensión de convencer a nadie, pero sí la esperanza de que mis ideas sirvan al menos de incitación para que se animen a exponer las suyas todos los que tienen voz en nuestro espacio público. Es evidente que si la reforma constitucional ha de hacerse, ha de estar respaldada no sólo por aquellos partidos cuyo concurso es matemáticamente imprescindible, sino también por otros, y es igualmente obvio que ese consenso sólo puede lograrse a partir de un debate en el que participen, o tengan ocasión de participar, todas las fuerzas políticas y sociales y puedan exponerse todas las opiniones razonadas.

Para despejar equívocos, también sea tal vez necesario aclarar, por último, que, salvo quizás en un punto concreto, las ideas que a continuación expondré no han influido ni han podido influir en la decisión del Presidente del Gobierno de incluir la reforma constitucional en su programa. Unas, las que a mi me parecen más importantes, por la buena y simple razón de que no las conocía ni podía conocerlas, puesto que aunque yo venía dándole vueltas desde hace bastante tiempo, ni en público ni en privado, ni por escrito ni de palabra, se las había dado a conocer ni a él ni a nadie. Otras, simplemente porque no existían. En dos puntos concretos, el de la modificación en el orden de sucesión en el Trono y el de la reforma del Senado, la opinión que yo había sostenido en público era por lo menos reticente sobre la necesidad de la reforma, de manera que lo que ahora pienso es producto de una reflexión posterior al anuncio del programa. De los cuatro puntos que lo componen, el único en el que cabría pensar que mis propias ideas han podido tener alguna influencia, es el de la reforma de las normas sobre las que se apoya nuestra integración en la Unión Europea y a él se refiere la salvedad que más atrás hice, pero tampoco parece probable que haya sido así.

Salvo en un solo caso, el de la sucesión en el Trono, la reforma constitucional de cada uno de los puntos incluidos en el Programa del Gobierno, aun manteniendo la misma orientación, puede concebirse de modos distintos, con diferente alcance y mayor o menor grado de profundidad, y por tanto su necesidad puede argumentarse también con razones diversas. Las que yo doy, parten de la concepción que expongo y que no es, repito, la única. A mi juicio, es la más restringida de las posibles, pero tal vez algunos la consideren excesiva y otros quizás insuficiente. Ojalá sea así. Para que entre todos podamos encontrar la solución más adecuada a nuestros problemas, es indispensable que todos aceptemos el

riesgo de equivocarnos al exponer lo que pensamos y estemos dispuestos a reconocer nuestro error cuando se nos dan razones que lo evidencien. En el diálogo racional, cuando “se la acierta mal”, no hay que sostenerla, sino enmendarla.

La complejidad del tema y la limitación del tiempo que razonablemente puede consagrarse en una exposición oral, obligan a una exposición muy sintética y apretada. Pese a ello, creo que antes de entrar en las razones que abonan la necesidad de los cambios propuestos y el diverso contenido posible de tales cambios, son indispensables algunas consideraciones generales sobre el significado de la reforma constitucional en abstracto. Sobre el concepto de reforma constitucional, cabría decir.

1. El concepto de reforma constitucional.-

Pese a la ominosa resonancia académica del epígrafe, no intento entrar aquí en la compleja discusión dogmática que tanto nos ha ocupado a los juristas, sino sólo hacer algunas consideraciones que ni siquiera me atrevo a incardinar en una disciplina científica, pues aunque pueden apoyarse en doctos trabajos de Teoría de la Constitución o de Ciencia Política, derivan simplemente del sentido común.

La primera de ellas es la de que la reforma constitucional no es respuesta a una situación patológica, sino un hecho fisiológico. La Constitución se reforma porque la reformabilidad es un componente necesario de las Constituciones. La vieja discusión sobre la imposibilidad ética de que una generación sometiese a su voluntad a las generaciones futuras, que todavía llevó a Jefferson a exigir que la Constitución fuese sometida a plebiscito cada veinticinco años, quedó ya muy atrás. La licitud ética y la conveniencia política de las Constituciones rígidas, están fuera de cuestión desde hace doscientos años. En parte por las razones que ya Madison defendió con elocuencia; en parte por la evidencia de que la rigidez constitucional, por grande que sea, no impide que las generaciones futuras cambien la Constitución, sin reformar su texto, limitándose a leerlo de otra forma, o incluso dejando caer en el olvido algunos de sus preceptos. La historia constitucional de los Estados Unidos de América, la más larga del planeta, ofrece abundantes ejemplos de lo primero y alguno de la *desuetudo*.

Pero el triunfo del paradigma de la rigidez constitucional no ha llegado hasta el punto de considerar admisible la existencia de Constituciones inmodificables. Hay algunas

Constituciones que incluyen cláusulas concretas de inmodificabilidad, pero si se acepta, como parece razonable, que la idea misma de Constitución entraña la existencia de límites implícitos, que ni siquiera el poder constituyente puede ignorar, la práctica universal induce a pensar que uno de estos límites es precisamente el de la rigidez absoluta. Todas las Constituciones prevén un procedimiento de reforma, aunque difieran en su regulación, siendo por lo general las Constituciones europeas más flexibles que la norteamericana.

Esas diferencias se explican por razones diversas. Las que existen entre el constitucionalismo europeo y el norteamericano, tienen seguramente raíces muy profundas. La más aparente es quizás el muy distinto sentido que la idea federal tiene a uno y otro lado del Atlántico, pero cabe pensar que la rigidez que implica la necesidad de que la reforma constitucional sea aprobada por los Estados, no hubiera podido mantenerse si la existencia de la *judicial review* no hubiese facilitado el cambio sin reforma, y que es justamente la larga resistencia de los países europeos a aceptar esta institución, la que los ha obligado a introducir procedimientos menos engorrosos para la reforma formal de sus Constituciones. Como esa resistencia nace a su vez de la adhesión a un paradigma jurídico de muy larga tradición, no parece exagerado decir que, en este como en otros puntos, la raíz última de las diferencias entre el constitucionalismo europeo y el norteamericano nacen de las que median entre *civil law* y *common law*.

Las diferencias existentes entre los países europeos, no tienen raíces tan hondas y son producto más bien de circunstancias ocasionales, o de una tradición que ha perpetuado las fórmulas que un día se acogieron en razón de estas. Las Constituciones más flexibles, se limitan a exigir para la reforma una mayoría cualificada, una exigencia a la que, en Constituciones menos flexibles, se suma la del referéndum, facultativo u obligatorio. Las Constituciones más rígidas de la Europa de los Quince, requieren para su reforma la aprobación, siempre mediante mayorías cualificadas de dos tercios o tres quintos, por dos legislaturas sucesivas, una aprobación que, en el caso danés, como en el procedimiento previsto en el artículo 168 de nuestra propia Constitución, ha de ir seguida de un referéndum.

En todo caso, y sea cual sea la dificultad del procedimiento de reforma, ésta es un hecho frecuente en los países europeos. En Alemania y Austria, las reformas se producen con una cadencia casi anual. Pero sin llegar a estos casos extremos, tampoco en los demás

es la reforma constitucional un hecho infrecuente. Por ejemplo, y para tomar en cuenta sólo aquellos casos en los que la reforma ha de ser aprobada, como en nuestro procedimiento agravado, por dos legislaturas sucesivas, (aunque sin referéndum subsiguiente), y sólo las reformas producidas con posterioridad a 1978, aunque la Constitución objeto de la reforma ha entrado en vigor en algunos casos después de esta fecha, los datos que extraigo del Boletín de Documentación publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en mayo del pasado año 2003, son los siguientes: la Constitución belga de 1994 había sufrido siete reformas, que afectaban a 21 preceptos distintos; la griega de 1975, dos reformas, que se extienden a 113 preceptos; la de Luxemburgo de 1868, ha experimentado desde 1978 hasta 2003, nueve reformas, que han cambiado 39 artículos y la de los Países Bajos de 1983, seis reformas de 48 preceptos. De las siete Constituciones de los Estados que integraban la Unión Europea hasta el pasado mes de junio en las que la reforma requiere la aprobación por dos legislaturas sucesivas, sólo dos, la danesa de 1953 y la finlandesa de 1999 no habían sido reformadas antes del año 2003.

No cabe atribuir por tanto a la dificultad del procedimiento de reforma, la extremada rigidez práctica de la nuestra, modificada en una sola ocasión y por el procedimiento más simple. Tampoco puede imputarse la rigidez al hecho de que dominen entre nosotros teorías constitucionales para las que la reforma constitucional sea en sí misma, como categoría, una institución ética o políticamente cuestionable. La resistencia a la reforma, o para ser más preciso, a una reforma que de un modo u otro afecte al sistema de división territorial del poder, sólo puede atribuirse en consecuencia a un juicio pesimista sobre nuestro presente. Al pesimismo resignado que lleva a pensar que, pese a sus notorias imperfecciones, ese sistema es el mejor de los posibles, o al pesimismo antropológico sobre la capacidad de las generaciones en cuyas manos está hoy la vida del país para reestablecer en un nivel más alto el equilibrio que en 1978 lograron sus mayores; o tal vez a estas dos formas de pesimismo. Aunque esta actitud puede razonarse a partir de datos objetivos, su fundamento último, como el de la optimista que se le opone, está en la concepción del mundo de la que parten quienes las sustentan. El tema es apasionante, pero aun si tuviera fuerzas para perseguirlo, no podría hacerlo sin apartarme del objeto de esta conferencia, al que vuelvo para ocuparme de la segunda de estas consideraciones generales que les anunciaba.

Se trata de una consideración muy simple, pero no por ello innecesaria: la de que lo único que autoriza a emplear el artículo determinado singular para referirse a “la” reforma constitucional, como se hace en el título de esta conferencia, es el hecho de que el impulso de esa reforma es parte de un Programa de Gobierno. La unidad está solo en el impulso, no en el objeto mismo de la reforma, pues lo que se propone es realmente un conjunto de reformas sobre temas muy distintos. Una “cesta” de reformas, para utilizar el término que Cruz Villalón ha empleado recientemente en un artículo de prensa. Es claro sin embargo, que, tanto desde el punto de vista jurídico formal, como desde el sustancial, los distintos puntos cuya reforma se propugna, han de ser analizados y tratados separadamente. Que hay que afrontar la eventualidad de que la propuesta sea apoyada en relación con unos y no con otros, e incluso que para ponerlos en práctica se acuda a procedimientos distintos. Para despejar equívocos, me apresuro a decir que a mi juicio la reforma es necesaria en todos los casos, y que de los cuatro puntos enunciados, el único que probablemente debería tramitarse por la vía más rápida que ofrece el artículo 167 de nuestra Constitución, es el que se refiere a la relación entre ésta y el Tratado de la Unión, o dicho en términos más amplios, a la fundamentación constitucional del proceso europeo de integración. Dos de los tres restantes, aunque lleven a la modificación de preceptos que literalmente no se encuentran entre los que requieren acudir al procedimiento agravado, afectan profundamente a un principio fundamental de nuestro orden constitucional y pueden ser considerados, en consecuencia, como manifestación de una reforma total.

La diversidad de preceptos y/o instituciones afectados por la reforma, la multiplicidad de razones que abonan la necesidad de acometerla, e incluso la utilización de vías diferentes para llevarla a cabo, no rompen sin embargo la unidad política de la iniciativa de reforma constitucional, sobre la que querría hacer una última consideración para cerrar este capítulo.

La capacidad para adoptar una iniciativa de reforma constitucional, corresponde, según nuestra Constitución (en adelante CE), al Gobierno, a las dos Cámaras de las Cortes Generales y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Es claro sin embargo, que antes de que esta iniciativa formal se concrete, ha de existir una iniciativa material o política que sólo los partidos políticos, como actores privilegiados del proceso político pueden adoptar. Es evidente también que, salvo en supuestos muy excepcionales,

difícilmente imaginables sino en el caso de reformas triviales y de contenido predeterminado, como la única que hasta el presente se ha operado en España, esta iniciativa ha de ser en su origen producto de una decisión, por así decir, particular. Obra de un partido, o de varios de ellos, que directamente la transforman en iniciativa formal, o que antes de llegar a ese estadio, intentan conseguir, mediante negociaciones más o menos largas, el apoyo de otros partidos y, en el caso ideal, el de todos ellos. Como la exigencia constitucional de mayorías reforzadas para la reforma trata precisamente de impedir que ésta sea obra de un solo partido, ésta negociación previa es siempre por lo común inexcusable, de manera que en la iniciativa política de la reforma cabe distinguir dos momentos distintos, el del impulso inicial y el de la negociación ulterior.

Este proceso complejo de la iniciativa política de la reforma es un tema menos estudiado que el de la iniciativa formal, aunque hay estudios sumamente interesantes, más atentos en general a la realidad norteamericana que a la europea. En muchos de ellos, se utiliza para señalar la diferencia entre el proceso legislativo y el de reforma la contraposición entre *politique politisante* y *politique politisée*. Aunque estas expresiones tienen un contenido más rico, con su empleo se intenta subrayar al menos que, en tanto que la reforma legislativa pretende imponer soluciones “de partido”, en el doble sentido de que responden a los valores propios de un partido y le resultan útiles para ganar el poder, o conservarlo, la reforma constitucional sólo puede estar orientada hacia el interés de la comunidad misma, que es por ello común a todos los partidos, y sólo puede estar inspirada por valores y conveniencias que todos compartan.

A partir de esas ideas, y refiriéndome sólo al caso español, querría hacer unas pocas observaciones muy simples, pero que quizás se perciben mejor desde la distancia que desde el interior del debate político, y que tienen alguna utilidad para comprender las exigencias del procedimiento de reforma.

La iniciativa de reforma constitucional difiere de la de reforma legislativa, tanto por su procedimiento como por su objeto. En lo que toca al procedimiento, la exigencia de mayorías reforzadas, que en el procedimiento agravado han de ser además sucesivas, hace que la inclusión de la reforma constitucional como uno de los puntos cardinales en un programa político-electoral, tenga algo de paradójico. La finalidad legítima de un programa de ese género es naturalmente la de derrotar en las urnas al adversario político y,

en la medida de lo posible, crear las condiciones para que el triunfo obtenido tenga continuidad en sucesivas legislaturas. Sin embargo, la posibilidad de que el programa tenga éxito en ese punto concreto, y en ello radica lo paradójico, depende esencialmente de la voluntad del adversario político, sin cuyo concurso la reforma no es realizable. Esa situación parece colocar al partido que adopta la iniciativa en una posición de desventaja. Si la reforma se logra, el éxito no será sólo suyo, sino compartido con el adversario político, en tanto que si se malogra, sólo él habrá fracasado. La desventaja no es sin embargo tan grande como pudiera parecer, pues para que el fracaso de los proponentes se convierta en éxito de quienes se opusieron a la reforma, es necesario que estos estén en condiciones de demostrar que, dadas las circunstancias, la situación existente, es teórica o prácticamente inmejorable y esta demostración ha de hacerse, como la de la necesidad de la reforma, sin acudir a razones de partido.

Una reforma constitucional no intenta, en efecto, incidir directamente sobre la vida de la sociedad en nombre de valores que quizás no toda ella comparte por igual, o introducir en el aparato estatal cambios que el legislador del futuro podrá a su vez modificar sin mayor esfuerzo. Se trata de alterar, en este o aquel punto concreto, el marco mismo en el que la política se ha de desarrollar en el futuro, un cambio que sólo puede propugnarse o combatirse a partir de valores muy ampliamente compartidos y en función de las consecuencias duraderas y generales que de ellos cabe esperar. Como la mayor parte de las reformas constitucionales incluidas en el programa del Gobierno no podrán quedar concluidas dentro de la actual Legislatura, que debe limitarse a una aprobación de principio, quedando la aprobación final y de detalle para la Legislatura siguiente, esta necesidad de que la empresa esté apoyada en valores compartidos llega al extremo. Si todo va bien para quienes creemos en la necesidad de la reforma, en las próximas elecciones generales ésta habrá de formar parte del programa de al menos los dos grandes partidos nacionales. Una situación que se ajusta bien a la opinión expresada por Bruce Ackerman cuando dice, que sólo al ocuparse de la reforma constitucional actúan los miembros del Parlamento como auténticos representantes de la totalidad, y no, como es lo habitual, únicamente de aquella parte que comparte su ideología y los apoya electoralmente. Que sólo entonces su representación se conforma a la idea normativa y se aparta de la práctica común, que es representación “semiótica” y no simplemente “mimética”.

2. La necesidad de reformar las reglas de sucesión en el Trono.-

Para centrar la cuestión que plantea el propósito de reformar la Constitución en este punto, conviene depurarla mediante dos advertencias previas.

La primera de ellas es la de que, como dijo Jellinek, "...sólo en sentido figurado cabe hablar de herencia de la Corona... (pues) No es el Monarca el que hereda la Corona, sino la Corona el Monarca; con el cambio en el Trono, la institución permanente asume un nuevo titular". La sucesión en el Trono no es una relación de Derecho Civil, sino de Derecho Público Constitucional, ni hay en este sentido una relación sucesoria entre el nuevo Monarca y el anterior. Quien accede al Trono lo ocupa por derecho propio, por reunir las condiciones que la Constitución exige para ello, no por aplicación de las normas civiles que regulan la sucesión, aunque tales normas deriven inmediatamente de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición personal o social, o imponen la igualdad de los hijos con independencia de su filiación. Tan constitucional como estas reglas es la que impone la preferencia del varón sobre la mujer, y por tanto, desde el punto de vista jurídico, no cabe hablar de contradicción entre unas y otras, ni hay necesidad alguna de modificar aquélla para acercarla a éstas, que es lo más que cabe hacer, pues acomodarla por entero es por definición imposible.

La segunda advertencia, que deriva inmediatamente de la anterior, es la de que, como se dice en la Sentencia 126/1997 del Tribunal Constitucional, existe "una nítida distinción entre el orden de sucesión en la Corona...y el orden regular de la transmisión *post mortem* de los títulos nobiliarios", acerca de la cual no existe previsión constitucional alguna. Las referencias que la Constitución hace a estos títulos en los artículos 56.2 y 57.2 se circunscriben a los que son anejos a la Corona, no a los restantes, que como también se dice en el Voto Particular formulado a esa sentencia, aunque no están constitucionalmente prohibidos, tampoco están constitucionalmente garantizados.

La necesidad de reformar la Constitución en este punto no viene por tanto de la de salvar una inexistente contradicción interna de la Constitución, o de acomodar la sucesión en el Trono a las reglas que rigen la sucesión hereditaria, pues como se acaba de decir,

nada, salvo el nombre, hay en común entre estas dos instituciones. Las razones que la abonan no son jurídicas, sino políticas, y derivan, a mi juicio, del cambio operado en nuestro sistema institucional. Más precisamente, del hecho de que la legitimidad constitucional de la Monarquía ha eclipsado definitivamente otras formas de legitimidad que, para fortalecer la institución, se hicieron valer en el momento constituyente.

Ya en aquel momento, en efecto, se intentó eliminar del texto constitucional la regla de la varonía, suprimir la preferencia del varón sobre la mujer. Al responder, para desecharla, la enmienda que con ese fin presentó en el Senado el Sr. Villar Arregui, el Sr. Satrústegui argumentó que al reconocer como Rey a D. Juan Carlos I de Borbón, la Constitución lo presentaba como “heredero legítimo de la dinastía histórica” y que en consecuencia lo que se constitucionalizaba era, por así decir, no tanto la persona como la dinastía misma y con ella, sus propias reglas para la sucesión en el Trono. A mi me pareció, y me sigue pareciendo, un argumento brillante y en aquel momento de reinstauración de la monarquía, absolutamente decisivo.

Veinticinco años después, la legitimidad de la institución, aunque no puede separarse nunca de sus raíces históricas, no depende de ellas, sino de la propia Constitución y por ello también de los valores que esta incorpora. En la larga serie de transformaciones que a través de los siglos, e incluso de los milenios, ha experimentado la idea de Corona, hemos llegado a un punto en el que ésta se identifica con una magistratura vitalicia, cuyos titulares acceden a ella en virtud de reglas singulares. La singularidad ha de reducirse sin embargo a lo estrictamente necesario para que la continuidad de la institución no sufra daño, no en lo que exceda de ello. El derecho histórico al que la Constitución reenvía al referirse al “orden regular”, es seguramente necesario en cuanto sirve para preservar la unidad de la comunidad política y establecer reglas claras. El principio de primogenitura y representación, el orden de preferencia entre líneas, y de grados dentro de ellas, son por ello indispensables; sin duda, también lo es la fijación de un orden de preferencia dentro del mismo grado, pero esa función la cumple sobradamente el principio de la mayor edad. La preferencia del varón sobre la mujer es, en consecuencia, una singularidad innecesaria y por eso mismo prescindible. La conveniencia de eliminar lo superfluo puede justificar por sí misma, como veremos después, la necesidad de la reforma, pero en este caso, esa necesidad viene sobre todo del hecho de que esa singularidad

superflua, choca frontalmente con un principio, el de la igualdad entre los sexos, que no es sólo un principio basilar de la ética contemporánea, sino uno de los elementos capitales de la civilización occidental. Es esta necesidad de acomodar la institución a la ética de nuestro tiempo y de nuestro mundo occidental, la que hace imperiosa esta reforma, a favor de la cual, por lo demás, podrían aducirse argumentos derivados del Derecho Comparado.

Esta reforma se localiza por lo demás en preceptos muy concretos de la Constitución, (el Apartado Primero del Artículo 57 y quizás, para acomodarlos a ese cambio, los pocos lugares- artículos 57.2, 59.2 y 61.2- en los que se habla de Príncipe Heredero o Príncipe de Asturias, siempre en masculino) y no plantea problema técnico alguno. Sin duda es necesario redactar el texto de manera que la reforma, sea cual fuere su fecha, deje a salvo el derecho del actual Príncipe de Asturias, pero ese es un problema técnico menor que puede resolverse de muchas formas distintas.

3.- La necesaria reforma constitucional del Senado.-

Y paso con ello a la segunda de las reformas anunciadas: la del Senado, acerca de cuya necesidad, bastaría seguramente con decir que mi opinión no difiere de la del resto de los españoles; al menos de aquellos españoles que tienen una opinión al respecto, incluidos muy en primer lugar los propios senadores, que en su inmensa mayoría creen desde hace tiempo que es necesario reformar la institución. De hecho, en el propio Senado se viene trabajando sobre ello al menos desde la V Legislatura, sobre todo a través de la Comisión Especial creada en 1996 y que llevó a cabo análisis muy valiosos. Desgraciadamente, esa Comisión especial dejó de reunirse, a finales de 1998, sin que su esfuerzo haya tenido continuidad.

El convencimiento, que creo bastante generalizado, sobre la necesidad de reformar el Senado, nace de la evidencia de que en su configuración actual, la aportación de esta Cámara a la vida del Estado es escasamente útil y a veces incluso perturbadora. Cabría atribuir esa escasa utilidad de nuestra segunda Cámara al limitado poder que la Constitución le otorga, reducido en la mayor parte de los casos a la posibilidad de oponer un veto suspensivo, una posibilidad de la que además ha de hacer uso en plazos muy breves. Pero el objetivo de la anhelada reforma no es el de hacer un Senado más fuerte, sino un Senado distinto. El deseo que empuja la voluntad de reforma no es el de remediar la

impotencia, sino el de acomodar el Senado a la definición que la Constitución da de él. Convertirlo en Cámara de representación territorial. Durante algún tiempo se creyó posible alcanzar este objetivo sin reformar la Constitución, mediante cambios en el Reglamento de la Cámara, pero la futilidad de este intento ha quedado demostrada por la actitud mantenida por el Gobierno y el partido que lo sostenía a lo largo de la última legislatura.

En términos puramente literales, la aspiración de convertir el Senado en una Cámara de representación territorial podría parecer carente de lógica, pues el principio que inspira la composición del Senado, es *prima facie* el propio de las Cámaras de representación territorial, en cuanto que todas las provincias tienen en él el mismo número de representantes, con independencia de cual sea su población. Es obvio, sin embargo, que ese juicio sería erróneo. Las provincias no operan como entidades representadas, sino como simples circunscripciones electorales, y la voluntad del Senado resulta, como la del Congreso, de la relación de fuerzas existentes entre los distintos grupos políticos. Ambas Cámaras actúan por lo general en paralelo, aunque ocasionalmente y de manera puramente azarosa, se produzcan divergencias leves, producto de las diferencias, por lo demás tampoco muy acusadas, que existen entre los respectivos sistemas electorales. El carácter puramente partidista y no territorial del Senado, viene en definitiva del hecho de que los territorios que según su configuración actual podría representar, las provincias, no son susceptibles de representación. No son, al menos en la inmensa mayoría de los casos, "cuerpos políticos", entes dotados de una voluntad política propia.

Tras la transformación en acto de lo que en la Constitución aparecía sólo en potencia, los únicos entes territoriales dotados de autonomía política y no simplemente administrativa, son las Comunidades Autónomas y es en consecuencia la conversión del Senado en una Cámara representativa de las Comunidades, lo que con su reforma se pretende conseguir. Los frutos que de esa reforma se esperan son, en primer lugar, el de asegurar una participación eficaz y ordenada de las Comunidades en la vida del Estado, y muy especialmente en el ejercicio de la potestad legislativa. Abrir un cauce eficaz a la relación conjunta de las Comunidades con las instancias centrales del Estado. Acentuar, como con frecuencia se dice, la multilateralidad, aunque sin excluir por completo el mantenimiento de las relaciones bilaterales. Conseguir, de este modo, que las Comunidades escapen a la tentación de enfocar sus propios problemas desde una perspectiva puramente

localista y reforzar la aceptación social de las leyes, cuya responsabilidad última debe quedar sin embargo en manos del Congreso de los Diputados, como representación directa, sin mediaciones territoriales, del pueblo soberano.

El amplio consenso existente acerca de la necesidad de reformar el Senado, e incluso sobre la finalidad última de esa reforma, no se extiende sin embargo al modo de llevarla a cabo. Aunque las razones de la divergencia no sean las mismas en el uno y el otro, tanto en el mundo académico como en el político hay opiniones muy divergentes sobre las funciones que el Senado ha de desempeñar, el alcance de sus poderes, y quizás sobre todo, acerca de cual debe ser su composición. Es inevitable que sea así porque el problema no tiene fácil solución. Los modelos extranjeros, en los que es fácil encontrar inspiración para hacer frente a necesidades que se plantean en todas parte en términos iguales o muy parecidos (por ejemplo, la garantía de los derechos fundamentales), son menos aprovechables cuando la finalidad que se intenta satisfacer es la de proyectar en el plano de las instituciones estatales una realidad social peculiar, pues en esta materia la comparación sólo puede establecerse en términos muy abstractos.

A la dificultad que viene de esa necesidad de inventar, de hacer en buena medida obra nueva, se añade la que resulta de la escasa precisión de la categoría central hacia cuya realización se orienta todo el esfuerzo. La noción puramente intuitiva de representación territorial se hace más y más opaca cuanto más se ahonda en ella, y es indispensable ir hasta el fondo para realizarla. Ni siquiera en su forma más simplista, que parte, por así decir, de la equiparación entre "territorio" e individuo, y atribuye a cada territorio un voto (o dos, como en los Estados Unidos de América) resulta sencillo realizarla, pues siempre cabrá discutir quien y cómo han de elegir o nombrar a esos representantes del territorio, que por definición no es una simple circunscripción electoral, sino un cuerpo político estructurado y dotado en consecuencia de órganos propios. Pero además, esta forma simplista de dar a todos los "territorios" la misma representación, con independencia de cuales sean sus dimensiones geográficas o demográficas, conduce inevitablemente a situaciones de *infra-* y *supra-*representación que pueden perturbar gravemente el funcionamiento del sistema en su conjunto, atribuyendo por ejemplo, como sucede actualmente, un peso desproporcionado a la población rural en relación con la urbana.

A estas dificultades intrínsecas de la tarea de estructurar un sistema de representación territorial, se suman por último las circunstanciales propias de toda reforma, pues la modificación del *statu quo*, beneficia siempre a unos y perjudica a otros. En este caso, parece a primera vista que sea cual sea cual sea la fórmula acogida para dotar de representación a las Comunidades Autónomas, el cambio reducirá, en términos absolutos o relativos, el número de senadores elegidos en aquellas Comunidades que tienen muchas provincias. Si además del número de provincias, se toman en cuenta las cifras de población, la pérdida será aun mayor si esas provincias están poco pobladas etc. Pero si las consecuencias puramente matemáticas del cambio son por así decir lineales y su determinación se hace difícil sólo en razón de la variedad de los supuestos posibles, el establecimiento de las consecuencias políticas requiere análisis mucho más complicados. Aunque parece razonable pensar que cada Comunidad Autónoma como tal se sentirá perjudicada por la disminución en el número de Senadores que corresponden a su territorio, y beneficiada por su aumento, no es seguro que los partidos, actores reales del proceso político, valoren esos cambios del mismo modo. No es imposible, por ejemplo, que la dirección nacional de un partido con pocos votos en el territorio de una determinada Comunidad vea con un gusto más o menos disimulado la reducción del número de escaños atribuidos a ésta y que, por el contrario, los dirigentes nacionales o regionales de un partido que se beneficia de la subrepresentación del voto urbano en una determinada Comunidad, lamenten en el fondo de sus corazones el incremento del número de senadores de ésta, si ese incremento elimina dicha subrepresentación. Se trata en definitiva de una realidad muy compleja, que requiere análisis que no son de este lugar.

Para concluir esta sumarias consideraciones sobre los problemas que plantea reformar la composición del Senado, conviene sin embargo dejar dicho que, a muy grandes líneas, quienes entre nosotros se han ocupado de ellas están divididos entre dos opciones muy diversas. En sus formas puras, éstas son la de un Senado electivo, en el que a partir de un número mínimo de escaños, la presencia de las distintas Comunidades se pondere de acuerdo con su población, aunque no en términos de estricta proporcionalidad, y la de un Senado de tipo "Consejo", en el que, como sucede en Alemania, la representación de las Comunidades quede en manos de los respectivos Gobiernos, también con voto ponderado. Entre ambas hay una serie de formas intermedias, resultado creo en todos los casos, del

esfuerzo de los defensores del Senado electivo por evitar la recreación de un Senado dividido exclusivamente según líneas de partido, y que en algunos casos llegan a soluciones muy próximas en la práctica a las del "consejo". El hecho de que éste encuentre aparentemente más defensores en el mundo académico y el Senado electivo más en el de la política, podría hacer pensar que la primera opción está más determinada por el afán de conseguir la eficacia del órgano y la segunda más por la preocupación de vencer las previsibles resistencias frente al cambio, además, quizás de la de reducir su alcance. Se trata sin embargo de una simple especulación, ni siquiera de una hipótesis.

Más allá de algunas fórmulas muy generales y por eso mismo de escasa o nula utilidad (leyes de interés autonómico etc.), tampoco hay acuerdo, como antes señalaba, acerca de cual debe ser en concreto la intervención del Senado en el ejercicio de la potestad legislativa del Estado. En todos los trabajos que conozco, se propugna alargar el elenco de leyes cuya tramitación ha de iniciarse en el Senado y respecto de las cuales, antes de conceder la última palabra al Congreso, ha de intentarse el acuerdo de ambas Cámara a través de una Comisión Mixta paritaria. Sobre cuales hayan de ser estas materias, hay por el contrario opiniones muy diversas. Por lo demás, como muestra el ejemplo de los trabajos que actualmente se llevan a cabo en Alemania para la reforma de su propio sistema, quizás la necesidad de que nuestras Comunidades participen en la legislación del Estado esté en proporción inversa de la amplitud de sus propias competencias legislativas y sea en consecuencia menor, cuanto mayores sean éstas etc. Una prueba más, si hicieran falta pruebas, de la imposibilidad de dissociar la reforma del Senado de la que ha de versar directamente sobre el régimen jurídico constitucional de las Comunidades Autónomas.

4.- La necesidad de constitucionalizar la existencia de las Comunidades Autónomas.-

Según lo anunciado, con la reforma se quiere también incluir en la Constitución el nombre de las Comunidades Autónomas existentes. Una pretensión perfectamente razonable y cuya necesidad es fácil argumentar, pues nadie puede negar la conveniencia de que la Constitución de España, como la de cualquier otro país de estructura semejante, mencione a los entes territoriales que comparten, con las instancias centrales, el poder del Estado. A esta conveniencia puede agregarse la de eliminar un riesgo al que después me referiré.

Se trata además de una reforma en apariencia trivial, puesto que no pretende cambiar nada, sino simplemente tomar nota de una realidad constitucional que ya existe, y para conseguir este objetivo de incorporar a la letra de la Constitución lo que desde hace décadas forma ya parte de ella, para lograr que “el jurista persa” pueda satisfacer su curiosidad simplemente con la lectura, bastaría en rigor con enumerar las Comunidades al comienzo del Título VIII, siguiendo el orden de antigüedad, o el alfabético, o el geográfico, o cualquier otro basado en un criterio objetivo y sin acompañar sus nombre de ninguna otra determinación, pues las Comunidades son entes territoriales, no nacionalidades ni regiones. Cosa bien distinta es que, al hilo de esta reforma, se quiera modificar, en un sentido o el otro, el precepto constitucional que consagra el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, puesto que ese derecho ha sido ya realizado. La pretensión no sería incongruente con la constitucionalización de las Comunidades, pero no es una implicación necesaria de ésta.

Pero al margen de esta implicación simplemente posible, hay otras que son necesarias, inequívocas, y en razón de las cuales la complejidad y trascendencia de esta reforma aparentemente trivial van mucho más allá de lo que la apariencia llevaba a pensar. Sucede así porque con ella se incide directamente sobre uno de los principios cardinales de nuestra Constitución: el famoso principio dispositivo, la más original aportación de los constituyentes de 1978 al constitucionalismo universal. De ahí la complejidad y trascendencia de la reforma; de ahí también la imposibilidad de limitarla a una simple enumeración que deje intocados todos los restantes preceptos del Título VIII y de ahí igualmente mi convencimiento sobre la conveniencia de seguir para ponerla en práctica el procedimiento previsto en el artículo 168 de la Constitución. Ciertamente, ese Título no está entre los que obligan a seguir ese procedimiento, pero ni la inexistencia de obligación significa que exista una prohibición de utilizarlo para otros fines, ni sobre todo cabe negar que el abandono, o la modificación profunda de uno de los principios básicos de la Constitución, aunque para conseguirla baste con cambiar uno solo de sus preceptos, implica una reforma total de ésta.

Tengo la impresión de que entre todas las Constituciones que, en nuestro tiempo o en el pasado, han marcado el tránsito de un Estado unitario a otro políticamente descentralizado, federal o regional, la nuestra es la única en la que no se enumeran los entes

territoriales beneficiados por esa descentralización. Una omisión que se debe además al hecho extraordinario de que esos entes no existían al hacerse la Constitución, que tampoco los crea ni ordena crearlos. Crea simplemente la posibilidad de llevar a cabo esa creación por iniciativa de unos entes dotados de personalidad jurídica propia, las provincias, que actúan al servicio de otros que carecen de ella, con los que mantienen una relación difícil de precisar.

Esta curiosa singularidad es naturalmente consecuencia necesaria del famoso principio dispositivo, bien conocido, aunque quizás todavía insuficientemente teorizado. Un principio muy complejo en su formulación normativa y más aún en su práctica, que opera en dos momentos distintos, el de la creación de las Comunidades Autónomas y el de la ulterior ampliación de sus ámbitos competenciales. En el primero de ellos, el de la creación, que es el único directamente afectado por la “constitucionalización” de las Comunidades y el único que aquí tomaré en consideración, el impulso creador es formalmente, según el articulado de la Constitución, facultad de las provincias. Por razones políticas, a las que daban cauce las Disposiciones Transitoria de la Constitución, las provincias han funcionado en la práctica más bien como bloques inescindibles para la construcción de las Comunidades Autónomas, que en la mayor parte de los casos ha sido realmente obra de otros poderes. Del Gobierno central, gracias a la creación de los entes “preautonómicos” y sobre todo de los partidos políticos. Pero no es mi propósito aquí entrar en el análisis jurídico y político de este principio, que sean cuales fueren sus sombras, ha producido un resultado admirable, una renovación profunda de la estructura del Estado, liberado por fin del paradigma centralista, que se acomoda mal a la pluralidad territorial de la comunidad política española.

La necesidad de la reforma en este punto viene justamente del resultado ya logrado. Con la única excepción de las dos ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las Comunidades Autónomas estructuran ya políticamente la totalidad del territorio nacional y esta realidad ha de reflejarse en la Constitución, que no puede seguir refiriéndose a ellas como si su existencia fuera aún una indeterminada posibilidad de futuro.

La constitucionalización de las Comunidades no puede reducirse sin embargo a la simple inclusión en el texto constitucional de los nombres de las que ya existen, eliminando, o quizás sólo modificando, la referencia que ahora hace el artículo 137 a las

“Comunidades Autónomas que se constituyan”. La opción entre la eliminación o la modificación, depende naturalmente de la que se adopte respecto del principio dispositivo como principio creador de nuevas Comunidades, pero tanto si decide mantenerlo, como si se opta por prescindir de él, cerrando, por así decir el mapa político de España, es inexcusable operar sobre un buen número de artículos del Título (siete, al menos de los dieciséis que componen el Capítulo III). No porque, una vez constitucionalizadas las Comunidades Autónomas, resulten inservibles y absurdos, sino porque son absolutamente incompatibles con el sistema. Si lo que el acuerdo sobre el que ha de fundamentarse la reforma quiere conseguir es fijar el mapa político, de manera que su eventual modificación sólo pueda abordarse a través de la reforma constitucional, es indispensable eliminar de la Constitución todos los preceptos que pudieran servir de base a otras pretensiones. Si, por el contrario, se quiere dejar cauces abiertos a modificaciones territoriales que no se planteen directamente como iniciativas de reforma constitucional, aunque indirectamente la impliquen, no es jurídicamente admisible que estos cauces se configuren sin tener en cuenta la realidad. Todas las provincias españolas forman hoy parte de una Comunidad Autónoma o se identifican con ella, y en consecuencia cualquier modificación del mapa político de España es una modificación de los límites de las actuales Comunidades. La necesidad de prevenir este riesgo, que aunque improbable no es del todo inexistente, abona por sí misma, como antes dije, la necesidad de reformar la Constitución en este punto.

La constitucionalización de las Comunidades Autónomas, obliga pues a una reforma en profundidad del Título VIII. Aunque no sea estrictamente necesario, sí parece conveniente aprovechar la ocasión para incluir también en él normas cuya necesidad dimanara precisamente de la vigorosa vida de las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, las que deben regular sus relaciones de cooperación entre sí y con el Estado y, si el principio dispositivo ha de mantenerse como facultad de las Comunidades Autónomas para proponer indefinidamente la ampliación de sus competencias, también para completar los preceptos que ese Título dedica a regular la participación de las Cortes Generales en esa ampliación. En todo caso, como antes he dicho y reitero ahora para evitar en lo posible los equívocos, la reforma propuesta afecta de manera necesaria al Título VIII de la Constitución, pero no a todo él, y desde luego no a aquellos preceptos que establecen el sistema definitivo de delimitación competencial entre las Comunidades y el Estado.

5. La necesidad de reformar la apertura de la Constitución a la integración de España en la Unión Europea.-

A diferencia de lo que sucedía respecto de la reforma en la sucesión al Trono, mi convicción sobre la necesidad de reformar la Constitución en este punto viene de muy atrás y ha sido expuesta en muchas ocasiones. Creo firmemente que nuestra integración en Europa requiere una reforma de la Constitución. En primer lugar, porque el cambio es necesario para mantener el equilibrio que ella consagra, tanto entre los distintos órganos centrales del Estado, como entre estos y los de las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, porque este cambio, como pauta de una actitud común de todos los Estados miembros, es a mi juicio un poderoso instrumento para constitucionalizar el orden jurídico-político de la Unión, para hacer posible la existencia de una auténtica Constitución europea.

Nuestro país, como todos los que forman parte de la Unión, se encuentra abocado a la difícil tarea de coexistir dos órdenes jurídico-políticos, estrechamente imbricados, pero no reducidos todavía a la unidad: el orden constitucional interno, basado en la soberanía nacional, cuyo titular es el pueblo español, y el orden de la Unión Europea, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes y cuya existencia implica en consecuencia una limitación de la soberanía de los Estados. A falta de una teoría sólida y generalmente aceptada, cuya elaboración es improbable en el actual estado de desarrollo de la Unión, esta tarea sólo puede ser abordada, tanto desde ésta como desde los Estados, mediante fórmulas pragmáticas. El Tratado Constitucional de la Unión (artículo I-5) se ha cuidado de asegurar el respeto de ésta a “la igualdad de los Estados miembros y a su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional”, así como a “las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”. Este respeto, que garantiza en último término la participación de los Gobiernos en las decisiones de la Unión y que en consecuencia es tanto menos seguro cuanto mayor es el ámbito abierto a la decisión por mayoría, simple o cualificada, no basta

sin embargo para dar respuesta al problema que los Estados han de resolver y que se plantea, por así decir, en tres planos distintos. Uno, el plano fundamental de la concepción misma del Estado; los otros, los planos ontológicamente inferiores, aunque de mayor relevancia práctica, de la estructura del ordenamiento jurídico y de la organización del poder. El problema fundamental es, claro está, el de determinar cual es el límite infranqueable, si existe, más allá del cual no cabe ir sin que el Estado deje de existir como tal. Los otros problemas que, sólo por relación con él se pueden decir menores, vienen de las exigencias de la práctica y están muy estrechamente conectados entre sí. El que plantea la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno, y la alteración profunda que la integración en la Unión produce en el equilibrio constitucional entre los distintos poderes del Estado: el equilibrio entre Gobierno y Parlamento, e incluso entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, de una parte; el equilibrio entre los poderes centrales y los poderes territoriales, de la otra.

El problema fundamental es un problema político; el problema político central de la integración, cabría decir, no un problema estrictamente jurídico. Pese a ello, no cabe ignorar el esfuerzo que en algunos Estados se ha hecho para subrayar la existencia de límites infranqueables de las cesiones de soberanía, sea incorporando la idea al propio texto constitucional, sea por vía interpretativa, de la que ofrecen buen ejemplo algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán o del Consejo Constitucional francés. No intento ocuparme aquí de él, ni está en el deseo de resolverlo la razón que me lleva a creer en la necesidad de reformar nuestra Constitución también en este punto de la “apertura a Europa”, aunque, como después diré, también creo que esa reforma ha de llevarse a cabo en términos que ayuden a su solución. Mis argumentos se mueven en el plano más bajo de las exigencias de la práctica.

Las respuestas de los distintos Estados miembros a estas exigencias, han sido muy variadas. Algunos, entre los fundadores, se han limitado a ignorarlas, como en el caso de Italia. Otros han podido eludir en buena parte la cuestión de la primacía del Derecho Europeo sobre el nacional, en razón de la primacía absoluta que en sus respectivos ordenamientos se concede al Derecho Internacional, como sucede en los Países Bajos. Otros, a partir sobre todo del Tratado de Maastricht, mediante reformas constitucionales más o menos complejas, como las que, en 1992, se aprobaron en Alemania y Francia, cuyo

contenido se refleja en la Constitución de algunos de los Estados de la Europa central y oriental que recientemente se han incorporado a la Unión. En todo caso, no trato de hacer aquí una revisión del Derecho Comparado, objeto de abundantes estudios a los que pronto vendrá a sumarse, espero, el que actualmente prepara un grupo de trabajo en el seno del Consejo de Estado. Dejo por tanto aquí la perspectiva comparada, para ocuparme sólo de España.

En España, como en el resto de los países miembros, la integración europea comporta una reducción de la libertad de acción del Estado, pero esa reducción se proyecta de manera muy desigual sobre los distintos órganos y componentes de éste. Afecta más a las Cortes que al Gobierno y más a las Comunidades Autónomas que a las instancias centrales. El Gobierno participa en la elaboración de Reglamentos y Directivas comunitarias, en tanto que las Cortes, que no tienen intervención alguna en la creación de esas normas, han de aceptar que sus propias leyes se vean desplazadas por los Reglamentos y se ven forzadas a transponer unas Directivas, que cada vez dejan menor margen de libertad al legislador estatal. Las Comunidades Autónomas, de otra parte, titulares en muchas ocasiones de la competencia exclusiva sobre las materias que caen dentro del ámbito de la Comunidad Europea, carecen de facultades para contribuir a fijar la posición del Estado español en las negociaciones de las que resultan decisiones, que sin embargo han de poner en práctica, aunque, de otra parte, no sean ellas, sino el Estado en su conjunto el que responde del eventual incumplimiento de esta obligación. Formalmente, como el Tribunal Constitucional ha dicho muchas veces, la integración en Europa no altera el orden interno de competencias; materialmente, en la práctica, no cabe ignorar que se ha producido una alteración, que hasta el presente, se ha intentado corregir con medidas reglamentarias o legales de efectos muy limitados. No es seguro, en modo alguno, que baste con dotar de base constitucional a estas medidas, o a otras muchas que cabría añadir, para eliminar las distorsiones que trae aparejadas la integración en Europa, pero tampoco cabe negar que esas medidas serán más eficaces y más inexcusables si se inscriben en la Constitución los principios que las inspiran y los objetivos que han de perseguir y que además, hay medidas que sólo en el plano constitucional cabe adoptar. Los ejemplos foráneos de reformas de este género, son abundantes y bien conocidos.

La oportunidad de la reforma no viene sólo sin embargo de la necesidad de corregir el desequilibrio institucional. Con igual o mayor fuerza, la aconseja la necesidad de dotar de base constitucional al deber que nuestros tribunales tienen de asegurar la primacía del derecho europeo sobre el puramente interno. Un deber que les obliga a inaplicar las normas españolas, cualquiera que fuese su rango, cuando están en contradicción con normas europeas, y que por tanto parece *prima facie* incompatible con su sujeción al imperio de la ley. Esta sujeción, que la Constitución (artículo 117.1) proclama, es absoluta en lo que toca a la Constitución misma, y en lo que respecta a las normas de rango legal, está atenuada sólo por la facultad que la propia Constitución (artículo 163) les concede, de cuestionar su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En lo que respecta a la primacía de las normas europeas sobre las constitucionales, esta contradicción inherente a la doble condición de juez europeo y juez nacional, aunque teóricamente insoluble, será improbable en la práctica cuando entre en vigor el Tratado Constitucional Europeo. Como el ámbito en el que la colisión normativa puede producirse es sobre todo, quizás exclusivamente, el de los Derechos Fundamentales, y los Derechos que consagra el Tratado al incorporar la Carta Europea tienen, (artículo II- 113) como los enunciados en la Convención Europea de los Derechos Humanos, el carácter de mínimos, al actuar como juez europeo, el juez nacional no tendrá obstáculo alguno para aplicar su propia Constitución, si el Derecho Fundamental a considerar aparece enunciado en ésta. Más trascendencia práctica, tiene a mi juicio la eventual contradicción entre la norma europea y la interna de rango legal. Como de acuerdo a la doctrina *Simmental*, el juez "europeo" ha de inaplicar la norma nacional sin cuestionarla previamente ante el Tribunal Constitucional, la sujeción a la ley desaparece, o se transforma en una sujeción de otro género. Sujeción al Derecho, si se quiere, pero no sujeción a la ley formal, ya que cuando no es juez de última instancia, el juez nacional puede decidir la inaplicación de la ley propia en virtud de su propio juicio, sin plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo de Justicia. Es cierto que ese juicio del juez inferior puede ser corregido por el de última instancia, sobre el que sí pesa la obligación de consultar la cuestión al Tribunal de Luxemburgo, y que normalmente así se conseguirá impedir que prevalezcan decisiones absurdas, pero como todos los sistemas, también éste puede fallar. Buena prueba de ello lo proporciona una reciente sentencia de nuestro Tribunal Constitucional (STC 58/2004), que

intenta complementarlo, imponiendo a todos los jueces, aunque no sean de última instancia, la obligación, de la que el Derecho Europeo les dispensa, de plantear la cuestión prejudicial cuando su juicio sobre la contradicción entre la norma interna y la europea resulte como sucedía en ese caso, excesivamente "original", para decirlo en términos benévolos.

Hasta el presente, esta contradicción jurídica se ha venido salvando, si se me permite la paradoja, de un modo puramente fáctico. Sin plantearse su existencia o resolviéndola mediante construcciones muy laxas, con muchos flancos abiertos a la crítica. Por ejemplo, la de la primacía de los Tratados sobre las leyes internas, o la de que, al aceptar, en el Acta de adhesión, todo el acervo comunitario, el Estado español aceptó también el principio de la primacía del Derecho europeo, que no figura en los Tratados, pero que había sido establecido ya por la jurisprudencia de Luxemburgo en decisiones bien conocidas.

Aunque hayan llevado a un resultado plausible, estas construcciones son constitucionalmente insostenibles y tienen, entre otros defectos, el de no preservar ámbito alguno, ni siquiera el de los Derechos Fundamentales, en el que el "legislador" comunitario no pueda entrar en el ejercicio de sus competencias propias. La debilidad teórica y los riesgos potenciales de estas construcciones, serían en sí mismas razones suficientes para impulsar una reforma constitucional que permitiera prescindir de ellas. Pero sucede, además, que han dejado de ser utilizables frente al Tratado Constitucional Europeo, en el que (Parte primera, artículo 6) el principio de primacía deja de ser simple doctrina jurisprudencial, para convertirse en norma convencional explícita y rotunda. Y no es necesario recordar que esta primacía no es sólo la de los Tratados, sino la de todo el derecho derivado al que estos reenvían. Son en consecuencia todas las normas que las instituciones creadas por estos han dictado y en el futuro puedan crear, las que, en virtud de esta estipulación convencional, han de anteponerse a todas las normas jurídicas españolas, incluidas las constitucionales. Se hace difícil entender que al aceptar esta estipulación, el estado español se esté limitando a atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la actual Constitución.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, que en su Dictamen del pasado día 21 ha puesto de manifiesto al Gobierno la conveniencia de que, antes de proceder a solicitar la autorización de las Cortes para ratificar el Tratado Constitucional de la Unión, haga uso del

artículo 95 para pedir el juicio del Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad o incompatibilidad de ese Tratado con nuestra Constitución

Pero no son estas razones derivadas de nuestro propio sistema constitucional, las únicas que justifican la necesidad de la reforma. A ellas se suma otra, a mi parecer muy poderosa, que viene de las peculiaridades del proyecto de construcción de una Europa unida. Es perfectamente razonable la aspiración de dotar a la Unión Europea de una Constitución, pero como la Unión es hoy, y seguirá siendo en el futuro previsible, una realidad muy distinta de los Estados Unidos de América, el proceso de constitucionalización ha de seguir aquí un camino diferente al que allí se siguió, que es admirable, pero no por ello un modelo de validez universal. El intento de seguirlo apenas logra pasar de las apariencias y pese a la decisión de designarla con la misma denominación, la Convención que elaboró el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, ha sido algo bien diferente de la Convención de Filadelfia. Sin desconocer el mérito de su obra, su esfuerzo no ha bastado, ni podía bastar, para cambiar en Constitución lo que formalmente es Tratado, si por Constitución se entiende la Carta Fundamental de una comunidad política que determina esencialmente el sentimiento de identidad de quienes la componen.

Para abordar con realismo la ingente tarea de dotar de una Constitución a esta Unión de Estados y de pueblos, conviene tener siempre presente el objetivo perseguido. Aunque la Unión se propone ser cada vez más estrecha, su finalidad no es la abolición de lo diverso, sino la unión en la diversidad. Los europeos estamos aún agrupados en pueblos distintos, políticamente organizados en Estados diversos, y la finalidad que perseguimos es la de seguir estando así, aunque reduciendo progresivamente la distancia que nos separa. En esa perspectiva, la lógica lleva a la conclusión de que los esfuerzos que en común hagamos tendrán muy reducido alcance si no van acompañados de los que por su cuenta haga cada uno de nuestros pueblos, a través de los respectivos Estados. Constituciones en el sentido pleno del término, son sólo, hoy por hoy, las Constituciones nacionales y en consecuencia, sobre ellas ha de erigirse la deseada Constitución Europea. Sólo así se logrará llevar a la conciencia de los ciudadanos la convicción de que la pertenencia a la Unión es un modo de ser del propio Estado.

Siguiendo esta idea, yo sugerí, hace ya algunos años, cuando se negociaba el Tratado de Ámsterdam, la conveniencia de que el propio Tratado de la Unión incorporase una fórmula que los distintos Estados se comprometerían a adoptar para la reforma de sus Constituciones nacionales. Pero no es esto lo que ahora propugno. Sólo trato de exponer mi convicción de que la reforma de la Constitución en este punto es necesaria, no sólo por razones de orden interno, sino también por otras que atienden al interés de la construcción europea. Que siendo parte de ella, es necesario en definitiva que nuestro Estado, como han hecho otros, incluya en su propia Constitución lo que es ya un componente de su propia esencia.

Como la reforma de la Constitución en este punto ha de satisfacer necesidades diversas, quizás no pueda concretarse en la modificación de un solo artículo. No quiero entrar ahora en ello. Si parece evidente que si el Gobierno sigue el Dictamen del Consejo de Estado y si el Tribunal Constitucional estima que la ratificación del Tratado requiere la previa reforma de la Constitución, esta debería llevarse a cabo antes de que expire el plazo de dos años previsto en el propio Tratado (artículo IV 447). De lo que se sigue que habría de hacerse por la vía prevista en el artículo 167, antes del término normal de la Legislatura, y disociada por tanto de aquellas otras cuya realización comporta la aprobación por dos legislaturas sucesivas.

Si el cambio en este punto se concentra en el artículo 93, habrá que sustituir su actual texto por otro mucho más amplio, sobre cuyo contenido posible nada tengo que decir en este momento. Aun bordeando los límites que impone la prudencia, sí querría decir lo que pienso acerca de la redacción que a mi juicio sería conveniente dar a este precepto exclusivamente en lo que toca al engarce de nuestro ordenamiento, basado en la supremacía de la Constitución, con el ordenamiento de la Unión, basado en la supremacía jurídica del Tratado. Un pensamiento por lo demás bastante simple y escasamente original. Como muchos de ustedes habrán colegido a la vista de lo ya dicho aquí, y otros sospecharían quizás en razón de lo que desde hace tiempo vengo sosteniendo por vía oral o escrita, su idea central es la de que el mejor modo de resolver esta cuestión, ahora y hacia el futuro, es la de exigir que la autorización de las Cortes se conceda por el mismo *quórum* reforzado

que el artículo 167 requiere para la reforma constitucional. Seguir el procedimiento previsto para ésta, aunque prescindiendo de la Comisión paritaria Congreso- Senado, que en este caso no podría desempeñar función alguna. La aplicación de este procedimiento, permitiría que el mismo precepto constitucional previese la imposibilidad de cuestionar la constitucionalidad de los Tratados así ratificados, por un motivo que no fuese precisamente el de su incompatibilidad con alguna de las normas para cuya reforma es necesario acudir al procedimiento del artículo 168. Algo muy semejante, en definitiva a lo que se hizo en Alemania con la reforma del artículo 23 de su Constitución. Resumo a continuación las razones que me llevan a esta conclusión.

Es fácil comprender que la concordancia entre un Tratado que implica limitaciones a la soberanía nacional y las Constituciones que se fundamentan en la existencia de ésta, ha de ser siempre problemática. Cuando la divergencia entre Tratado y Constitución no puede salvarse recurriendo a interpretaciones más o menos malabaristas, no cabe sino renunciar al Tratado o reformar la Constitución, como prevé el artículo 95 de la nuestra, del que hasta ahora se ha hecho uso una sola vez, con motivo precisamente del Tratado de la Unión, del Tratado de Maastricht. Este único caso de aplicación de dicho precepto constitucional, basta, sin embargo, para evidenciar su absoluta insuficiencia.

La inadecuación del sistema previsto en el artículo 95, viene, en primer lugar, del hecho de que deja en manos del órgano consultante la determinación de cuales son las estipulaciones convencionales que el Tribunal Constitucional ha de contrastar con la Constitución. En aquella ocasión, la consulta se centró en el artículo 8 B, Apdo. 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, modificado por el Artículo G del Tratado de la Unión, que concedía a los ciudadanos europeos residentes en país que no fuera el de su nacionalidad el derecho a ser elegido en las elecciones locales. Un derecho importante, sin duda, pero que, al menos en España, afecta poco a la soberanía nacional; menos desde luego que muchas otras estipulaciones del mismo Tratado; por ejemplo la que llevó a la creación de la moneda única. Al verse obligado a responder a una pregunta así delimitada, el Tribunal Constitucional no tuvo posibilidad alguna de analizar en su integridad el texto del Tratado, para averiguar si había o no en él otras estipulaciones que exigiesen la previa reforma de la Constitución.

Cabría decir, que aunque es imposible que el Tribunal Constitucional actúe de oficio, en estos casos como en todos, la limitación en el conocimiento del caso que viene de la formulación de la pregunta, desaparecería si esta se formulase en términos generales, referida a la totalidad del Tratado. Así lo hizo, por ejemplo, el Presidente de la República Francesa al solicitar el dictamen del Consejo Constitucional sobre el mismo Tratado de Maastricht. El remedio sería sin embargo peor que la enfermedad, pues esa consulta global obligaría al Tribunal a discernir por sí mismo los argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de cada una de las estipulaciones convencionales, aisladamente y en su conjunto, es decir, a actuar como órgano político, no como órgano jurisdiccional.

Pero además de defectuoso, el sistema es inútil para lograr la finalidad que lo justifica. Como es obvio, esa finalidad es la de asegurar que, una vez ratificado, el Tratado es inatacable desde el punto de vista de la constitucionalidad, y en consecuencia desaparece el riesgo de que el Estado se vea en la imposibilidad de cumplir las obligaciones que ha asumido porque un juez le prohíbe hacerlo. Para que así sea, es imprescindible sin embargo, que, tras su entrada en vigor, la constitucionalidad del Tratado no pueda ser puesta en cuestión y eventualmente negada, por motivos que no se tuvieron en cuenta en el momento del control previo, sea porque entonces no se advirtieron, sea porque han aparecido después. Así sucede, naturalmente, en aquellos sistemas jurídicos en los que no existe control de constitucionalidad *a posteriori* y por eso este procedimiento de la consulta previa de los Tratados tiene pleno sentido en la Constitución Francesa, de donde lo tomó la nuestra. Entre nosotros, por el contrario, si bien el pronunciamiento de inconstitucionalidad es definitivo, los pronunciamientos de no inconstitucionalidad no cierran el paso a impugnaciones futuras, de manera que la constitucionalidad del Tratado consultado puede ser cuestionada a todo lo largo de su vigencia por cualquier juez y con motivo de cualquiera de sus aplicaciones; por ejemplo, en razón de la posible contradicción con la Constitución Española de una norma de Derecho derivado, impecablemente válida desde el punto de vista dentro del ordenamiento europeo. Esta es la doctrina recogida explícitamente en el Fundamento Primero del Dictamen 1/1991, de 1 de julio de 1992, la última decisión del Tribunal Constitucional que firmé antes de salir del él.

En sistemas como el nuestro, con un potente control *a posteriori*, la única vía eficaz para preservar a los Tratados del riesgo de que se los declare inconstitucionales tras su

entrada en vigor, especialmente aquellos Tratados que, como los de la Unión, crean un orden dinámico, es la de dotar a dichos Tratados de valor constitucional. Esa intuición es la que seguramente inspiró los dos sucesivos Dictámenes (850/91, de 20 de junio y 421/92, de 9 de abril) emitidos por el Consejo de Estado en esa misma ocasión. En ambos, el Consejo de Estado llega a la conclusión de que el artículo 93 de la Constitución permite que las Cortes autoricen la ratificación del Tratado, sin reforma constitucional previa, no porque no exista una notoria divergencia entre el nuevo artículo 8B del Tratado de la Comunidad Económica Europea y el artículo 13.2 de nuestra propia Constitución, sino por la buena y simple razón de que la ratificación del Tratado modificaría ese precepto constitucional. A juicio del Alto Órgano Consultivo, con el artículo 93 “se rompe... la rigidez propia de los mecanismos de revisión constitucional”, aunque tal ruptura no sea ilimitada, pues esa vía de revisión atípica no permitiría la ratificación de Tratados que afecten a cuestiones cuya reforma ha de ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 168 de la Constitución.

Tanto la idea de que la ratificación de los Tratados que sirven de instrumento a la integración europeo debería hacerse por un procedimiento que permitiese al tiempo la reforma de la Constitución, como la de que ese procedimiento debe tener el mismo alcance que el previsto en el artículo 167 de la Constitución, son a mi juicio perfectamente plausibles, pero desgraciadamente la plausibilidad de las ideas no es prueba de su adecuación a la realidad. La idea de un ser perfecto no es prueba de su existencia, y la idea de que la Constitución perfecta para un Estado integrado en la Unión es aquella que permite su reforma a través de los Tratados "europeos", no autoriza a sostener que la vía prevista en el artículo 93 es, por eso mismo, un procedimiento atípico para la reforma constitucional, cuando por ninguno de los métodos de interpretación admisibles en Derecho puede llegarse a esa conclusión. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la decisión antes citada.

Como sin embargo, por todas las razones ya expuestas, el único modo de asegurar que los complejos Tratados de la Unión no entran en colisión con el texto de la Constitución es dotarlos de valor constitucional, lo que ha de hacerse, para expresarlo de manera provocadora, es modificar el artículo 93 para que efectivamente diga lo que el Consejo de Estado quiso leer en él, y en su redacción actual, como dijo el Tribunal Constitucional, manifiestamente no dice. Si esta modificación debe ser una sustitución del texto actual por otro que se refiera específicamente a la Unión Europea, o debe tratarse más

bien de una adición que mantenga, para otros efectos y con otros fines, la transferencia de competencias a otras organizaciones internacionales, es cuestión en la que ahora no hay que entrar. Si precisar, por si cupiese alguna duda, que el procedimiento para la ratificación de los Tratados "europeos" debería ser el previsto en el artículo 167 de la Constitución, de manera que seguiría siendo inexcusable la previa reforma de ésta, cuando las estipulaciones del Tratado afectasen a materias cuya modificación requiere acudir al regulado en el artículo 168. Esta dualidad de procedimientos disponibles para la reforma constitucional, no es tan lamentable como algunas recientes publicaciones podrían hacer pensar, e incluso más bien afortunada. Gracias a ella tenemos en España base suficiente para construir, con sólido apoyo en las normas, una doctrina que lleve a resultados semejantes a los que en otros países se consiguen mucho más difícilmente apelando a veces a principios y categorías no estrictamente jurídicos.