

# REFORMA CONSTITUCIONAL Y REFORMAS ESTATUTARIAS

## INTRODUCCIÓN

**L**a primera, y hasta ahora única, utilización de los mecanismos de reforma constitucional se produjo en 1992, como consecuencia del proceso de ratificación del Tratado de la Unión Europea. Dicha reforma tuvo lugar a través del procedimiento del Art. 167, afectando únicamente al Art. 13.2 de nuestra Norma Fundamental en lo relativo al derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea, tal y como se desprendía de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992<sup>1</sup>. La reforma se produjo con el consenso de todos los grupos parlamentarios, sin que su tramitación plantease más problemas que los derivados de la posibilidad o no de solicitar, supuesto que no se produjo, la convocatoria del referéndum facultativo previsto en el Art. 167 y la posibilidad de proceder también a la reforma del Art. 23 CE.

Aunque la inmensa mayoría de las Constituciones actuales prevén su propia reforma, continúan teniendo sentido, al menos teórico, las

---

Enrique Álvarez Conde es Catedrático de Derecho Constitucional.

<sup>1</sup> Cfr., a este respecto, A. Mangas Martín: «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2, 1991; M: Aragón: «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid 1998; J. F. López Aguilar: «La reforma de la Constitución: opciones constitucionales ante la ratificación de los acuerdos de Maastrich», *REP*, núm. 36.

siguientes palabras de Loewenstein: «Una Constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras»<sup>2</sup>. Sin embargo, una Constitución lo más que puede hacer es servir de canalización, durante un cierto tiempo, de los conflictos sociales, conteniendo disposiciones y cláusulas susceptibles de una plural interpretación. Buena prueba de ello es que la Asamblea Constituyente francesa de 1791 declaró que «la nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución»; y la Constitución francesa de 1793 dispuso: «Una generación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras». Declaraciones éstas que nos recuerdan a las palabras de Jefferson: «El poder constituyente de un día no puede condicionar el poder constituyente del mañana».

Pese a ello, todas las Constituciones nacen con una pretensión, más o menos explícita, de permanencia e, incluso, de perpetuidad. Pero la realidad demuestra que los cambios constitucionales son relativamente frecuentes. Prueba de ello es que la inmensa mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han procedido a frecuentes modificaciones de sus textos constitucionales. Sin embargo, estos cambios no se producen únicamente a través de la técnica de la reforma constitucional, ya que se pueden producir cambios no articulados mediante las convenciones, el uso y la propia interpretación constitucional. Por ello, la reforma no puede ser considerada simplemente como un mecanismo de cambio constitucional, sino, fundamentalmente, como un mecanismo de defensa de la propia Constitución, que implica el establecimiento de un procedimiento *ad hoc* para su modificación, lo cual supone que la Constitución queda configurada como Ley Suprema, base de todo el sistema de garantías constitucionales.

La teoría de la reforma constitucional ha superado la clásica disyuntiva entre flexibilidad y rigidez constitucionales, ya que, si bien la primera implica la posibilidad de que una fuerza política, coyunturalmente en el poder, pueda modificar por sí sola el texto constitucional, sin embargo, la absoluta rigidez constitucional puede conducir a que

---

<sup>2</sup> K. Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1974.

los cambios constitucionales se produzcan al margen y en contra del propio texto constitucional, lo que implicaría la destrucción de la Norma Fundamental. Por otra parte, la casi totalidad de las Constituciones actuales tiene un carácter rígido, previéndose procedimientos más o menos agravados, como consecuencia del carácter de mecanismo de defensa constitucional que tiene todo procedimiento de reforma. Todo ello hace ineludible la distinción entre reforma constitucional y otras categorías dogmáticas. Así, siguiendo a Schmitt<sup>3</sup>, podemos distinguir entre:

- Destrucción de la Constitución, que se produce cuando se da la supresión de la Constitución existente, acompañada de la supresión del poder constituyente en que aquélla se fundamentaba.
- Supresión de la Constitución, que supone la desaparición del texto constitucional, pero conservando el poder constituyente que fue su origen. Equivale también a la llamada reforma total.
- Reforma de la Constitución, que se identifica con la reforma parcial, pues de lo contrario estaríamos en el supuesto anterior.
- Quebrantamiento de la Constitución, que implica la violación de la norma fundamental, ya que se produce una modificación de la misma sin atenerse a los mecanismos de reforma previstos. Sería lo que Schmitt denominó como «acto apócrifo de soberanía».
- Suspensión de la Constitución, que se produce cuando una o varias disposiciones constitucionales son declaradas, provisionalmente, fuera de vigor. La cuestión afecta principalmente, a los derechos y libertades fundamentales.

Por otra parte, también se puede distinguir entre reforma y mutación constitucional. La primera tiene dos sentidos o acepciones. En un sentido formal, es la técnica por medio de la cual se modifica el texto constitucional. En un sentido material, es el resultado del procedimiento de enmienda de la Constitución, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido. Por su parte, la muta-

---

<sup>3</sup> C. Schmitt: *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983

ción constitucional implica una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que dicha transformación quede actualizada en el texto constitucional, que permanece inalterado. La idea de mutación, consecuencia del carácter de compromiso que tiene toda Constitución, puede responder a un doble significado. Por un lado, supone una alteración de las nuevas circunstancias, y, por otro, una alteración voluntaria de sus contenidos. El problema está relacionado con las llamadas lagunas constitucionales, las cuales son susceptibles de ser calificadas como descubiertas, es decir, cuando el poder constituyente fue consciente de las mismas, y como ocultas, cuando no pudieron ser previstas. La mutación constitucional tiene un distinto significado según sea la naturaleza del sistema político. Así, mientras que en los sistemas autoritarios puede cumplir una función de enmascaramiento constitucional, en los sistemas democráticos puede servir para adecuar la realidad constitucional a la realidad política sin necesidad de acudir al mecanismo de reforma constitucional. Los ejemplos que, a tal efecto, podrían ponerse son infinitos.

La mutación constitucional, como muestra el Derecho comparado, puede producirse por diversos motivos:

- a. Unas veces se produce porque la práctica política camina por otros derroteros que los del texto constitucional, aunque sin violarlo abiertamente. Cuestiones tales como la proclamación actual del mandato imperativo, el significado histórico de las Monarquías limitadas, o la Presidencia de los Estados Unidos, son claramente significativas.
- b. Otras veces se produce por desuetudo o dejación de una facultad o competencia, que llega, de este modo, a convertirse en una convención constitucional. Pensemos, a modo de ejemplo, en el significado del veto real a las leyes aprobadas por el Parlamento.
- c. Finalmente, la mutación se produce como consecuencia de la interpretación constitucional, no siendo en este caso fácil diferenciar una figura de otra. La teoría de los poderes implícitos o el llamado gobierno de los jueces en los Estados Unidos, o la acentuación del principio presidencialista en todos los sistemas políticos actuales, son ejemplos relevantes.

Asimismo, habría que poner de relieve que la reforma constitucional es una manifestación del poder constituyente-constituido, que supone la existencia de un poder derivado sujeto a límites. Por ello, no es de extrañar la existencia de éstos en los diversos procedimientos de reforma, debiendo interpretarse que, como sucede en nuestro caso, cuando éstos faltan hay que optar por proclamar la existencia de límites implícitos al poder de reforma<sup>4</sup>.

La teoría de la reforma de la Constitución es consustancial a la idea de poder constituyente<sup>5</sup>. Sin olvidar que estas ideas pueden ser objeto de importantes matizaciones en la actualidad, como consecuencia de los necesarios replanteamientos dogmáticos que es preciso y urgente realizar para dar una respuesta jurídica al actual proceso de globalización, lo cierto es que no se puede confundir un proceso constituyente con un proceso estatuyente, ni que el legislador estatuyente ocupe la función del legislador constituyente. Como señala el Tribunal Constitucional en la famosa sentencia 76/1983, sobre la LOAPA, «La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución, custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél»<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Cfr., a este respecto, B. Aleaz del Corral: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española*, Madrid 2004; J.L. Requejo: «El poder constituyente-constituido: la limitación del soberano» en R. Punset (coord): *Soberanía y Constitución*, Oviedo 1998; L. M. Díez Picazo: «Límites internacionales al poder constituyente», *REDC*, núm. 76, 2006

<sup>5</sup> Cfr., a este respecto, los clásicos planteamientos de K. Hesse: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid 1983; G. Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid 1991; K. Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona 1976; C. Schmitt: *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1930 y *La defensa de la Constitución*, Madrid 1983, para quien el poder constituyente es «la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esa voluntad política se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional».

<sup>6</sup> Esta polémica doctrina del Tribunal Constitucional que, al fin y al cabo, es un poder constituido, y que parece situarse en la posición del poder constituyente, se reitera en la STC 15/2000: «La doctrina constitucional sobre los límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado, derivados de la necesidad de custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes

Hoy día es posible admitir la existencia material de un poder constituyente que no suponga la creación de un ordenamiento jurídico propio ni radicalmente diferente del anterior (caso de la Constitución europea), con el cual puede representar un elevado grado de continuidad, máxime cuando los procesos de construcción política tienen un carácter flexible y abierto, que no se cierra definitivamente con la aprobación de determinados textos normativos. Las rupturas jurídicas y normativas únicamente se producen en los auténticos procesos revolucionarios, que no son tantos a lo largo de la historia de la humanidad, y no siempre afectan a todo el ordenamiento jurídico. Siempre hay un cierto grado de continuidad, aunque ésta suele afectar en mayor grado al Derecho privado, cuyas instituciones y principios tienen un mayor grado de permanencia, que al Derecho público propiamente dicho. Junto a ello, es necesario destacar que la idea de rigidez formal y de supremacía normativa debe todavía ser tenida en cuenta como elemento determinante.

Asimismo, debemos destacar que la propia noción de Constitución, en el sentido de Norma Fundamental que dota al ordenamiento jurídico de una rigidez formal, debido a su supremacía normativa, con la existencia incluso de posibles contenidos intangibles, también debe adaptarse a las nuevas realidades emergentes. Así como es posible hablar de la constitucionalización europea a través de un Tratado Internacional<sup>7</sup>, también lo es hablar de la existencia de una Constitución supraestatal. Esta situación conduce a la necesidad de intentar configurar nuevas categorías jurídicas (constitución abierta, constitucionalismo dual, constitución-red, inclusión constitucional, etc...) que conduzcan a la aceptación de un mínimo conceptual comúnmente

---

constituidos, recogida en la STC 76/1983, ha sido elaborada, como revelan una lectura contextualizada de la misma y de los posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional de los que se ha dejado constancia, en una íntima conexión o constante imbricación con unos concretos y determinados preceptos constitucionales, los relativos al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, además, respecto a interpretaciones generales y abstractas del sistema de distribución de competencias, efectuadas con pretensiones normativas de validez general y de vinculación, por tanto, a las Comunidades Autónomas, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria a favor del legislador estatal».

<sup>7</sup> Cfr., a este respecto, L. M. Díez Picazo: «¿Qué diferencia hay entre un Tratado y una Constitución?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2002; C. Rodríguez: «La constitucionalización de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, 2003, I. Aldecoa: *Comentarios al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. ¿Qué es? ¿Un Tratado o una Constitución?*, Madrid, 2004.

admitido<sup>8</sup>. Todo ello sin olvidar que las Constituciones nacionales, así como los principios estructurales del actual Estado constitucional, están todavía llamados a desempeñar un papel importante, pues continúan siendo, al menos de momento, el centro de gravedad del sistema. Y es que aunque se produzca una total formalización del espacio constitucional europeo, las diferentes constituciones de los Estados miembros, los actuales Estados en suma, han de seguir desempeñando un papel crucial.

Es cierto que el tema de la reforma constitucional no puede ser analizado exclusivamente desde un punto de vista jurídico, ya que se trata de una cuestión que invade el campo de la teoría política, en cuanto que enlaza con la problemática de la soberanía y del poder constituyente, y de la sociología política, en cuanto plantea problemas importantes sobre su carácter transformador o no de la realidad social. Junto a ello, hay que destacar su consideración de mecanismo de defensa constitucional, con lo cual también el ámbito de la teoría de la Constitución se ve afectado. Todo ello, teniendo en cuenta que la reforma constitucional no es el mecanismo más utilizado para adecuar la Constitución a la realidad, función ésta que corresponde a la interpretación constitucional, acentuándose de este modo su carácter de garantía excepcional. Es decir, hay que acudir a los mecanismos de reforma constitucional cuando las otras técnicas, especialmente la interpretación, no pueden lograr esa adecuación a la realidad.

En la actualidad estamos asistiendo a todo un proceso de reforma constitucional, cuyo final no parece claro, aunque parece nacer con la intención, aunque sin conseguirlo totalmente, de poner fin a la llamada desconstitucionalización del modelo de Estado<sup>9</sup>, dada la distinta

---

<sup>8</sup> Cfr., a este respecto, G. Biaggini: «La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de la globalización?»; *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003; C. Hesse: «Constitución y Derecho Constitucional» en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid 1996; E. García de Enterría: *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid 2002; P. Cruz Villalón: «Constitución europea y Constituciones nacionales» en el libro colectivo dirigido por E. Álvarez y V. Garrido: *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, 2004; G. Ruiz Rico: «El proceso de europeización del Derecho Constitucional», *REP*, núm. 117, 2002; I. Pernice y F.C. Mayer: «De la Constitution composee de l'Europe», en *Revue Trimestrielle de Droit Europeene*, 36, 4, 2000; K. Lenaerts y P. Van Nuffel: *Constitutional law of the European Union*, London 1999; L. Favoreau y H. Oberdoff: «Droit Constitutionnell et Droit Communautaire» en *Revue du marche Común et de la Union Europeene*, 435, 2000.

<sup>9</sup> Cfr., a este respecto, entre otros G. Peces Barba: «La necesidad de la reforma constitucional», *Claves de Razón Práctica*, núm. 148, 2005.

naturaleza de las reformas propuestas y el escaso consenso político existente sobre las mismas entre los diferentes partidos políticos. Unas veces se intenta de una forma subrepticia, y en claro fraude de ley, como es el caso del llamado Plan Ibarretxe. Otras, como la propuesta por el actual Gobierno, a través del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, que propone una «cesta» de reformas en terminología de Cruz Villalón<sup>10</sup>, que parece respetar los cauces legales y democráticos establecidos. Estas posiciones del Gobierno han sido sometidas a consideración del Consejo de Estado, el cual, en su Informe del 16 de febrero del 2006, ha realizado determinados pronunciamientos, a los que posteriormente nos referiremos.

Por otro lado, y junto a esta propuesta de reforma constitucional, se han iniciado una serie de procesos de reformas estatutarias, alguna de las cuales ya ha entrado en vigor. Ciertamente, estamos en presencia de reformas estatutarias de naturaleza y significado diferentes, que responden también a condicionamientos políticos distintos. A través de ellas se está produciendo todo un debate intelectual y político que afecta a la propia naturaleza de nuestro modelo de Estado, al significado de los Estatutos de Autonomía y su posición en el sistema de fuentes del Derecho, al sistema de distribución competencial, al modelo de financiación, a la posición de las Comunidades Autónomas en relación con los demás poderes del Estado, y un largo etcétera. Los pronunciamientos que ya han efectuado determinados operadores jurídicos, los que previsiblemente se produzcan en el futuro a través de los recursos anunciados ante el Tribunal Constitucional, así como el continuo debate doctrinal a que estamos asistiendo, han de conducir, necesariamente, a todo un replanteamiento de las categorías dogmáticas utilizadas hasta ahora y a una explicación más racional y coherente de nuestro sistema de distribución territorial del poder.

Es decir, estamos asistiendo a dos procesos paralelos que pueden presentar un elevado grado de contradicciones y disfuncionalidades, tanto desde un punto de vista jurídico como político. Dichas reformas estatutarias, unas más que otras, parecen exigir una previa reforma constitucional en aspectos sustanciales del Título VIII. Y es que la sensación existente no es otra que la de forzar la reforma o la muta-

---

<sup>10</sup> P. Cruz Villalón: «La cesta de la reforma», *El País*, 7 de octubre del 2004.

ción de la Constitución a través de continuas y sucesivas reformas estatutarias, tratando de acomodar el contenido y, en su caso la interpretación, de aquélla a los de éstas. Lo lógico parece ser el camino contrario. Si se quiere producir una reforma en profundidad de los Estatutos de Autonomía y ésta exige, en buena medida, una previa reforma de la Constitución, habrá que acudir primero a la modificación de esta última y, posteriormente, a la reforma de los Estatutos, de conformidad con la reforma previa realizada en aquélla<sup>11</sup>. Lo que es manifiestamente inconstitucional es pretender reformar el modelo de Estado únicamente desde los propios Estatutos de Autonomía, haciendo que las futuras reformas constitucionales resulten desfasadas e inconexas en relación con el actual impulso autonómico. Todo ello parece exigir un elevado grado de responsabilidad a los juristas y a los políticos, los cuales no deben olvidar nuestra experiencia constitucional y autonómica, globalmente positiva, de estos últimos años. No debemos olvidar que es doctrina consolidada del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que, si bien es posible promover un cambio de las estructuras constitucionales y legales de un Estado, ello requiere dos condiciones: primera, que los medios utilizados a este fin sean, a todas luces, legales y democráticos; y segunda, que el cambio propuesto sea, asimismo, compatible con los valores democráticos fundamentales. Si ello es así, continuarán manteniéndose los valores y principios estructurales de nuestra Carta Magna, adaptándolos únicamente a las nuevas exigencias políticas. De este modo, se habría respetado la democracia como procedimiento y la democracia como sistema de valores, tal y como reiteradamente ha señalado la doctrina<sup>12</sup>.

La propuesta del Gobierno impone una serie de límites a la reforma constitucional, en el sentido de que los cambios «deben ser restringidos y han de limitarse a aquellos aspectos sobre cuya oportunidad y necesidad exista una muy amplia coincidencia». En concreto señala que la reforma proyectada ha de tener en cuenta:

<sup>11</sup> Cfr., a este respecto, L. Ortega Álvarez: *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Madrid 2005 y A. Porras y G. Ruiz Rico: *Claves para una reforma constitucional*, Sevilla, 2001.

<sup>12</sup> Cfr., P. de Vega: «La democracia como proceso (consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)», *REP*, núm. 120, 2003 y R. Blanco Valdés: «La eficacia jurídica y el principio democrático», *REDC*, núm. 24, 1988.

a. Que los cambios a introducir respondan a demandas consistentes y que busquen resolver problemas o insuficiencias ampliamente reconocidas.

b. Que sean limitados y prudentes para no alterar el equilibrio en el que se sustenta el texto constitucional.

c. Que las alternativas propuestas hayan sido suficientemente maduras y sean consecuencia de un diálogo sostenido y sereno entre las fuerzas políticas y con la sociedad.

d. Que se genere en torno a las modificaciones un consenso asimilable al que concitó el texto que se quiere reformar.

Y todo ello, porque «si bien las constituciones para durar tienen que adaptarse a las transformaciones sociales, no debe caerse en el error de abrir sucesivos procesos de revisión constitucional, pues la norma que recoge los fundamentos de la convivencia requiere de la estabilidad necesaria para que la cultura política de la comunidad no se vea sacudida por un continuo replanteamiento de los principios y valores sobre los que descansa». De todo ello se deduce que la propuesta del Gobierno pretende respetar estrictamente los valores, principios y opciones fundamentales del constituyente de 1978, que son, ahora ya según el Consejo, los enunciados en el Art. 1 y desarrollados en el Título I: la estructuración política de España como Estado social y democrático de Derecho, la opción por la Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español y, principalmente, los principios cardinales de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado, cuya representación ostentan las Cortes Generales, así como que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española y que para garantizar la autonomía de las nacionalidades y regiones, basa la organización del territorio nacional en Comunidades Autónomas.

## **EL CONTENIDO DE LA REFORMA**

Desde estos planteamientos, las reformas afectan a las siguientes cuestiones, ninguna de las cuales, según el Acuerdo del Gobierno, «pretende rectificar o invertir el núcleo de las decisiones adoptadas en su día por el constituyente»:

## La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono

La propuesta remitida por el Gobierno, tras señalar que esta modificación constitucional no debe alterar las previsiones que afectan al Príncipe de Asturias, señala que la misma tiene la finalidad de «adaptarlas al principio de no discriminación de la mujer», discriminación que no tiene por qué detenerse ante ninguna esfera, y menos aún si ésta reviste carácter público». Tras recordar que, dada la regulación constitucional existente, cuando se produjo la ratificación, el 16 de septiembre de 1983, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, España lo hizo bajo la reserva de que la misma «no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona»<sup>13</sup>, señala que dicha preferencia del varón responde a una tradición histórica, que a su juicio no es consustancial a una Monarquía parlamentaria, y que cualquier discriminación por razón de sexo resulta inaceptable. De este modo, concluye el Gobierno, nos situaríamos en el marco de otras Monarquías parlamentarias, como Suecia (Art. 1 de la ley de Sucesión de 1980), Holanda (Arts. 24 y 25 de la reforma constitucional operada en 1983), en Noruega (Art. 6 de la reforma constitucional realizada en 1990) y Bélgica (reforma del Art. 85 de la Constitución realizada en 1991), proveyéndose en estos dos últimos casos la salvaguarda expresa de la posición jurídica que habían adquirido los príncipes herederos al amparo de las previsiones sucesorias anteriores.

Sin perjuicio de reconocer la bondad de la reforma proyectada<sup>14</sup>, y sin que a nuestro juicio dicho precepto constitucional sea a su vez in-

<sup>13</sup> Sin embargo, el dictamen no hace referencia a la ratificación del Estatuto de Roma sobre la creación de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, ratificado por España por medio de la ley orgánica 6/2000, de 6 de octubre, y que planteaba el problema de la posible reforma de la Constitución en el tema de la inviolabilidad del Rey. A este respecto, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 1999, partiendo del principio de que la Constitución no ha regulado, ni podía regular, la proyección internacional del principio interno de la inviolabilidad, no encontró una antinomia insalvable entre el Art. 27 del Estatuto de Roma y el Art. 56.3. CE, proponiendo que España realizase una declaración interpretativa. Frente a esta tesis, determinados sectores doctrinales han sostenido que la Constitución debería haber sido reformada o bien declarar la inconstitucionalidad de la ley de ratificación, produciéndose, en todo caso «una auténtica mutación constitucional». Cfr. a este respecto, P. Tenorio: «Estatuto de la Corte Penal Internacional y Constitución», *RDP*, núm. 51, 2001.

<sup>14</sup> A este respecto hay que destacar la oposición del voto particular presentado por el Consejero Sr. Díez-Picazo que se opone a esta reforma constitucional, como a casi todas las propuestas, por entender que las reformas constitucionales proyectadas no son necesarias y son productos de iniciativas no fáciles

constitucional por oposición al artículo 14<sup>15</sup>, no creemos que se trate de una reforma urgente e imperiosa, pues, además de exigir el procedimiento agravado del Art. 168 y de no suponer una contradicción interna de la propia Constitución, puede conducir al replanteamiento de cuestiones que hoy parecen pacíficas entre nosotros, pues la legitimidad de la Corona reside en la propia Constitución. Otra cuestión es que se hubiesen abordado otras posibles reformas que afectasen a aspectos más esenciales de la Monarquía parlamentaria.

Esta reforma constitucional, sobre la cual también parece existir consenso entre las principales fuerzas políticas, aunque exige el procedimiento del Art. 168, es abordada por el Consejo de Estado<sup>16</sup> a través de las siguientes propuestas:

a. Modificación *del Art. 57.1.*, con la supresión de la frase «en el mismo grado el varón a la mujer», no por entender que haya una contradicción jurídica con el Art. 14 (STC 196/1997, de 3 de julio), pues así lo estableció el constituyente. Estamos en presencia de una norma singular de Derecho constitucional positivo, estando totalmente disponible, por los cauces establecidos, al poder de reforma.

---

de definir, aunque vota a favor del dictamen, por entender que el Art. 57 tiene valor histórico y es el que ha instaurado la actual Monarquía. Asimismo, se muestra contrario a enumerar las Comunidades Autónomas en la Constitución, pues se produce una cristalización del rango y un bloqueo de las normas. Su opinión tampoco es favorable a la reforma del Senado, señalando expresamente que los senadores deben ser siempre elegidos en elección popular, no coincidiendo con las elecciones autonómicas sino con las generales. Finalmente, se muestra partidario de no atribuir más poderes a las Comunidades Autónomas «en un momento en que éstas tratan de blindar sus competencias y abrir las vías para penetrar en los organismos del Estado».

<sup>15</sup> La tesis contraria es la sostenida por P. Mellado y Y. Gómez: «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978», *RDP*, núm. 22. Cfr., asimismo, A. Gutiérrez Nogueroles: «Reflexiones en torno al régimen constitucional de sucesión a la Corona española», *REP*, núm. 57, 2003 y Y. Gómez Sánchez: «La sucesión a la Corona: la reforma del artículo 57.1. de la Constitución española» en el colectivo, dirigido por la misma autora, *Veinticinco años de Monarquía parlamentaria*, Madrid 2006.

<sup>16</sup> El Informe del Consejo empieza realizando un documentado excurso de Derecho histórico, a tenor del cual concluye que el Art. 57.1. CE engarza con la regulación de nuestro Derecho histórico, que arranca de la Ley de Partidas, de la costumbre de la Corona de Aragón y del Fuero General de Navarra, y de Derecho comparado, analizando las fórmulas empleadas por las siete Monarquías del contexto europeo, cuatro de las cuales han suprimido la preferencia del varón sobre la mujer, y en otras, como el Reino Unido, se ha producido un importante debate sobre la conveniencia de eliminar esta preferencia, con la presentación de tres proyectos de ley, y en Dinamarca, donde se ha anunciado ya la decisión de iniciar los trámites para la reforma de la Ley de Sucesión al Trono. Asimismo, analiza el carácter retroactivo o no de las reformas realizadas en esos países, concluyendo que no entraña retroactividad alguna.

b. Una mención expresa en el texto de la Constitución, descartando acertadamente la técnica de la Disposición Transitoria, al Príncipe heredero D. Felipe de Borbón, lo cual puede suponer, al menos implícitamente, una modificación de nuestro actual sistema dinástico. Según el Consejo, el «derecho a la sucesión al trono» tampoco es un derecho absoluto frente a una reforma constitucional y, una vez aprobada ésta, los llamados a la sucesión a la Corona quedarán ordenados al margen de la actual preferencia de los varones, sin que puedan alegar derechos frente al nuevo orden constitucional.

De este modo, el Art. 57.1. Quedaría así: *«La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el Trono corresponde a su hijo, el Príncipe heredero Don Felipe de Borbón, y después seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; y en el mismo grado, la persona de más edad a la de menos».*

Realmente, la redacción del precepto deja mucho que desear desde un punto de vista gramatical, siendo susceptible de una importante mejora técnica. Por otro lado, es posible cuestionarse si se continúan manteniendo o no otras causas de posible discriminación, como pudiera ser la edad.

c. Una modificación gramatical, con la finalidad de evitar 20 modificaciones parciales a otros tantos preceptos constitucionales, consistente en añadir un nuevo Art. 75.6.: *«Las menciones que hace la Constitución al Rey y al Príncipe se entenderán hechas en su caso a la Reina que ocupe el Trono y a la Princesa heredera respectivamente»*<sup>17</sup>. Realmente no se entiende muy bien la necesidad de un precepto de reforma constitucional gramatical. Lo lógico hubiera sido una nueva Disposición Adicional y que su ámbito no afectase exclusivamente al tema de la Monarquía, sino a todas las instituciones y órganos.

<sup>17</sup> El texto del Dictamen propone la siguiente redacción alternativa: «Las menciones que hace la Constitución al Rey o al Príncipe se entenderán hechas indistintamente al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa, según sea su caso», lo cual no parece de recibo. Esta redacción alternativa ha desaparecido del texto final del Dictamen.

d. No se proponen otras modificaciones que también plantean dudas importantes o que pudieran suponer una mejora del texto constitucional, tales como los artículos 56.3, 58.1, el 61.2 y el 63. En efecto, cuestiones tales como la regulación de la Reina Consorte o el consorte de la Reina, la necesidad de respetar los derechos de las Comunidades Autónomas (las cuales tienen competencias pero no derechos) en el juramento del Príncipe de Asturias, o la necesidad de suprimir la declaración de guerra, deberían haberse tenido en cuenta en el actual proceso de reforma constitucional.

Sin duda se trata de una reforma constitucional cuyo principal problema es su propio procedimiento, pues al exigir un referéndum parece que hay que evitar, a toda costa, que éste se convierta en un pronunciamiento sobre la Monarquía o la República, debiendo ir acompañada, por tanto, de otros contenidos constitucionales, sin duda más relevantes y urgentes. Esta misma preocupación ha hecho sostener a diversos autores que únicamente debe procederse a la modificación del Art. 57.2., es decir, a la preterición de la mujer sobre el varón, no debiendo, por tanto, extenderse a otros aspectos del Título II que, aunque necesitados de una reforma constitucional, pudieran incidir de forma general en la modificación del estatuto jurídico de la Monarquía. Es decir, se pretende, y no sin cierta lógica política, aunque no jurídico-constitucional, que la reforma inicialmente proyectada, más que referirse a la institución monárquica, se sitúe en el ámbito del principio de igualdad y de la posible discriminación por razón de sexo. Una cosa es introducir leves modificaciones en la forma de gobierno y otra, muy distinta, cambiar radicalmente la forma de Estado. La alteración de la Monarquía parlamentaria, donde las propuestas de reforma constitucional podrían ser diversas y muy variadas<sup>18</sup> o le-

---

<sup>18</sup> Cfr., a este respecto, los planteamientos teóricos realizados, entre otros, por C. Aguado: *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid 2001; E. Belda: *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madrid 2003; J. Díaz Revoiro: «La Corona desde la perspectiva jurídico-constitucional», *REDC*, núm. 44, 1998; M. Herrero: «El juramento regio. Reflexiones en torno al artículo 61.1.CE», *RDP*, núm. 50, 2000; A. Pascual Medrano: *La regencia en el Derecho Constitucional español*, Madrid 1998; J.M. Porras: *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid 1995; R. Serra: «La responsabilidad de un Jefe de Estado», *REP*, núm. 115, 2002; A. Torres: *Monarquía y Constitución*, Madrid 1995 y *El Príncipe de Asturias*, Madrid, 1997.

ves modificaciones en el régimen de sucesión de la misma, se convierte en una disyuntiva difícil de clarificar política y jurídicamente.

## La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea

La europeización de la Constitución española como consecuencia de la aprobación del proyecto de Constitución Europea, cuyo proceso de ratificación aún es difícil de prever<sup>19</sup>, aunque ya hayan sido 16 los Estados miembros que han procedido a otorgar su sí a la misma, es otro de los asuntos destacados. Previsiblemente se procederá, una vez celebradas las elecciones presidenciales francesas del 2007, a una nueva reelaboración del Tratado, con una importante simplificación del mismo, incluyendo una previsible desaparición de su Parte III. Tras el periodo de «reflexión común», acordada en el Consejo Europeo de 16 y 17 de junio del 2005, los años 2009 ó 2010 parecen ser las fechas claves para la ratificación de la nueva Constitución europea. No obstante, los problemas jurídicos y políticos planteados continúan siendo los mismos, sin que, hasta ahora, el periodo de reflexión formalmente propuesto, y sobre el cual nadie parece haber adoptado –con ciertas reservas a favor del Parlamento Europeo– decisiones significativas, haya contribuido a solucionarlos. El Tribunal Constitucional ha señalado, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que no existe contradicción alguna entre ambas Constituciones, no siendo necesari-

<sup>19</sup> Cfr., a este respecto, F. Aldecoa. «El proceso político europeo en la laberíntica ratificación del Tratado Constitucional», Real Instituto Elcano, 16 de febrero del 2006. Cfr., asimismo, el documento elaborado a tal efecto por el Gobierno y publicado también por el Instituto Elcano. Sobre el proceso de integración europea, jalonado por diversos documentos y proyectos de documentos, que podríamos remontar hasta el proyecto de Sully, referido a una Unión de 15 Estados diseñada por Enrique IV de Francia, cfr., entre otros muchos, C. Zorgibe: *Historia de las relaciones internacionales*, Madrid 1977; Y. Gómez: *La Unión Europea en sus documentos*, Madrid 2000; A. Truyol: *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, Madrid 1999; F. Aldecoa: *La integración europea. Análisis jurídico-institucional con textos y documentos*, Madrid 2002; R. Alonso García: *El Tratado de Niza. Notas y estudio preliminar*, Madrid 2002; J. F. López Aguilar: *El Tratado de Maastrich*, Madrid 1992; F. de la Fuente: *Glosario jurídico-político de la Unión Europea*, Madrid 2002; M. Oreja (Dir): *Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Madrid 1998; E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayoll (coord): *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, 2004.; A. Calonge: *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Madrid 2004; J. Ziller: *La nouvelle Constitution europeene*, Paris 2004; E. Álvarez Conde: *Constitución Europea*, Pamplona 2005; J.M. Baño León: «Las fuentes en el Tratado de la Constitución Europea: un análisis prospectivo», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11, marzo del 2006; M. Carrasco Durán: «La repercusión del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en los procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 71, 2005.

ria la reforma constitucional para ratificar aquella<sup>20</sup>, pues la primacía del Derecho comunitario no tiene alcance general, reduciéndose expresamente a las competencias atribuidas a la Unión por voluntad soberana de los Estados miembros. Por lo tanto, no existe contradicción entre la primacía del Derecho comunitario y la supremacía de la Constitución<sup>21</sup>. Ahora bien, ello no quiere decir que no sea necesario el establecimiento, como ha sucedido en otros países<sup>22</sup>, de las llamadas «cláusulas europeas», que podrían afectar a determinados preceptos constitucionales y que, desde luego, no deben limitarse a una simple mención de que nuestro país es miembro de la Unión Europea. La existencia de estas cláusulas afecta a una pluralidad de cuestiones, todas ellas de indudable relevancia jurídica: la propia existencia de cláusulas de integración, el contenido de las mismas, el procedimien-

<sup>20</sup> Sobre el significado de esta Declaración del Tribunal Constitucional, cfr., entre otros, J. A. Carrillo Salcedo: *La Constitución europea y la Constitución española*, Sevilla 2004; V. Ferreres y A. Saiz Arnaiz: «¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de supremacía de la Constitución europea?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 645, 2004; P. Pérez Tremps: «Constitución española y Unión Europea», *REDC*, núm. 71, 2004; J. F. Sánchez: «Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros. Apuntes para una aproximación al principio de primacía a la luz de la Constitución europea», *RDCE*, núm. 2, 200; R. Alonso García: «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *REDC*, núm. 73, 2005; G.C. Rodríguez Iglesias: «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: La declaración del Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005; M. Herrero; J.M. Jover Gómez-Ferrer, A. Roldán Martín y J. Amerigo Alonso: «La respuesta constitucional a la integración europea», *REDC*, núm. 73, 2005.

<sup>21</sup> El Tribunal, en su Declaración, entiende que ambas categorías —la primacía y la supremacía— se desenvuelven en órdenes jurídicos diferenciados: «Aquella en la aplicación de las normas válidas; ésta en el de los procedimientos de formación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente por aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o varias de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones».

<sup>22</sup> Cfr., a este respecto, las reformas constitucionales llevadas a cabo en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea, donde a juicio del Consejo de Estado se pueden distinguir tres grupos: 1. Constituciones que manifiestan de modo expreso la voluntad política de participar en la Unión Europea, mencionando en algunos casos la participación en el proceso de profundización: Alemania (Art. 23), Suecia (Art. 10.5.) Francia (título XV, art. 88), Portugal (art. 7), Hungría (art. 2 A), Letonia (art. 68), Eslovaquia (art. 7), Lituania (art. 1 de la Ley de 13 de Julio del 2004), Irlanda (art. 29), Estonia (Ley de 13 de septiembre del 2003), Finlandia (art. 96), Austria (Cap. I, apdo. B art. 23 a a 23 f). 2. Constituciones que han establecido límites, normalmente a través de declaraciones jurisprudenciales, a la participación en la Unión o a la transferencia de competencias (Alemania, Portugal, Suecia, Irlanda, Francia, Italia, Lituania, Eslovaquia, Eslovenia). 3. Constituciones en las que el procedimiento de celebración de los tratados es el ordinario (Austria, Italia, Francia, con la excepción de su última reforma que aún no ha entrado en vigor, Bélgica, Países Bajos, Francia, Portugal, Inglaterra, Malta y Chipre), aquellas otras con un procedimiento distinto al ordinario pero no vinculado al de reforma constitucional (Grecia, Hungría, Eslovenia, Letonia, Dinamarca y Polonia) y, finalmente, aquellas otras que siguen un procedimiento vinculado o análogo al previsto para la modificación de la Constitución (Alemania, Eslovaquia, Luxemburgo, Irlanda, Lituania y Suecia).

to de dicha integración y la previsión constitucional de sus consecuencias. En efecto, cuestiones tales como la formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes, el diseño de un procedimiento específico de ratificación de los Tratados de la Unión Europea, la participación de los órganos centrales y autonómicos en la toma de decisiones europeas y en la aplicación del Derecho comunitario, etc., parecen exigir importantes reformas constitucionales.

El proceso de europeización no va a impedir que las Constituciones de los Estados miembros, y también aquellas normas que integran sus respectivos bloques de constitucionalidad, continúen desempeñando un papel importante, formando parte del centro de gravedad del constitucionalismo europeo, cuya existencia no es nueva en los actuales planteamientos dogmáticos, pues sus antecedentes históricos se remontan a hace ya varios siglos<sup>23</sup>.

La europeización de la Constitución y, especialmente, de los Estatutos de Autonomía se hace de forma políticamente interesada, sin acoger todos sus elementos, como hubiera podido ser el sistema de distribución de competencias. Es decir, ante la ausencia de una regulación constitucional, los Estatutos de Autonomía tratan de aprovechar el vacío normativo existente, procediendo a una regulación estatutaria que puede presentar notables asimetrías e importantes disfuncionalidades al respecto. En vez de acoger los elementos de homogenización y de integración supranacional, tratan de regular vacíos y silencios constitucionales, acudiendo incluso a la técnica de la remisión normativa. Ello no es, a nuestro juicio, una auténtica europeización de las normas estatutarias. El ejemplo de la distribución com-

<sup>23</sup> Cfr., a este respecto, P. Craig: «Constitutions, Constitutionalism and the European Union» en *European Law Journal*, 7, 2, 2001; F. Merli: «Hacia una Constitución común europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001; J. A. Carrillo Salcedo: «Hacia una Constitución para los ciudadanos europeos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 45, 2002; P. A Sáenz de Santamaría: «Hacia una Constitución Europea», *La Ley*, núm. 6116, de 28 de octubre del 2004; L. M. Díez Picazo: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid 2002; para quien «hablar de constitucionalismo equivale a hablar de los problemas jurídico-políticos básicos. Poner en conexión constitucionalismo y Unión Europea permite, así, percatarse de hasta qué punto la integración europea incide sobre esas cuestiones fundamentales de todo ordenamiento; y ello tanto porque la integración europea altera el significado de algunas nociones claves –piénsese, verbigracia, en la soberanía o en la ciudadanía– como porque crea serias lagunas que habrán de ser colmadas en aspectos cruciales de la organización y funcionamiento del poder»; P. Cruz Villalón: «La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, marzo 2005; J.J. Solozábal: «El Tratado constitucional europeo y la reforma de la Constitución española», en la misma revista citada anteriormente.

potencial es suficientemente ilustrativo al respecto. Y ello, siendo conscientes de que la naturaleza de la Unión Europea, la cual no se ve alterada por la hipotética aprobación de una Constitución europea, no es un Estado sino una organización internacional<sup>24</sup>, lo cual tiene sus condicionantes jurídicos y hermenéuticos, no pudiendo ser trasladados siempre a los Estados miembros sus principios organizativos y de delimitación competencial. El Derecho de la Unión no es Derecho internacional, sino que forma parte integrante, y en una posición de supremacía, de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, de los subordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas.

Todo ello incide, de forma notable, en nuestro sistema de fuentes del Derecho y, de forma especial, en el sistema de relaciones entre los diferentes subordenamientos jurídicos. Al ser una obligación de todos los Tribunales el garantizar la primacía del Derecho de la Unión, ello implica una alteración del sistema de fuentes, que afecta a todos los órganos judiciales y también a nuestro Tribunal Constitucional, el cual no puede escapar a ello tal y como parece desprenderse de la STC 58/2004, en la cual intenta imponer a los jueces ordinarios la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando el Derecho europeo les dispensa de ello.

Por otro lado, de todos es sabido que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia había afirmado, desde un primer momento, la primacía del Derecho comunitario (sentencia *Costa/Enel* de 15 de julio de 1964; sentencia *Politi*, de 14 de diciembre de 1971; *Comisión vs Italia*, de 13 de julio de 1972; *Simmenthal*, de marzo de 1978, entre otras muchas), señalando la existencia de un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, y que tal ordenamiento es de obligado cumplimiento para las jurisdicciones nacionales»<sup>25</sup>. Y es que el Derecho comunitario debe desplegar todos sus

<sup>24</sup> Sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea, cfr., entre otros E. Álvarez Conde: «La personalidad jurídica de la Unión Europea» en *Comentarios a la Constitución Europea*, cit., Valencia 2004.

<sup>25</sup> Como se señala expresamente en la sentencia *Costa/ENEL*, «...al Derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la base jurídica de la Comunidad». O como se subraya, más concretamente, en la STJC de 6 de mayo de 1980 –*Comisión vs. Bélgica*– «un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su orden jurídico nacional, incluso constitucional, para justificar el no respeto de obligaciones y plazos resultantes de directivas comunitarias».

efectos y de manera uniforme en todos los Estados miembros, constituyendo una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos los afectados, sean Estados miembros o particulares.

Ahora bien, esta primacía del Derecho comunitario ha sido configurada de forma diferente por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros<sup>26</sup>. Baste recordar la sentencia del Tribunal Constitucional alemán –Solange I, de 29 de mayo de 1974– donde se afirmó la prevalencia de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental hasta que existiese una auténtica declaración de derechos en el seno de la Unión, así como otras decisiones –Solange II, de 22 de octubre de 1986 o la sentencia de 12 de octubre de 1993– donde se insiste en la misma línea. Por otro lado, habría que recordar el caso del Consejo Constitucional francés, en su Decisión de 30 de octubre de 1998, donde se limitan el alcance y significado del principio de primacía. O el caso de la Corte Constitucional Italiana, cuando establece como límites de la primacía del Derecho comunitario los principios generales del ordenamiento constitucional y los derechos fundamentales de las personas (sentencias 170/1984 –Granital– y 232/1989-Fraga). Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, en conocidas sentencias (28/1991, 64/1991, 130/1995, 120/1998, 58/2004) también se ha pronunciado al respecto, negando carácter constitucional a las normas de Derecho comunitario y reconociendo la primacía del mismo como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad.

La propuesta del Gobierno, tras señalar que la integración europea ha «actuado como factor estructurante de la identidad política española», afirma que ha incidido en el ejercicio real de las competencias atribuidas a los diferentes poderes y órganos del Estado, justificándose su necesidad en que nuestra pertenencia a la Unión y lo que ésta comporta no ha sido incorporado a la Constitución. A continuación, la propuesta analiza el significado del Art. 93, así como las diferentes

<sup>26</sup> Cfr., a este respecto, B. Aláez Corral: «Comentario a la STC alemán de 12 de octubre de 1993», *REDC*, núm. 45; J.C. Cano Montejano: *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, Madrid 2001; G.C. Rodríguez Iglesias: «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario» en *Hacia un nuevo orden internacional europeo*, Madrid 1993; M. Rodríguez Piñeiro: «Tribunal Constitucional y Derecho comunitario europeo», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 118, 1994; F. Rubio: «El constitucionalismo de los Estados integrados en Europa», *REDC*, núm. 48, 1996; R. Alonso García: «Los Tribunales Constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el Comunitario», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11, marzo del 2006.

Declaraciones de nuestro Tribunal Constitucional y la necesidad, ya apuntada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de octubre del 2004, de europeizar la Constitución española<sup>27</sup> y que sirvió de punto de partida para la consulta, efectuada el 5 de noviembre del 2004, por el Gobierno al Tribunal Constitucional. En consecuencia con ello, el Gobierno encarga al Consejo de Estado que se pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

1. El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción europea.
2. La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes
3. La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de la misma.

El Informe del Consejo de Estado, tras un detallado análisis de la problemática jurídico-constitucional de la integración europea, con especial referencia a las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos y a la posición de los poderes públicos estatales y territoriales en el proceso de integración; así como un estudio de las diferentes soluciones ofrecidas por el Derecho comparado<sup>28</sup>; y el análisis del signifi-

---

<sup>27</sup> En dicho Dictamen, el Consejo de Estado destacaba la ausencia de una mención expresa a la Unión Europea ni en el plano teleológico (objetivo de la nación española), ni en el plano estructural (España como Estado miembro), ni en el ámbito normativo-ordinamental (sin perjuicio de la referencia del Art. 93) ni en cuanto a sus implicaciones competenciales (tanto de los poderes del Estado como de su estructura territorial). No obstante, el Consejo entiende que, en caso de que fuese necesaria una reforma constitucional, se debería aprovechar la ocasión para dar cauce a otra cuestión, si no necesaria, conveniente, cual sería la de «europeizar en alguna medida la Constitución española». Este planteamiento, así como el contenido de la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional se van a ver reflejados claramente en el Informe del Consejo. Cfr., a este respecto, F. Balaguer: «Soluciones apócrifas a problemas ficticios», *La Ley*, núm. 6136, de 30 de noviembre del 2004; A. Roldán Martín: «El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 26, 2005; J.A. Carrillo Salcedo: *La Constitución europea y la Constitución española*, Sevilla 2004; P. Pérez Tremps: «Constitución española y Unión Europea», *REDC*, núm. 71, 2004; E. Álvarez Conde: *Estudio introductorio a la Constitución Europea*, Pamplona 2005.

<sup>28</sup> El Consejo pone de relieve cómo sólo Luxemburgo y los Países Bajos, dentro de los socios fundadores, no han modificado la Constitución a este respecto. Por otro lado, destaca las reformas en la Ley Fundamental de Bonn –Preámbulo y la reforma constitucional de 1992, con la famosa cláusula del Art. 23–, la revisión del Art. 29 de la Constitución de Irlanda, de Grecia, Portugal en 1989 y posteriormente en el 2004,

cado de los actuales artículos 93 y 95 y de la doctrina establecida por el propio Consejo de Estado (Dictámenes 850/91, de 20 de junio, 421/92, de 9 de abril y 2544/2004, de 21 de octubre, donde expresamente se señala la conveniencia de introducir una cláusula de integración) y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, propone las siguientes medidas:

a. *Una modificación del Preámbulo de la Constitución, con la redacción de un nuevo texto del siguiente tenor: «Participar activamente en el proceso de integración europea»<sup>29</sup>.*

b. *Mantener la actual redacción del Art. 93, pues pudiera ser utilizado para otras cuestiones, que no afecten al proceso de integración europea y crear un nuevo procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la Unión Europea, tal y como han hecho varios países como Alemania (Art. 23.1.), Eslovaquia (Art. 84.4), Luxemburgo (Art. 37), Irlanda (Art. 29.4) Lituania y Estonia (a través de sendas leyes constitucionales) y Suecia (Art. 5 Cap. 10 del Instrumento de Gobierno), descartando el procedimiento de reforma constitucional, ya que el precedente de las leyes constitucionales no existe en nuestro ordenamiento jurídico.*

c. *La elaboración de un nuevo Título, el VII bis o el VIII bis, con la rúbrica «De la Unión Europea», formado por los tres artículos siguientes:*

---

Bélgica en 1998, Francia y su nuevo Título XV, Austria, Suecia, Finlandia en 1999, Italia en el 2001, las modificaciones constitucionales que llevaron a cabo los diez nuevos miembros de la Unión y las derivadas del proceso de ratificación de la Constitución Europea, especialmente Francia.

<sup>29</sup> A este respecto, hay que destacar que el Preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn señala: «Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental». Asimismo, el Art. 23.1. dispone: «Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la salvaguarda por la presente Ley Fundamental». Por su parte, el Art. 88.1. de la Constitución Francesa dispone: «...la República Francesa participa en la Unión Europea, constituida por Estados que han elegido libremente ejercer en común algunas de sus competencias». Y la Ley Constitucional lituana de 13 de julio del 2004, señala en su Art. 1: «La República de Lituania, como Estado miembro de la Unión Europea, compartirá con o delegará a la Unión Europea competencias de sus instituciones estatales en las áreas previstas en los Tratados constitutivos de la Unión Europea». Y el Art. 5 del Capítulo 10 del Instrumento de Gobierno de Suecia, que dispone que «tales transferencias (de competencias constitucionales) presupone que la protección de los derechos fundamentales y libertades en la esfera de cooperación a la que se refiere la transferencia se corresponde con la que proporciona este Instrumento de Gobierno y la Convención Europea de Derechos Humanos».

*«1. España participa en el proceso de integración europea y con este fin el Estado español, sin mengua de los principios consagrados en el Título Preliminar, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una acción comprometida con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales. 2. La prestación del consentimiento para la ratificación de los Tratados a través de los que se lleva a cabo la participación de España en la integración europea requerirá la previa autorización de las Cortes Generales por mayoría absoluta de cada Cámara. Si no hubiera acuerdo entre ambas, el Congreso por mayoría de tres quintos, podrá autorizar la celebración de dichos Tratados. 3. Dentro del marco establecido en el artículo 1, los Tratados emanados de la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión»<sup>30</sup>.*

d. Realizar *otra serie de reformas constitucionales, derivadas de la integración europea y la división horizontal y territorial del poder, que afectan a:*

– Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, tal y como sucede en otros países, incluyendo el deber del Gobierno de informar al Parlamento (Arts. 23.2. de la Ley Fundamental de Bonn, 23 e) de la Constitución austriaca, 3<sup>a</sup> de la Constitución de Eslovenia, 88.4. de la Constitución francesa, 3 de la Ley Constitucional lituana de 13 de julio del 2004, 96 de la Constitución de Finlandia de 1999, 197 de la Constitución de Portugal, 10 b de la Constitución belga, y

<sup>30</sup> Las soluciones que ofrece el Derecho comparado, según el Informe del Consejo de Estado, son diversas. Así, en un primer grupo de textos constitucionales nos encontraríamos que el Art. 7 de la Constitución de Eslovaquia dispone: «Los actos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea con fuerza jurídica vinculante prevalecerán sobre las leyes de la República de Eslovaquia»; y el Art. 29.4.10º de la Constitución de Irlanda afirma: «Ningún precepto de esta Constitución invalidará las leyes promulgadas, ni actos ni medidas adoptadas por el Estado que sean necesarios en virtud de sus obligaciones como miembro de la Unión Europea o de las Comunidades, ni evitará que tengan fuerza legal en el Estado las leyes promulgadas o los actos y medidas adoptadas por la Unión o por las Comunidades Europeas o por sus instituciones o por órganos establecidos al amparo de los Tratados Constitutivos de las Comunidades». En un segundo grupo, por lo cual se inclina el Consejo de Estado, nos encontraríamos con el Art. 8.4. de la Constitución de Portugal: «Las disposiciones de los Tratados que regulan la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones, en el ejercicio de las respectivas competencias, son aplicables en el orden interno, en los términos definidos por el Derecho de la Unión, con respeto a los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho», y el Art. 3 a) de la Constitución de Eslovenia: «Los actos y decisiones jurídicos adoptados por organizaciones internacionales a las que Eslovenia haya transferido el ejercicio de parte de sus derechos soberanos se aplicaran en Eslovenia conforme al régimen jurídico de dichas organizaciones».

Art. 6 del Capítulo 10 del Instrumento de Gobierno sueco), la posibilidad de que el Parlamento manifieste su parecer (Art. 3 de la Ley Constitucional lituana, Art. 10 b de la Constitución de la República Checa y Art. 163 de la Constitución portuguesa), y la previsión de mecanismos dirigidos al Gobierno para que tenga en cuenta su opinión (Arts. 23.3 de la Ley Fundamental de Bonn, 23 e de la Constitución de Austria). En consecuencia con ello, el Consejo recomienda que la Constitución «recoja la obligación del Gobierno no sólo de informar y debatir las políticas europeas, sino incluso de tomar en consideración la opinión de las Cortes, informándolas de las razones por las que dicha opinión no haya podido materializarse en la negociación de las iniciativas que se debaten en el seno de la Unión. En consecuencia con ello, propone *ampliar el texto del Art. 66.2* y que este texto realizase una remisión a los Reglamentos de las Cámaras.

– Las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, regulando la participación de éstas en las decisiones europeas<sup>31</sup>, *bien mediante la constitucionalización de las Conferencias Sectoriales o la mención expresa de la obligación de crear órganos de coordinación Estado-Comunidades Autónomas*. En todo caso, el Consejo, y con independencia de la regulación del Senado, establece la necesidad *de regular en la Constitución «el contenido sustantivo del mínimo de la participación»*, remitiendo su regulación detallada a una futura ley orgánica, que tendría la ventaja de evitar las asimetrías de las previsibles regulaciones estatutarias. Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre en Austria, el Consejo no estima pertinente extender esta participación a las Corporaciones Locales.

– La ejecución del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas y la responsabilidad del Estado y de éstas. A este respecto, el Informe recuerda la regulación de otros países como Austria, cuyo Art. 23.d.5 permite un poder de sustitución total de todas las competencias, incluidas las legislativas; Bélgica, cuyo Art. 169 prevé un poder de sustitución temporal; e Italia, Art. 117. En consecuencia con ello, y dada la insuficiencia de la cláusula de supletoriedad del Art. 149.3 por la interpretación que de la misma ha realizado el Tribu-

<sup>31</sup> Así se ha hecho en algunos países como Alemania –Art. 23, apdos. 4,5, 6 y 7–, Austria –arts 15 y 23 d–, Bélgica –Acuerdo de 8 de marzo de 1994 entre el Estado y sus Comunidades y Regiones, tras la reforma constitucional de 1993– Italia –Art. 117 tras la reforma constitucional del 2001.

nal Constitucional, así como el carácter excesivamente político del Art. 155, *propone un sistema de «avocación constitucional de competencias» siempre a posteriori*, el cual podría estar sujeto a un control político, quizás del Senado, y judicial, de manera parecida al Art. 55.2. Asimismo *propone una remisión expresa a una ley estatal*, que debería tener el rango de ley orgánica por asimilación con lo establecido en el Art. 158, que desarrolle los supuestos de *responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario que sean imputables a una Comunidad Autónoma y el procedimiento para repercutir dicha responsabilidad en ella. Incluso, pudiera ser conveniente modificar el Art. 74, incluyendo esta materia en su listado, a efectos de la intervención del Senado.*

e. *Reformas legislativas en la LOPJ, en la LJCA y en la LOTC, según proceda, sobre las funciones del juez ordinario como juez europeo de inaplicar las normas con rango de ley cuando sean contrarias al Derecho comunitario, entendiéndose que se ha producido una auténtica mutación constitucional en relación con lo dispuesto por los Arts. 117 y 163 CE; así como en los Reglamentos de las Cámaras.*

Esta modificación constitucional no parece ser un punto de fricción entre las principales fuerzas políticas. Sin embargo, las propuestas del Consejo de Estado, unas expresas y otras implícitas, adolecen de una importante falta de sistemática. Lo lógico hubiera sido establecer todo un Título completo sobre la Unión Europea, posiblemente después del Título II, donde se abordasen todas estas cuestiones. Por otro lado, no debemos olvidar que la europeización de la Constitución española no debe impedir, sino que, al contrario, debe conllevar a la europeización de los Estatutos de Autonomía<sup>32</sup> y de otras normas de desarrollo constitucional. Ahora bien, esta europeización de las normas infraconstitucionales, en buena lógica jurídica, debería ir precedida de una europeización de nuestra Norma Fundamental, evitándose, con ello, las posibles disfuncionalidades al respecto. Por otro lado, quizás debería haberse hecho una referencia, posiblemente en el

<sup>32</sup> Cfr., a este respecto, en otros, M. Carrasco Durán: «La repercusión del Tratado por el que se establece una constitución para Europa en los procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía», *RVAP*, núm. 71, 2005; E. Álvarez Conde y A. López de los Mozos: «Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: El mecanismo de alerta temprana», *REP*, núm. 65, 2006, págs. 147 y ss.

Art. 10 CE, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>33</sup>.

Estas reformas constitucionales propuestas han sido objeto de un voto particular, separado y coadyuvante con la mayoría, formulado por el Sr. Díez de Velasco sobre dos cuestiones. Una, sobre la ubicación de la reforma proyectada, entendiéndose que debería hacerse referencia al proceso de construcción europea en el propio Título Preliminar. En todo caso, la previsión de un nuevo Título *ad hoc* debería tener un carácter omnicompreensivo, recogiendo en él todos los elementos y no como están ahora desperdigados. Además entiende que al título nuevo propuesto se le deben añadir dos nuevos párrafos donde se recojan la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de adopción de las normas comunitarias, así como la aplicación del Derecho comunitario por parte de las mismas, sin relegar esta cuestión al título referente a la reforma del Senado. Y la otra, de carácter sustantivo, se refiere a las funciones del juez ordinario como juez comunitario, las que son consideradas innecesarias pues no se propone reforma constitucional alguna, ya que el informe del Consejo parece configurar, al permitir un recurso directo, como un intérprete general del Derecho comunitario al margen del litigio concreto de que está conociendo. Ello supondría una nacionalización de la interpretación del Derecho comunitario en perjuicio de las competencias del Tribunal de Justicia y del propio sistema de la cuestión prejudicial. A todo ello, nosotros añadiríamos que parece resultar excesivo proponer la constitucionalización de las Conferencias Sectoriales y proponer un sistema de avocación constitucional de competencias.

### **La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas**

La propuesta del Gobierno, tras describir y señalar que el Estado de las Autonomías es inacabado en su diseño constitucional, razón por la cual se ha hablado de la «desconstitucionalización» del modelo de Estado, dejando el mismo a los poderes constituidos, tiende a que los cambios asentados ya en la realidad, se reflejen en la letra de la

---

<sup>33</sup> Cfr., a este respecto, entre nosotros, J. García Roca y P. Santaolaya (Coords.): *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2005.

Constitución, superando la apertura inicial del modelo. En concreto, solicita al Consejo que informe sobre los siguientes extremos:

1. Qué artículo o artículos de la Constitución son los más idóneos para llevar a cabo esa mención expresa e individualizada de las Comunidades Autónomas y de las dos Ciudades Autónomas.
2. Qué criterio o criterios se consideran más adecuados para ordenar su enumeración.
3. Qué consecuencias jurídicas produce la constitucionalización de la existencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución y qué preceptos del texto constitucional convendría modificar para reflejarlas.

Esta reforma, tal y como está inicialmente presentada, no resuelve ningún problema jurídico importante, como pudiera ser la simple modificación del artículo 137, y, como veremos posteriormente, puede plantear otros de no fácil solución<sup>34</sup>. Ello, sin olvidar que el definir en la Constitución a cada Comunidad Autónoma puede suponer reproducir en el texto constitucional las auto-identificaciones estatutarias<sup>35</sup>. A la postre, de lo que se trata es del cierre constitucional del mapa territorial, lo cual no deja de plantear problemas jurídicos importantes, dado el actual mapa de configuración provincial, que afecta a cuestiones tales como la existencia o no de una reserva estatutaria absoluta, pues como señala la STC 99/1986, «...tal reserva estatutaria... no sólo entraña la definición del territorio de cada Comunidad,

<sup>34</sup> Cfr., a este respecto, E. Fossas: «La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas en la Constitución: el jurista persa satisface (parcialmente) su curiosidad», IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Españoles (ACE), Baeza, 2005. Parece como si el constituyente hubiese aplazado a un momento posterior soluciones que entonces se presentaban como conflictivas, como era el señalar taxativamente cuáles son los territorios autónomos que han de integrar el Estado, configurando un modelo singular en el ámbito del Derecho Comparado. Cfr., a este respecto, entre otros, E. García de Enterría: *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid 1985; S. Muñoz Machado: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid 1982; L. M. Díez Picazo: «Sobre la delimitación estatutaria del territorio y la rigidez de los Estatutos (Comentario a la STC 99/1986, en el caso del Condado de Treviño)», *REDC*, núm. 20, 1997; A. Esteve Pardo: «La conclusión del mapa autonómico: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/1984, de 28 de septiembre y 100/1984, de 8 de noviembre», en *Autonomías*, junio 1985; C. Aguado: «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del territorio de Castilla y León (I y II)», en *Autonomías*, núms. 11 (1989) y 14 (1992).

<sup>35</sup> Cfr., a este respecto, S. Muñoz Machado: «Aviso para reformadores», *El País*, 29 de junio del 2004.

sino también las previsiones relativas a su posible alteración», excluyendo de este modo la acción unilateral del Estado y, por tanto, sin necesidad de revisión constitucional, o, por el contrario, la necesidad de prever constitucionalmente posibles supuestos de agregación o segregación de territorios, con la finalidad de flexibilizar el cierre del mapa autonómico y garantizar la participación de las Comunidades Autónomas en futuras modificaciones territoriales, en una Disposición Adicional *ad hoc*. Sin duda alguna, los ejemplos italiano (Art. 132) y austriaco (Art. 3.2.), podrían tenerse en cuenta, dando así la posibilidad a las Comunidades Autónomas de una presencia en los mecanismos de reforma constitucional, que, evidentemente, no puede reducirse a este único supuesto. Como es sabido, en los Estados federales la modificación territorial de un Estado miembro no podrá efectuarse sin el concurso de voluntades de los órganos supremos de aquél y de los de la Federación.

Otra cosa es o podría ser el deseo de modificar ampliamente el Título VIII de nuestra Constitución, buena parte del cual es ya Derecho transitorio, aunque, sin duda alguna, no existe el acuerdo político necesario sobre el modelo de Estado, el cual tampoco puede ser modificado subrepticamente a través de las reformas estatutarias emprendidas, pues los Estatutos no son la norma habilitante para determinar cuál es el modelo de Estado, que debe figurar en el texto constitucional. Piénsese en cuestiones tales como la federalización o no de nuestro Estado autonómico, el establecimiento de cláusulas que eviten la indefinición permanente y, en consecuencia, la desaparición del principio dispositivo, la opción clara y contundente por la autonomía local, etc.

Parece que estamos en presencia de una cuestión aparentemente sencilla, y lo que hace el Consejo de Estado es aprovecharla para proponer un cambio total del Título VIII, que se nos antoja necesario. Ahora bien, sin perjuicio de compartir no pocas afirmaciones y algunos de los cambios propuestos, lo cierto es que el informe no cierra el modelo, pues el principio dispositivo, aunque es cercenado considerablemente, a veces con ciertas contradicciones, continúa manteniendo una cierta vigencia, y existen olvidos importantes, como son los referentes a la autonomía local. A este respecto, hay que señalar que el Consejo de Estado no aborda en profundidad el sistema del reparto competencial, con la excepción de las leyes orgánicas de transferencia

y delegación del Art. 150.2., evitando pronunciarse sobre el significado del Art. 149.3. que, a nuestro juicio, es necesario modificar, y, lo que es más importante, sobre la imperiosa necesidad de proceder a la constitucionalización de las competencias de las Comunidades Autónomas, privando a los Estatutos de Autonomía de esta competencia (que previsiblemente significaría una modificación del Art. 147 CE), que dejarían de ser una auténtica norma de delimitación general competencial.

Esta cuestión, posiblemente la más importante de todas, pese a su inocente apariencia, conduce ineludiblemente a plantearnos nuestro modelo de Estado, con una modificación prácticamente total del Título VIII, que deja de ser un Título con preceptos procedimentales y estructurales y que puede satisfacer la curiosidad de un jurista persa<sup>36</sup>. El Informe del Consejo de Estado, cuyo contenido va más allá de las cuestiones inicialmente planteadas, empieza con una serie de consideraciones, perfectamente asumibles, sobre el significado del principio dispositivo, cuya existencia constitucional sólo estaba pensada para el desarrollo inicial del proceso autonómico y fue debida a la incapacidad del constituyente de fijar definitivamente un mapa autonómico, y sobre la necesidad de intentar cerrar el modelo<sup>37</sup>. En efecto, dicho principio dispositivo, cuyos efectos se pretenden eliminar o, al menos paliar, constitucionalizando una denominación que, de este modo, escaparía al principio de reserva estatutaria del Art. 147.2. a), tiene su manifestación en diversos preceptos del Título VIII (en los Arts. 143, 144, 148 y 151, y las Disposiciones Transitorias Primera a Séptima, según el Informe), muchos de los cuales tienen ya un carác-

<sup>36</sup> Cfr., a este respecto, el conocido trabajo de P. Cruz Villalón: «La curiosidad del jurista persa», *RFUDUC*, núm.4, monográfico, 1981.

<sup>37</sup> Sobre el significado del principio dispositivo, sobre su carácter transitorio y sobre la funcionalidad del mismo en el proceso de construcción del Estado autonómico, cfr. los trabajos de J. García Roca: «El principio de voluntariedad autonómica: teoría y realidad constitucionales», *REDC*, núm. 23, 1988 y «El principio de voluntariedad autonómica», *RDP*, núm. 4, 1981; C. Aguado: «El principio dispositivo y su virtualidad actual en relación con la estructura territorial del Estado», *REP*, núm. 98, 1997; M. García Canales: «La reforma de los Estatutos y el principio dispositivo», *REDC*, núm. 23, 1988. A este respecto, nuestra jurisprudencia constitucional, en la STC 16/1984 dispone lo siguiente: «Frente a la autonomía municipal y provincial, el acceso de las nacionalidades y regiones a la autonomía aparece regulado en la Constitución de acuerdo con unos principios dispositivos que permite que el régimen autónomo se adecue en cada caso a las peculiaridades y características de esas regiones y nacionalidades. Principio dispositivo que alcanza a materias como la denominación a adoptar, que podrá acomodarse a la tradición histórica...». El principio dispositivo continúa todavía vigente, incluso después de los Acuerdos Autonómicos de 1981 y 1992.

ter transitorio y deben entenderse derogados, no siendo posible la creación de nuevos entes dotados de autonomía política. Ahora bien, dicho principio va mas allá de los preceptos anteriormente mencionados (el Informe habla en concreto de los Arts. 147.3. y 152.2.), pudiendo afirmarse que informa todo el Título VIII. A continuación el Informe analiza las disfuncionalidades que ha supuesto la vigencia del principio dispositivo, haciendo especial hincapié en algunas cuestiones como la reforma estatutaria<sup>38</sup>, en el sistema de delimitación competencial, proponiendo llevar a la Constitución todo el sistema. En consecuencia, si se quiere hacer desaparecer dicho principio, y no simplemente «superar la apertura inicial del sistema», habrá que proceder a una reforma en profundidad de todo el Título VIII. El problema es que, aunque supone avances, no consigue cerrarlo, pues deja cláusulas abiertas y parece no atreverse a realizar auténticas operaciones de cirugía, como es el establecimiento en la Constitución de las competencias de las Comunidades Autónomas. Incluso admite, con un razonamiento alambicado y contradictorio, la posibilidad de que puedan constituirse nuevas Comunidades Autónomas. En concreto, el Consejo de Estado propone lo siguiente:

a. Tras desechar la enumeración en el Título Preliminar, como se hace en algunos países (Alemania en el Preámbulo, Bélgica, Suiza, Austria; en Italia en cambio no), aunque no una modificación del Art. 2, con la finalidad de consagrar el principio básico de la organización territorial, y establecer que han de adoptarse los criterios de fecha de aprobación de sus Estatutos y la denominación oficial de las mismas, propone una modificación de los Arts. 2, 137 y 143, con redacciones alternativas, donde se mencione expresamente a las Comunidades Autónomas, con la siguiente redacción:

---

<sup>38</sup> A este respecto, es significativa la siguiente declaración del Consejo de Estado: «Cuando la reforma en cuestión sirve de hecho para formalizar acuerdos generales ya logrados, como en el caso de las operadas en virtud de los Pactos Autonómicos, ese enfoque local no puede dar lugar a propuestas que no vayan a ser acogidas por las Cortes Generales. Cuando, por el contrario, la propuesta de reforma surge al margen de un acuerdo previo, el contraste entre la perspectiva particular y la general, que es la propia de las Cortes Generales, ha de dilucidarse en el curso de la tramitación parlamentaria, dando lugar a una relación dialéctica entre aquéllas y los Parlamentos de las Comunidades, de la que pueden surgir tensiones perjudiciales para la vida del Estado y a veces, incluso, para la estabilidad de los partidos políticos». Parece como si el Consejo de Estado, a la hora de redactar su Informe, tuviese en cuenta los actuales procesos de reforma estatutaria aunque no se atreva a realizar un pronunciamiento expreso sobre los mismos.

*1. Artículo 2: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, constituidas en Comunidades Autónomas, así como la solidaridad entre todas ellas».*

La justificación de la reforma del Artículo 2 por parte del Consejo de Estado radica en la desaparición del principio dispositivo en el proceso de acceso a la condición de Comunidad Autónoma. Por lo tanto, la autonomía deja de ser un derecho para convertirse en un principio constitucional, estructurador del llamado Estado de las Autonomías, junto a otros principios estructurales del Estado y que también figuran en el Título Preliminar. Se trataría, pues, de abandonar la condición de la autonomía como un derecho, que no es individual ni puede quedar desvinculado del territorio, y que ya no puede ser ejercido ni quedar indefinidamente abierto, pues no es posible un nuevo ejercicio jurídico del mismo, al menos con fundamento en el Art. 2, aunque sí en la propia reforma del Estatuto de Autonomía<sup>39</sup>. Es decir, ya no se trata de regular cómo se debe acceder a la autonomía, sino cómo se encuentran las Comunidades Autónomas que han obtenido la autonomía. No obstante lo anterior, en alguna ocasión el Consejo, en abierta contradicción, va a admitir expresamente la posibilidad de que algunos territorios se doten de Estatutos de Autonomía que conduzcan a la aparición de una nueva Comunidad Autónoma. Junto a ello hay que destacar que la propuesta de reforma de este artículo se nos antoja innecesaria, pudiendo llegar a reproducir el planteamiento de determinadas cuestiones (la distinción entre nacionalidades y regiones), como ya sucedió en los debates constituyentes de 1978.

*2. Artículo 137: «1. España se organiza territorialmente en Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, así como en municipios y provincias. 2. Las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas gozan de autonomía en los términos previstos por la Constitución y los respectivos Estatutos.*

---

<sup>39</sup> E. Alberti: *Manual de Dret Públic de Catalunya*, Barcelona, 2002.

*La ley asegurará la autonomía de municipios y provincias para la gestión de sus respectivos intereses»<sup>40</sup>.*

Con esta redacción el Consejo de Estado realiza una opción claramente contraria a la autonomía provincial. Sin perjuicio de compartir o no esta opción, la misma implica un cambio radical en el actual proceso de descentralización política, no solamente por ir contra la llamada «segunda descentralización», sino también por no definir constitucionalmente los parámetros competenciales de la autonomía local, remitidos ahora a una ley, imaginamos que a una ley de bases como la actual, sin especificar su carácter de orgánico, que podría plantear problemas jurídicos en relación con determinados contenidos estatutarios. Es decir, la autonomía de las Comunidades y Ciudades autónomas está constitucional y estatutariamente garantizada, mientras que la autonomía local únicamente lo está legalmente. En consecuencia, más adelante privará a la provincia de personalidad jurídica propia, dejando de ser una división territorial del Estado para convertirse en una organización de la Administración General del Estado. Finalmente, el Consejo realiza una opción definitiva sobre la situación de Ceuta y Melilla, dando a entender que nunca adquirirán la condición de Comunidades Autónomas. Asimismo, hay que destacar la idea de cómo los intereses respectivos desaparecen para las Comunidades Autónomas y únicamente se predicen de las provincias y municipios. Ello puede estar relacionado con la minusvaloración de estos últimos en todo el Dictamen del Consejo de Estado.

*3. Artículo 143: «1. Para realizar el derecho de nacionalidades y regiones a gozar de autonomía en la gestión de sus respectivos intereses, asegurar la solidaridad entre ellas y hacer más eficaz la acción de los poderes públicos, España se organiza territorialmente en las siguientes Comunidades Autónomas: País Vasco/ Euskadi... 2. Las denominaciones oficiales de estas Comu-*

<sup>40</sup> Otra redacción barajada, radicalmente distinta de la finalmente propuesta, fue la siguiente: «Art. 137: «España se organiza territorialmente en municipios, provincias, Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Cfr., a este respecto, J.A. Montilla Martos: «La asimetría de las ciudades autónomas», en *REDC*, núm. 57, 1999.

*nidades son las establecidas en sus respectivos Estatutos. 3. Ceuta y Melilla son Ciudades Autónomas»<sup>41</sup>.*

El Consejo de Estado pretende dejar, con buen criterio, absolutamente cerrado el mapa autonómico. Sin embargo, ello no es factible sin dejar abierta la posibilidad, al menos en una Disposición Transitoria, de la regulación de los supuestos de agregación y segregación de otros territorios. En efecto, el actual mapa provincial contempla la existencia de no pocos «enclaves» de una provincia en otra y en distintas Comunidades Autónomas. La solución de estos problemas, en algunos casos, se difiere a la regulación estatutaria correspondiente, la cual puede plantear contradicciones jurídicas. Por otro lado, también existen regulaciones estatutarias que contemplan la posibilidad de la integración de unas Comunidades en otras, que ahora habrá que entender derogados.

b. Propone la desaparición de lo que hemos denominado *Derecho transitorio*, como los Arts. 144, 146, 148, 151, 152 y Disposiciones Transitorias 1<sup>a</sup> a 7<sup>a</sup><sup>42</sup>. Todos ellos, porque regulan supuestos, con la excepción del Art. 144 b), que ya no pueden darse; y el Art. 152, porque la reforma propuesta es contradictoria con alguna de sus previsiones. Ade-

<sup>41</sup> Otra redacción barajada es la siguiente: «Art. 143: 1. Son Comunidades Autónomas: País Vasco/Euskadi...» o «De acuerdo con el ejercicio que nacionalidades y regiones han hecho de su derecho de autonomía, son Comunidades Autónomas las siguientes: 2. Las denominaciones oficiales de estas Comunidades Autónomas son las establecidas en sus propios Estatutos. Son Ciudades Autónomas Ceuta y Melilla». Esta redacción alternativa plantea más problemas que la finalmente adoptada. Pensemos, a modo de ejemplo, que se reitera la expresión «nacionalidades y regiones», que ya figura en el art. 2 CE, pudiendo conducir al planteamiento de nuevos problemas, que deben entenderse como superados.

<sup>42</sup> Pese a ciertas opiniones doctrinales contrarias, la desaparición del llamado Derecho Transitorio nos parece acertada. Con ello, y una vez transcurridos más de 25 años, se le resta carácter procedimental al Título VIII, que nos continúa pareciendo un Título excesivamente corto para regular tan importante problema. Ahora bien, el problema consiste en determinar el ámbito de dicho Derecho Transitorio. A tal efecto, creemos que la desaparición, o su «reformulación en los términos que se juzguen adecuados», de la Disposición Transitoria Cuarta, referente a la hipotética incorporación de Navarra al País Vasco, no puede ser calificada como tal. La desaparición de la misma se produce creemos, por la constitucionalización de las Comunidades Autónomas y el cierre del mapa autonómico. Sin embargo, tampoco éste es un criterio absolutamente definitivo. Además, y con independencia o no de compartir la opción, con ello, se pueden reavivar problemas conflictivos, que no creemos necesario explicitar constitucionalmente. En cuanto a la Disposición Transitoria Quinta, tras señalar que aún no han desaparecido sus efectos, indica que su actual redacción carece de sentido, pues Ceuta y Melilla no han sido configuradas Comunidades Autónomas, siendo necesario para ello, una vez aceptada la reforma constitucional propuesta, acudir a los mecanismos de la misma.

más, propone un cambio de la rúbrica del Título VIII, que pasaría a ser «*De la organización territorial*», desapareciendo la expresión Estado, así como la división de sus tres actuales capítulos.

En concreto realiza las siguientes propuestas:

1. *Artículo 144: «Las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno y siguiendo el procedimiento previsto para la reforma de los Estatutos de Autonomía, podrán, por motivos de interés nacional, autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de Autonomía singular para territorios que actualmente no estén integrados en ninguna Comunidad Autónoma».*

Con esta nueva redacción del Art. 144, donde desaparecerían lógicamente todos sus actuales apartados, el Consejo sustituye, de acuerdo con su lógica interna antiprovincial, la idea de «integración provincial» que actualmente figura en el texto constitucional, remitiéndose a los procedimientos de reforma estatutaria que, como veremos posteriormente también modifica. Esta remisión nos parece, en principio, insuficiente, pues el procedimiento constitucional de reforma estatutaria ha de completarse con el previsto por el propio Estatuto de Autonomía, que aquí resulta inexistente. Por otro lado, la aparición de un «Estatuto de Autonomía singular» como nueva categoría jurídica nos plantea no pocos problemas de identificación normativa y de diferenciación con los demás Estatutos, que ahora serían «generales».

2. *Entender como derogados los Arts. 146, 148 y 151 y 152.1., proponiendo la modificación del 152.2 en el sentido de suprimir el inciso que hoy restringe el ámbito de la norma a las Comunidades Autónomas que alcanzaron por la vía rápida el máximo nivel de autonomía. También, a juicio del Consejo, resulta inútil el mandato que obliga a someter a referéndum la reforma de los Estatutos de las cuatro Comunidades afectadas, pues éstas ya incluyeron en sus Estatutos dicho requisito.*

c. Finalmente el Consejo de Estado, haciendo uso del encargo del Gobierno de analizar otros aspectos de las modificaciones propuestas «que considere conveniente tener en cuenta para complementarlas o mejorar su calidad técnica», lo cual plantea el problema adicional de

si el Consejo se extralimita o no en el ejercicio de sus competencias, se refiere a los siguientes:

1. Al sistema de relaciones de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado, donde analiza las siguientes cuestiones:

1.1. El significado del *principio de solidaridad*, señalando, tras destacar las actuales insuficiencias y contradicciones constitucionales (Arts. 2, 156, 157.3 y 158) al respecto, que debe *determinarse con precisión quiénes son los obligados por él, quién esté facultado para definir los deberes que de él dimanen y, eventualmente, cuáles son las consecuencias jurídicas que origina su infracción*. Con ello, añade, se dotaría a la jurisprudencia de una base más firme que permita su desarrollo. En concreto propone *la desaparición de la expresión «provincias» del Art. 158*. En principio, no hay nada que objetar a esta propuesta del Consejo de Estado. No obstante, y dada la trascendencia de la misma, hubiera sido necesario un mayor estudio, con referencias al Derecho comparado, y, principalmente, realizando una propuesta concreta de modificación del precepto o preceptos constitucionales afectados.

1.2. El significado del *principio de igualdad*, donde, tras analizar la regulación constitucional (especialmente los Arts. 138.2 y 139.1.) y de recordar la doctrina de nuestra jurisprudencia constitucional<sup>43</sup>, plantea el problema de si la diversidad que la distribución territorial del poder implica ha de extenderse a todo género de derechos, incluidos los derechos económicos y sociales, tema sobre el cual ya volveremos. A este respecto, si así se considerase oportuno, entiende que *se-*

---

<sup>43</sup> A este respecto, resulta significativa la cita expresa de la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA cuando señala que «carece de base constitucional la pretendida igualdad de derechos de las Comunidades Autónomas. Precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del «status» jurídico público de las Entidades territoriales que lo integran. Sin la primera, no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda, no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan el Estado de las Autonomías. Si éste fuera el significado que se le ha de atribuir, el precepto sería superfluo. Pero como el precepto habla de privilegios «económicos y sociales» y no parece que quepa hablar de privilegios de esa naturaleza en relación con las Comunidades, ha de atribuírsele un significado distinto, que no afecta a la relación de las Comunidades entre sí, sino a la de cada una de éstas con las personas físicas y jurídicas titulares de derechos y obligaciones «económicos y sociales».

ría necesario incorporar a la Constitución, mediante la adición del correspondiente precepto, una norma que asegurase que todos los derechos económicos y sociales han de ser los mismos en todo el territorio nacional e idénticos los servicios públicos que satisfagan las correspondientes prestaciones. También es lícito entender, y así parece derivarse del Art. 158 y del Art. 15 de la LOFCA, que la función del Estado es asegurar un contenido necesario y un nivel mínimo de prestaciones, sin impedir que las Comunidades Autónomas vayan más allá. En este segundo caso también es conveniente que la Constitución lo declare de modo inequívoco. Una vez más, y sin perjuicio de compartir las tesis del Consejo de Estado, y dada la importancia de la cuestión planteada, creemos que se debería haber procedido a realizar las correspondientes redacciones concretas de los textos afectados.

1.3. La necesidad de constitucionalizar los principios de *cooperación y colaboración*<sup>44</sup>. Tras declarar las insuficiencias del Art. 145, destinado a encorsetar la iniciativa de las Comunidades Autónomas para colaborar entre sí, así como de analizar la doctrina establecida por nuestra jurisprudencia constitucional, concluye *que hay que consagrar explícitamente en la Constitución el deber de cooperación y colaboración y facilitar, al mismo tiempo, el cumplimiento de ese deber mediante una regulación más flexible de esas actuaciones concertadas, las cuales, si afectan a las competencias de las Comunidades Autónomas, no deberían requerir ninguna autorización de las Cortes Generales. Es decir, propone la reforma del Art. 145.*

1.4. Las relaciones entre las *Comunidades Autónomas y las provincias*. El Informe del Consejo de Estado es marcadamente antiprovincial,

<sup>44</sup> Sobre estos principios, cfr., entre otros, A. Jiménez Blanco: «Reflexiones sobre la cooperación: normativa general y sectorial», *Revista de Estudios Autonómicos*, enero-junio 2002; J. Cano Bueso (dir): *Comunidades Autónomas e instrumentos de cooperación interterritorial*, Madrid 1990; J.M. García Morales: «La cooperación en los federalismos europeos: significado de la experiencia comparada para el Estado autonómico», *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 2, 2002; F.J. Tajadura: *Cooperación y solidaridad y El principio de cooperación en el Estado autonómico*, Granada 2000; T. Font i Llovet: «Cooperación bilateral y cooperación multilateral: el papel de los hechos diferenciales en la cooperación», ambos en la *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 1, 2002; AA.VV: «Administración y Constitución: el principio de cooperación», *DA*, núm. 240, Madrid 1994; AA.VV: «Administración y Constitución: el principio de coordinación», *DA*, núm. 230-231, Madrid 1992.

centrando sus críticas en *el Art. 141*, proponiendo una modificación del mismo, en el sentido de concebir a las mismas como «división territorial para la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado», privándolas, al propio tiempo, de su naturaleza de entidad local con personalidad y autonomía y concluyendo que únicamente mediante la modificación de los Estatutos de Autonomía, y no mediante una ley orgánica como dice el Art. 141, es posible alterar los límites provinciales.

1.5. *La reforma de los Estatutos.* El Consejo de Estado entiende que la vigencia del principio dispositivo se manifiesta de forma expresa en el procedimiento de reforma de los Estatutos de Autonomía, que se caracteriza por una gran heterogeneidad y disfuncionalidad. Tras recordar que hay que considerar *como derogado el inciso final del Art. 152.2* como consecuencia de la reforma proyectada, pues de otro modo se le daría un alcance general, que obligaría a reformar doce Estatutos de Autonomía, el Consejo se muestra partidario *de reformar el procedimiento de reforma estatutaria establecido en la Constitución*, «llevando a ella tanto el principio general de que las propuestas de reforma estatutaria han de ser aprobadas por los respectivos Parlamentos, como las normas básicas que aseguren que la potestad de las Comunidades se articula adecuadamente con la que corresponde a las Cortes Generales», reflexionando sobre la forma que ha de revestir la intervención de las Cortes en los distintos supuestos de reforma.

A tal efecto, el Consejo propone que cuando las reformas estatutarias no afecten a la delimitación de competencias ni al ejercicio de los derechos, ni al sistema de relaciones entre las Comunidades Autónomas y el Estado, se les podría atribuir la facultad de autorizar el referéndum, sin necesidad de intervención posterior al mismo. Es decir, cuando afecte sólo a la organización interna de la Comunidad proponente, podría contemplarse incluso la conveniencia de establecer *un procedimiento de consulta al Tribunal Constitucional*, que también parece ser una modalidad de recurso previo, aunque el momento de su presentación sea distinto. En los otros casos, convendría *«reflexionar sobre la conveniencia de que la aprobación final de éstas revistas la forma de ley orgánica»*, evitando así las confusiones interesadas planteadas, y pro-

poner que se tramite en la forma prevista en el Art., 74 CE, que exige la mayoría de ambas Cámaras y, en caso de discrepancia, mayoría absoluta del Congreso. También cabría la exigencia de mayoría absoluta de ambas Cámaras y una mayoría superior del Congreso en el supuesto de discrepancia. Con ello se *rompe la conexión actualmente existente entre Estatutos y ley orgánica* aumentando las garantías. Ello implica una *modificación del Art. 81 y del párrafo inicial del Art. 147*. Finalmente, el Consejo propone, ante la posibilidad de que las propuestas de ampliación competencial rebasen el marco del Art. 149, acudir *al recurso previo de inconstitucionalidad*, que podría presentarse frente al texto aprobado por las Cortes Generales<sup>45</sup>.

Estas consideraciones del Consejo de Estado únicamente pueden ser compartidas parcialmente. En efecto, es posible asumir la necesidad de proceder a una reforma constitucional de los procedimientos de reforma estatutarios, pero difícilmente resulta asumible tanto la consulta al Tribunal Constitucional, que no aparece suficientemente explicitada, como la propuesta de un recurso previo, la cual parece plantear más problemas que los que pretende resolver. En efecto, nuestra experiencia al respecto debe ser tenida en cuenta, y únicamente el recurso previo de inconstitucionalidad podría ser admitido en casos muy tasados y con un procedimiento preferente y sumario, de tal forma que el Tribunal Constitucional se viera obligado a decidir sobre el mismo en un plazo muy breve de tiempo.

1.6. *El sistema de distribución competencial*. A este respecto, analiza el significado del Art. 150 CE. Tras señalar que su eliminación implicaría ir más allá de la reforma proyectada, propone una modificación del precepto para hacerlo más claro y evitar sus disfuncionalidades. Partiendo del principio de que no hay diferencias cualitativas para distinguir la transferencia y la delegación, lo cual no es doctrinalmente pacífico, pues en todo caso afecta al ejercicio y no a la titularidad, propone el siguiente texto: *«El Estado podrá transferir a una o va-*

<sup>45</sup> En concreto, el Informe del Consejo de Estado señala que «este control *a posteriori* tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que, como los Estatutos, subordinados a la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental. Para librarlos de la sospecha de inconstitucionalidad y, *a fortiori*, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad».

*rias Comunidades Autónomas el ejercicio de facultades sobre materias de titularidad estatal». Por otro lado, hay que delimitar el ámbito de las facultades que pueden ser delegadas, más preciso que el de la «naturaleza» de éstas. A tal efecto, propone dos soluciones concurrentes: *determinar las facultades que en ningún caso pueden ser delegadas o transferidas y/o precisar los fines que justifican la delegación o transferencia.* En este sentido, señala que son las que se consideren inherentes al ejercicio de la soberanía e indispensables para el correcto funcionamiento de la organización general del Estado, las que pongan en peligro la capacidad del Gobierno de la nación para el ejercicio de sus facultades de dirección política a tenor del Art. 97, numerosos apartados del Art. 149.1 para dictar las bases o la legislación básica, pues el común denominador normativo no puede ser cedido a una Comunidad Autónoma. En cuanto al segundo criterio, es exigible, como requisito adicional, que se *«trate de facultades necesarias para que la Comunidad ejerza más eficazmente las competencias ya asumidas en sede estatutaria, con exclusión, por tanto, de todas las que se proyecten sobre materias en las que la Comunidad Autónoma no puede invocar ningún título que la habilite de una u otra forma para intervenir».* Es decir, tiene que existir una vinculación directa entre una o varias competencias de las que figuran en el Estatuto como propias de la Comunidad y las que eventualmente pudieran traspasarse por el Art. 150.2. Finalmente, propone *«una expresa interdicción de la incorporación al texto estatutario de esas facultades estatales transferidas»*, así como la relación de estas reformas con los actuales proyectos de reforma estatutaria, destacando las contradicciones existentes entre uno y otros. Parece como si el Consejo de Estado tuviese la imperiosa necesidad de pronunciarse, al menos de forma implícita, sobre algunos de los contenidos de las reformas estatutarias en curso.*

Estas propuestas del Consejo de Estado parecen ser asumibles en cuanto al significado del Art. 150.2. A la postre, las restricciones con que aparece configurado equivaldrían, en la práctica, a la supresión del mismo propuesta por el Voto Particular del Sr. Aznar<sup>46</sup>, pues se

---

<sup>46</sup> Al Informe del Consejo se presentaron tres votos particulares, a dos de los cuales ya nos hemos referido. Finalmente, existe un tercer voto particular, el del Sr. Aznar, que, además, votó en contra del Informe

convertiría en un precepto difícilmente aplicable. Pero el Consejo de Estado no se pronuncia sobre el significado de las leyes marco y de armonización (Arts. 150- 1 y 3), que parece asumir en su actual redacción constitucional ni, lo que es más importante, sobre el sistema constitucional de delimitación competencial. En efecto, el Consejo de Estado únicamente había entendido como derogado el Art. 148, por ser ya Derecho transitorio, pero no se pronuncia sobre el Art. 149, en sus diferentes apartados y subapartados, donde también puede apreciarse la existencia de Derecho transitorio, pues muchas de las competencias predicadas del Estado lo son ahora de la Unión Europea, así como de una cierta vigencia del principio dispositivo, especialmente por lo que al Art. 149.3 se refiere. Y finalmente no reconoce de modo expreso, aunque si parece que veladamente, la necesidad de constitucionalizar las competencias de las Comunidades Autónomas. Es decir, nuestro sistema de distribución competencial debería optar claramente por el sistema de triple lista. El ejemplo del reparto competencial diseñado por el proyecto de Constitución europea resulta suficientemente ilustrativo al respecto. Las competencias de las Comunidades Autónomas deben ser *ex constitutione* y no únicamente a través de los Estatutos de Autonomía. Todo ello sin olvidar que el funcionamiento de un Estado políticamente descentralizado parece exigir un elevado grado de igualdad competencial entre las diversas Comunidades Autónomas.

---

del Consejo. En él reconoce la calidad técnica del mismo, así como su posición dentro del Consejo de Estado. El mismo sólo afecta a la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas y a la reforma del Senado, mostrándose partidario de las otras dos reformas propuestas. Tras destacar la ingenuidad del Gobierno, se muestra contrario a la modificación del Art. 2, no considera que la ausencia de una referencia a las CCAA constituya una deficiencia a reparar, discrepa con el tratamiento dado a la provincia, hace referencia a los actuales procesos de revisión estatutaria que reafirman el principio dispositivo, señalando que las reformas estatutarias no pueden anteponerse a la reforma constitucional, cuestión ésta que el Informe lo debería haber dicho expresamente. Por otro lado, se muestra de acuerdo con elevar la mayoría para la reforma de los Estatutos, con la introducción del recurso previo de inconstitucionalidad y con las consideraciones sobre el Art. 150.2., que se debería derogar. En cuanto al Senado, se trata de una cuestión política que debió haber abordado el propio Gobierno y no encomendarla al Consejo de Estado. El Informe del Consejo, señala, es una nueva aportación más al debate existente, porque éste debe tener un carácter político, donde los elementos técnicos sólo pueden tener un carácter instrumental. Es decir, hay que clarificar primero los objetivos políticos, pues de lo contrario las opciones técnicas son meras hipótesis. No es partidario de que la elección de los senadores coincida con las elecciones autonómicas ni tampoco de privar al Presidente de la disolución del Art. 115, pues es posible que una sola Comunidad altere el equilibrio de poderes existente en el Senado. Finalmente entiende que se debería haber reconsiderado la representación del hecho insular.

## LA REFORMA DEL SENADO

La propuesta del Gobierno, una vez expuesta la regulación constitucional del Senado y la necesidad de su reforma, sentida en varias ocasiones por la propia Cámara, parte del principio de que la definición constitucional del Senado como Cámara de representación territorial «se corresponda eficazmente con su composición y funciones», convirtiéndose en una Cámara con «identidad propia, representativa de la diversidad, cuya actividad no constituya una reiteración corregida del proceso parlamentario ya transitado en el Congreso de los Diputados». A tal efecto, solicita un pronunciamiento sobre las siguientes cuestiones:

1. Las funciones que debe ejercer el Senado como Cámara de representación territorial y, en particular, el ámbito material y el grado de participación en el ejercicio legislativo, las tareas que le correspondería desempeñar como espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado, y las atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales.
2. La composición más adecuada para ejercer esas funciones y expresar la representación de los intereses territoriales, así como su articulación efectiva.
3. La posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones como Cámara de representación territorial.
4. Las consecuencias sistemáticas que comportaría en el conjunto de la estructura constitucional la adopción del correspondiente modelo de configuración del Senado.

La reforma de la posición constitucional del Senado es mayorita-

---

<sup>47</sup> La bibliografía sobre la reforma del Senado es ingente. Cfr., por todos, AAVV: «La reforma del Senado», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 2, Murcia 1991; J. A. Alonso: *Estudios sobre la reforma del Senado*, Madrid 1999; R. Blanco Valdés: «La reforma del Senado», *Claves de Razón Práctica*, núm. 151, 2005; J. Leguina: «La reforma del Senado y los hechos diferenciales», *RAP*, núm. 143, 1997; M. Martínez Sospedra: *La reforma del Senado*, Valencia 1990; R. Punset: «Razón e identidad del Senado»,

riamente aceptada, y sobre su necesidad se han vertido ríos de tinta<sup>47</sup>. Pero, si bien presenta un carácter necesario y quizás urgente, no parecen existir acuerdos suficientes entre las distintas fuerzas políticas sobre el modo de llevarla a cabo, pues los beneficios obtenidos por las fuerzas políticas sobre las posibilidades de reforma constitucional parecen convertirse en el criterio determinante de la misma. La reforma proyectada, en buena lógica parlamentaria, exigiría la modificación de varios preceptos constitucionales, tanto de nuestro sistema parlamentario como de nuestro modelo autonómico, aunque toda ella podría realizarse a través del artículo 167. Pero la misma no puede ser desvinculada de la reforma anterior, pues se encuentra claramente relacionada con ella. Estamos, pues, ante una reforma que también afecta a nuestro modelo de Estado. Y ante una reforma importante, porque difícilmente las fuerzas políticas permitirán una composición que reduzca sus expectativas electorales. Todo ello sin olvidar que la reforma del Senado afecta al propio concepto de representación política y, por ende, a la soberanía nacional.

El Informe del Consejo de Estado empieza realizando una serie de consideraciones sobre el concepto de representación territorial, analizando los diversos modelos que ofrece el Derecho comparado, como el sistema del Consejo Federal de Alemania, que no puede ser considerado como una auténtica Cámara de representación territorial por no ostentar sus miembros una representación política, razón por la cual resulta desechado; el Senado norteamericano, el Ständerat suizo, el modelo austriaco. A partir de aquí, el Informe se refiere a las siguientes cuestiones:

a. A las *funciones del Senado* como cámara de representación territorial. Siguiendo el esquema de la consulta formulada por el Gobierno, propone las siguientes modificaciones:

1. En cuanto al ámbito de la potestad legislativa, aconseja un forta-

---

REDC, núm. 70, 2004; J. Visiedo: «La reforma del Senado», Valencia 1997; J.M. Pacho Blanco: «Aproximación jurídica a las realidades de las segundas Cámaras legislativas. Reflexiones para la reforma constitucional del Senado español: Cámara de notables versus Cámara de representación territorial», RVAP, núm. 70, 2004; V. Sanjurjo Rivo: *Senado y modelo territorial*, Madrid 2004; E. Aja, E. Alberti y J.J. Ruiz: *La reforma constitucional del Senado*, Madrid 2005; F. J. Gutiérrez: *El debate sobre la reforma del Senado*, Madrid 2004.

lecimiento de la posición del Senado en relación con las llamadas «leyes de incidencia autonómica», de las cuales rechaza expresamente las leyes básicas, y unas modificaciones del procedimiento legislativo ordinario. A este respecto propone lo siguiente:

**1.1. Una modificación del Art. 90.2 y 3.** *«El plazo de cuatro meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados hasta el máximo fijado en la declaración, sin que en ningún caso pueda ser inferior a veinte días».*

**1.2. Una modificación del Art. 87.2, en los siguientes términos:** *«Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso o del Senado una proposición de ley, delegando ante la Cámara que corresponda un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa».*

**1.3. Refundición de los Arts... 88 y 89 en un único artículo, el 88, que diría así:** *«El procedimiento legislativo se iniciará en el Senado cuando se refiera a las leyes previstas en los artículos 150, 156.2., 157.3 y 158.2 de la Constitución o a materias cuya relevancia autonómica, a juicio del Gobierno, así lo justifique».*

**1.4. Modificación del Art. 90.1.:** *«Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por la Cámara en que se hubiera iniciado el procedimiento legislativo, su Presidente dará inmediata cuenta al Presidente de la otra Cámara, quien lo someterá a deliberación de ésta. Si la decisión del Senado en primera lectura fuera adversa a la tramitación del proyecto, el Gobierno podrá dirigirse al Congreso de los Diputados con un mensaje motivado, haciendo constar que el proyecto rechazado es necesario para el cumplimiento del programa del Gobierno. En tal caso, y si el pleno del Congreso así lo acuerda, el procedimiento legislativo ordinario se iniciará en el Congreso y se seguirá por todos sus trámites».*

**1.5. Una reforma del Art. 74.2. del siguiente tenor:** *«En tales casos, así como en el de los procedimientos legislativos a que se refiere el artículo 89 y cuya tramitación parlamentaria se haya iniciado conforme a él, si no hubiera acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta, compuesta de igual número de Diputados y de Senadores. La Comisión presentará un texto que será objeto de votación en una y otra Cá-*

*mara. Si la Comisión no puede llegar a una formulación común o si la alcanzada no mereciera la aprobación de ambas Cámaras, decidirá el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta de sus miembros»<sup>48</sup>.*

1.6. Un nuevo Art. 89.2.: *«Las proposiciones de ley que, de acuerdo con el artículo 87, tome en consideración el Senado serán objeto de la tramitación parlamentaria que proceda».*

Estas propuestas del Consejo pueden ser objeto de un doble tipo de discrepancia. Por un lado, la propia configuración constitucional de las funciones del Senado, especialmente por lo que se refiere a las llamadas leyes de incidencia autonómica, y que parece ir en contra de los actuales procesos de reforma constitucional europeos, como es el caso del Bundesrat alemán, donde la experiencia ha demostrado que la participación del mismo en la elaboración de las leyes, ha implicado un obstruccionismo parlamentario de las mismas y una disminución de las competencias de los Landers. Y, por otro, cuestiones de técnica normativa, que afectarían ya a la nueva regulación del procedimiento legislativo, donde es posible mejorar sustancialmente, incluso desde un mero punto de vista gramatical, el contenido de las propuestas realizadas.

2. El Senado como espacio *de concertación y cooperación* de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado. Tras analizar la regulación existente, el Consejo únicamente propone la reforma del Art. 110, con un nuevo apartado, el 3: *«El Senado y sus Comisiones pueden recabar la presencia de los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, quienes pueden, a su vez, solicitar ser oídos en las sesiones del Senado y de sus Comisiones».* Y ello por entender que actualmente el ordenamiento constitucional permite, sin necesidad de reforma, otras muchas posibilidades, no debiendo nunca el Senado sustituir a los órganos de cooperación gubernamentales ni convertirse en sede de la Conferencia de Presidentes de Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, cuyo reconocimiento constitucional, por otra

---

<sup>48</sup> El Informe del Consejo de Estado también contempla otras posibles opciones, como son la de incluir la primera lectura del Senado en el Art. 74, en nuevo apartado 4 del Art. 90, en el Art. 88 y en el 89, aunque aparecen desechadas por presentar más inconvenientes que ventajas.

parte, no le parece necesario. Las mismas opiniones le merecen la consideración del Senado como instancia de cooperación de las Comunidades Autónomas con la Unión Europea, no pareciéndole necesario la introducción de ninguna previsión constitucional, como ha sucedido en países como Alemania y Francia, ni para que el Gobierno dé cuenta inmediata de las iniciativas normativas en el seno de la Unión, ni las relativas al control del principio de subsidiariedad.

3. En cuanto a las *atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales*, tan sólo propone una modificación del *Art. 162*, para rebajar el número de senadores que pueden interponer un recurso de inconstitucionalidad, entendiendo que la actual regulación constitucional atribuye al Senado una posición prácticamente paritaria, a este respecto, en relación con el Congreso y que no son necesarias ningún tipo de modificaciones constitucionales.

b. Por lo que se refiere a la *composición del Senado*, se plantea diversos problemas tales como la representación de los entes locales, que existe en el Senado francés, y el modo de distribución de los senadores, analizando los diversos modelos propuestos, y el sistema de elección de los senadores, bien por los Parlamentos autonómicos, bien por el sistema de elección directa, sistema éste por el que muestra una moderada preferencia, mostrándose contrario a los senadores natos, como pudieran ser los ex presidentes de las Comunidades Autónomas y a que se acumulen la condición de parlamentario autonómico y la de senador, y partidario de configurar un Senado con carácter permanente, no sujeto a la posibilidad de disolución salvo en el caso de reforma constitucional. A tal efecto maneja diversas alternativas, recogiendo las experiencias del Derecho comparado, todas las cuales conducirían a un Senado menos numeroso, tratando, a nuestro juicio, de reflejar la situación política actual. En concreto, el Consejo de Estado opta por modificar el *Art. 69* con la siguiente redacción:

Un nuevo *Art. 69*: «1. El Senado es la Cámara de representación territorial. 2. Cada Comunidad Autónoma elegirá seis Senadores, otro más por cada millón de habitantes y otro por cada provincia de su respectivo territorio. 3. Los senadores serán elegidos por sufragio universal, libre, igual, direc-

*to y secreto por los votantes de cada Comunidad Autónoma en los términos que señale la ley orgánica electoral general. La elección coincidirá con la que se celebre a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, salvo en el supuesto de disolución del Senado previsto en el artículo 168, en el que coincidirá con las elecciones al Congreso. 4. Cada una de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla elegirá dos senadores en los mismos términos previstos en el apartado tres. La elección coincidirá con la que se celebre para la constitución de la Asamblea de la Ciudad Autónoma, con la misma salvedad establecida en el apartado tres. 5. El mandato de los senadores termina con la toma de posesión de los nuevos senadores proclamados electos y, en su caso, en la fecha de disolución del Senado»<sup>49</sup>.*

La o las propuestas efectuadas por el Consejo de Estado, además de ser opciones claramente políticas y no sólo técnicas, son susceptibles de discrepancia en cuestiones tales como la coincidencia de las elecciones al Senado con las elecciones a los Parlamentos autonómicos, tal y como está en el proyecto de reforma de la Constitución italiana de 16 de noviembre del 2005, proyecto de reforma que parece haber inspirado las propuestas del Consejo en el tema del Senado (no disolución, desaparición de senadores natos...) tras la reforma de la misma en el 2001, y que afectaría a la condición del Senado como órgano constitucional del Estado; el mantenimiento de la actual representación de las ciudades de Ceuta y Melilla y la desaparición de los hechos diferenciales insulares; la atribución de un senador por provincia, y un larguísimo etcétera.

c. En cuanto a la *posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales*, el Informe opta por el carácter permanente del Senado

---

<sup>49</sup> El Informe del Consejo presenta redacciones alternativas a los apartados 3, 4 y 5 del siguiente tenor: «3. En cada provincia se elegirá un Senador por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, mediante escrutinio mayoritario y siendo elegido el candidato que más votos obtenga, cualquiera que sea su número. La elección coincidirá con las elecciones autonómicas, salvo en el supuesto de disolución del Senado previsto en el artículo 168, en el que coincidirá con las elecciones al Congreso. El resto de los Senadores será elegido por la Asamblea Legislativa de acuerdo con lo que establezca el Estatuto de Autonomía respectivo, que asegurará la adecuada representación proporcional. 4. Cada una de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla elegirá dos senadores mediante un sistema mayoritario igual al previsto en el apartado tres. La elección tendrá lugar coincidiendo con la que se celebre para la constitución de la Asamblea de la Ciudad Autónoma, con la misma salvedad establecida en el apartado tres. 5. El mandato de los senadores termina con la toma de posesión de los nuevos senadores designados por la respectiva Asamblea Legislativa o de los proclamados electos en la respectiva provincia o Ciudad Autónoma y, en su caso, en la fecha de disolución de la Cámara».

con independencia del Congreso de los Diputados, debiendo desaparecer los supuestos de disolución de los Arts. 99.5 y 115.1. A este respecto, propone las siguientes modificaciones:

1. Art. 99.5.: *«Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá esta Cámara y convocará nuevas elecciones con el refrendo de su Presidente».*
2. Art. 115.1.: *«El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso de los Diputados, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones».*
3. Art., 73.1.: *«Expirado el mandato del Congreso o en caso de su disolución, el periodo de sesiones del Senado quedará en suspenso hasta la constitución del nuevo Congreso».*
4. Art. 72.2.: *«Las Cámaras eligen sus respectivos Presidentes y los demás miembros de sus Mesas. La elección en el Senado tendrá lugar una vez constituido el Congreso de los Diputados después de un proceso electoral. Las sesiones conjuntas serán presididas por el Presidente del Congreso y se regirán por un Reglamento de las Cortes Generales aprobado por mayoría absoluta de cada Cámara».*

d. Finalmente, por lo que se refiere a las consecuencias sistemáticas de las modificaciones constitucionales propuestas, el Informe del Consejo de Estado entiende que no se debe producir ninguna modificación en relación con los Tratados Internacionales y la Unión Europea, proponiendo tan sólo un nuevo precepto, cuya ubicación podría ser en el Título III o en el VIII del siguiente tenor:

*«1. Las Comunidades Autónomas participan en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las instituciones de la Unión Europea y en la ejecución de su Derecho en materias de relevancia autonómica, con arreglo a las leyes. 2. El Gobierno deberá informar al Senado sobre los procesos de adaptación normativa o los actos de los órganos de la Unión Europea con trascendencia para las Comunidades Autónomas».* Realmente, no se en-

tiende muy bien, como así se señala en el voto particular del Sr. Díez de Velasco, la ubicación de esta propuesta de reforma constitucional. Lo lógico es que la misma se encuentre en el Título dedicado a la regulación de la Unión Europea. Por otro lado, se vuelven a utilizar conceptos jurídicos indeterminados («materias de relevancia autonómica», «con trascendencia para las Comunidades Autónomas»), que, además de recordarnos al sistema de las leyes de incidencia autonómica o a los Estatutos singulares, plantean más problemas que los que pretenden resolver.

## **VALORACIONES EN TORNO A LA REFORMA PROYECTADA**

Las reformas constitucionales, y también las estatutarias, deben ser objeto de una mejor ponderación, tratando de conseguir una adecuación y equilibrio entre ambas, e inspiradas por una mayor dosis de innovación, teniendo en cuenta que si bien es cierto que la situación actual no es igual a la de 1978, también hay que prever las evoluciones futuras del Estado contemporáneo y conseguir un elevado grado de permanencia y estabilidad que evite planteamientos continuos, como consecuencia de resultados electorales siempre coyunturales, sobre nuestro modelo de Estado.

Del Informe del Consejo de Estado se deduce que son alrededor de 60 artículos los que hay que modificar, incluyendo reformas expresas (con texto articulado o no), reformas convenientes no explicitadas y preceptos que, por su carácter transitorio deben entenderse derogados. Es decir, casi un tercio de la Constitución. Por otro lado, parece que en el actual momento político en que nos encontramos no existe acuerdo entre el PP y el PSOE en cuanto al contenido de la reforma constitucional, con la única excepción del tema de la Corona y, previsiblemente, el de la europeización de nuestra Constitución. Sin embargo, limitar la reforma a esta cuestión supondría someter a referéndum la Monarquía como institución. Quizás lo lógico sería intentar un acuerdo rápido entre las dos fuerzas políticas mayoritarias sobre el tema autonómico, incluido el Senado (con el diseño de un modelo que no alterase la actual relación de fuerzas políticas), y con mecanismos de cierre del sistema orientados hacia una solución federal que pudiera adquirir un carácter permanente.

El Informe del Consejo de Estado<sup>50</sup> trata de ser formalmente escrupuloso con los límites inherentes a la tarea encomendada y a su propia función constitucional. A este respecto, reconoce expresamente que no le corresponde valorar los cambios cuya introducción se plantea, pues ésta es una competencia propia de los poderes políticos. Pero lo cierto es que tanto sus razonamientos como sus propuestas parecen ir mas allá de lo inicialmente solicitado, incluyendo incluso una reflexión sobre el procedimiento de reforma que debe seguirse.

En efecto, el Consejo de Estado consideró necesario completar su Informe con algunas consideraciones acerca del procedimiento a seguir en el caso de que fuera acometida la proyectada reforma constitucional. Para el Consejo de Estado el objeto de la reforma es la Constitución misma, no cada uno de sus artículos cuyo texto se pretende modificar o derogar. De esa naturaleza unitaria de todo proyecto o proposición de reforma constitucional se sigue la necesidad de tramitarla como un procedimiento único. Como, además, la reforma afecta a preceptos que, aisladamente considerados, podrían ser reformados por el procedimiento más simple, junto a otros que solamente pueden ser derogados o modificados siguiendo el procedimiento complejo, este último, es el que considera el Consejo de Estado conveniente seguir, pues de otro modo la reforma sería inválida en lo que a ellos respecta. Por ello, considera que «Si las proyectadas modificaciones constitucionales sobre las que versa este informe dieran lugar a una iniciativa de reforma que las abordase conjuntamente, como el Gobierno anuncia en la consulta, toda ella debería tramitarse en la forma prevista en el artículo 168 de la Constitución, ya que es este procedimiento agravado el que ha de aplicarse para la reforma del artículo 57, en la que se contiene la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión al trono. Esta necesidad se hará mas evidente si la iniciativa de reforma constitucional, de acuerdo con algunas de las alternativas que en el Informe se ofrecen, incluye también una modificación del Título Preliminar... Si el propósito del Gobierno se traduce en una ini-

---

<sup>50</sup> Algún autor, sin duda no constitucionalista, lo ha calificado como una de las mejores reflexiones de Derecho Constitucional sobre el modelo de Estado, de pieza jurídica de gran calidad, plena de sentido jurídico. Así lo ha hecho J. Rodríguez Arana: «Consejo de Estado y modelo territorial», *ABC*, 24 de marzo del 2006.

ciativa de reforma constitucional que abarque los cuatro puntos incluidos en la consulta, no cabe soslayar el mandato constitucional que obliga a seguir el procedimiento previsto en el artículo 168 para toda reforma que afecte, entre otras partes de la Constitución, al Título II, del que el indicado artículo forma parte esencial».

El procedimiento agravado del artículo 168 no figuraba en el Anteproyecto de Constitución, siendo introducido posteriormente a través de una enmienda. También el Consejo de Estado se pronunció sobre las interpretaciones posibles del artículo 168 de la Constitución, la cual debe prescindir, en principio, de los preceptos reglamentarios que la desarrollan, para atender exclusivamente al propio texto constitucional. En este sentido, considera que «pese a la ambigüedad de su texto, la interpretación literal del artículo 168 excluye la posibilidad de atribuir a las Cámaras que integran la segunda legislatura una función de mera ratificación... La interpretación más adecuada y, en todo caso, también posible, es la que asigna a la primera legislatura la tarea de establecer las razones de la reforma, delimitar su ámbito y precisar su alcance, habilitando en consecuencia a la legislatura siguiente para actuar como legislatura constituyente, dentro de esos límites concretos... De seguirse la interpretación de este Consejo de Estado, una vez ratificada la decisión de acometer la reforma constitucional y antes de iniciar el procedimiento ordinario, que incluirá la fase de presentación de enmiendas en cada una de las Cámaras, aquella en la que el procedimiento comience habrá de proceder a establecer 'el nuevo texto constitucional'. Una tarea que no debe confundirse con la iniciativa de reforma y que ha de llevarse a cabo en consecuencia dentro de los límites marcados por ésta. Sólo una vez hecho esto, cabe seguir el trámite del procedimiento legislativo común u ordinario». Al término de este procedimiento tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, el texto «deberá ser aprobado por mayoría de 2/3 de ambas Cámaras». El procedimiento agravado del artículo 168 concluye una vez «aprobada la reforma de las Cortes Generales», con el sometimiento de ella «a referéndum para su ratificación». Respecto de este referéndum, el Consejo de Estado nada de especial agrega, salvo el indicar que la aprobación de la reforma requerirá del voto favorable de la mayoría de los votos válidos emitidos en el mismo. Como es sabido, en la mayoría de los Estados compuestos está generalmente pre-

vista, bien sea mediante una participación indirecta en la reforma a través de la Cámara de representación territorial (Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Venezuela, Argentina...), bien mediante una participación directa, exigiéndose generalmente la aprobación de la modificación propuesta por un determinado número de Estados (Méjico, Estados Unidos, Canadá, Suiza, Rusia...). Las mayorías exigidas en este segundo supuesto también son diferentes. Así, en Méjico y en Suiza es necesaria la mayoría absoluta de los Estados; en Rusia y Canadá se eleva hasta los  $2/3$ , siendo necesario, además, en este caso que las provincias que estén a favor de la reforma constitucional representen al menos el 50% de la población. Finalmente, en otros, como en los Estados Unidos, es necesario el voto favorable de las  $3/4$  partes de los Estados. También hay países como Suiza donde los cantones podrán pronunciarse directamente sobre el proyecto de reforma constitucional presentado a través del referéndum de sus respectivas poblaciones. En Italia, el proyecto de reforma constitucional podrá ser sometido a referéndum popular siempre que lo soliciten al menos cinco asambleas regionales. Respecto del objeto de la modificación, generalmente los Estados miembros intervienen en la reforma constitucional sin ningún tipo de limitación en cuanto a las disposiciones constitucionales que pueden ser objeto de revisión. Sin embargo, algunos países como Austria limitan la intervención de los «Länder» en la reforma constitucional a través del Bundesrat cuando ésta afecte exclusivamente al reparto de competencias entre los Estados federados y la Federación. De otra parte, conviene recordar que en algunos ordenamientos jurídicos se ha reconocido una especie de derecho de veto a los Estados miembros sobre algunos supuestos concretos de reforma. Así, en Canadá las provincias pueden vetar las reformas que afecten a la composición del Tribunal Supremo, a la representación de las provincias en el Senado, la cuestión del bilingüismo, o la propia reforma constitucional. Finalmente, el propio texto constitucional puede establecer determinadas cláusulas de intangibilidad que generalmente se van a referir a la forma federal del Estado. Así, el párrafo tercero del artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn dispone que será ilícita toda modificación que afecte a la división de la Federación en Estados o a los fundamentos de la cooperación de los «Länder» en la potestad legislativa. En Portugal, el artícu-

lo 290 p) establece explícitamente que las leyes de revisión constitucional tendrán que respetar la autonomía político-administrativa de los archipiélagos de Azores y Madeira.

La existencia de un procedimiento agravado de reforma constitucional que requiera la intervención de dos legislaturas está previsto en once Estados europeos, concretamente en Bélgica (Art. 159), Dinamarca (Art. 88), Estonia (Art. 165), Finlandia (Art. 73), Grecia (Art. 110), Luxemburgo (Art. 114), Países Bajos (Art. 137), Suecia (Art. 15, cap. VIII del Instrumento de Gobierno), Noruega (Art. 112), Islandia (Art. 79) y Suiza (Art. 92). En cuanto a la naturaleza de la intervención que realiza cada una de las sucesivas legislaturas, mientras en Bélgica, Grecia y Luxemburgo la primera legislatura declara la necesidad de la reforma, precisando los artículos sobre los que ésta ha de incidir, pero sin determinar cuál haya de ser el sentido de los cambios a introducir; por el contrario, en todos los demás países mencionados, es la primera legislatura la que establece el contenido de la reforma, limitándose el poder de la segunda al de aceptarlo o rechazarlo en conjunto, pero sin introducir modificación alguna, aunque en los Países Bajos la Cámara Baja de la segunda legislatura puede decidir fragmentar el texto aprobado y someter cada una de las partes restantes a votaciones separadas.

También ésta ha sido la pauta seguida por nuestras Constituciones históricas, con la sola excepción de la Constitución de 1812, que han encomendado su reforma al acuerdo alcanzado por dos o más legislaturas. En este sentido, tanto la Constitución de 1869 (Art. 110) como la de 1931 (Art. 125) precisan con claridad que la función de la primera legislatura se reduce a adoptar el acuerdo de reformar la Constitución, indicando el artículo o artículos que hayan de alterarse, siendo la segunda legislatura, ya con carácter constituyente, la que ha de deliberar sobre la reforma.

Esta interpretación ofrecida por el Consejo de Estado es claramente favorecedora de las posiciones políticas del Gobierno, especialmente por lo que se refiere al logro del consenso en la iniciativa de reforma con las demás fuerzas políticas. Parece, por otro lado, que más que atender al contenido de la reforma, lo que se pretende es conseguir un acuerdo sobre la necesidad y el inicio de la misma, con la única finalidad de dar cumplimiento a un programa electoral determina-

do, sin fijar un horizonte concreto y sin tener en cuenta las consecuencias jurídicas y políticas que de ello pudieran derivarse. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, nada hubiera extrañado que el Consejo de Estado hubiera también propuesto algunas modificaciones en relación con el procedimiento de reforma constitucional. En efecto, una vez cerrado el modelo de Estado, cuestiones tales como la existencia o no de cláusulas de intangibilidad y la existencia de límites materiales expresos, la propia noción de revisión total de la Constitución, la existencia de dos procedimientos de reforma constitucional, los propios mecanismos de reforma constitucional, como es la necesidad de dos legislaturas, la presencia efectiva de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de reforma constitucional, e incluso el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales sobre la reforma, podrían haber sido abordados.

Aunque no sea el momento de hacer un debate sobre el significado de la función consultiva y la posición constitucional del Consejo de Estado<sup>51</sup>, cuya existencia figura en todos nuestros textos constitucionales históricos, y que según la STC 56/1990, «pese a la dicción literal del artículo 97 CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece», parece conveniente recordar que el mismo es, según la STC 204/1992, de 26 de noviembre, un órgano consultivo de las Administraciones Públicas, que permite la existencia de órganos consultivos autonómicos, dotado de independencia funcional para la tutela de la legalidad y del Estado de derecho».

---

<sup>51</sup> Cfr., a este respecto A. Carrillo Donaire: «Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)», *RAP*, núm. 153, 2000, para quien «sin el Consejo de Estado francés, no puede entenderse el origen y la evolución contemporánea del Derecho Administrativo»; J. García Fernández: «Las funciones consultivas en el Estado democrático», *DA*, núm. 226, 1991; V. Garrido Mayoll: «Veinticinco años de función consultiva», *RDP*, núms. 58-59, 2003-2004; C. Ruiz Miguel: *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*, Madrid 1995; G. Trujillo: «La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado», *DA*, núm. 226, 1991; J.L. López González: «Los Consejos Consultivos autonómicos» en *www.iustel.com*; I. Molas: «El Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 4, Murcia 1992; R. Blanco Valdés: «La función consultiva autonómica y su institucionalización tras la STC 204/1992: algunas reflexiones a propósito de la Ley del Consejo Consultivo de Galicia» en *Autonomías*, núm. 22, 1997; D. V. Blanquer Criado: *Consejo de Estado y Autonomías*, Madrid 1994; T. Font i Llovet: «Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas» en *Autonomías*, núm. 8, 1987 y «Función consultiva y Estado autonómico», *RAP*, núm. 138, 1995; F. López Menudo: «Los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas: composición y organización», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 6, 1991 y «El Consejo de Estado como

Pero lo cierto es que las nuevas competencias atribuidas al Consejo de Estado por la ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, pueden desnaturalizar la posición constitucional del Consejo de Estado, concebido como órgano supremo consultivo del Gobierno, pues el ejercicio de la función consultiva debe consistir en emitir dictámenes de legalidad, incluso si se quiere dictámenes de legalidad a la oportunidad, pero la misma no puede consistir en decidir cómo se ha de realizar una reforma de la Constitución, pues ello es una decisión política, ya que la Constitución es la decisión política por antonomasia<sup>52</sup>.

Nuestro Consejo de Estado no es semejante a las figuras análogas que contempla el Derecho comparado, especialmente el francés, italiano y belga, careciendo, en todo caso, de funciones jurisdiccionales. Hoy día es posible afirmar que el Consejo de Estado ya no conserva el monopolio en el ejercicio de la función consultiva, no sólo por la existencia de los consejos consultivos en las CCAA, sino porque esta función se atribuye a otros órganos de relevancia constitucional, como el CGPJ, Tribunal de Cuentas, Consejos Económicos y Sociales, Dirección General de lo Contencioso del Estado, los gabinetes políticos, órganos ministeriales, etc...

Es cierto que el Art. 2.1., precepto que fue objeto de importantes debates parlamentarios, de la ley orgánica 3/1980, de 3 de abril, dispone lo siguiente: «En el ejercicio de la función consultiva, el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines». Esta función únicamente

---

presunto modelo de los Consejos consultivos autonómicos», *DA*, núms. 244-245, 1996; A. Bar Cendón: «La reforma constitucional y el Consejo de Estado» en *Las Provincias*, 12 de marzo del 2005, quien habla de «desustanciación de sus funciones» como órgano supremo consultivo; Arozamena: «La caracterización constitucional del Consejo de Estado», *DA*, núm. 244-245, 1996; I. Caveró: *La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Madrid 2001; J. Gálvez Montes: «Art. 107. El Consejo de Estado» en *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid 1985; G. García Álvarez: *La función consultiva del Consejo de Estado*, Barcelona 1997 y *Función consultiva y procedimiento: régimen de los dictámenes del Consejo de Estado*, Valencia 1997; E. García de Enterría: «Aspectos de la Administración consultiva», *RAP*, núm. 24, 1957; R. Parada: «El Consejo de Estado», *DA*, núm. 226, 1991.

<sup>52</sup> Así lo entiende, y razona, A. J. Sánchez Navarro: «La función constitucional del Consejo de Estado y su reforma», (texto mecanografiado amablemente facilitado por su autor) a quien seguimos en sus planteamientos. El precedente de la elaboración de la Constitución republicana de 1931 con la creación de la Comisión Jurídica Asesora hubiera sido, sin duda, más adecuado.

la tiene reconocida el Consejo de Estado y no los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas, que reducen sus dictámenes a cuestiones de estricta legalidad, a no ser que la autoridad consultante lo interese expresamente. Todo ello, sin perjuicio de elevar mociones y de realizar, en su Memoria anual, las correspondientes sugerencias y recomendaciones para el mejor funcionamiento de la Administración.

Ahora bien, la función consultiva es una función técnico-jurídica, que se ejerce en el ámbito estrictamente administrativo, al servicio del poder ejecutivo y de su ámbito funcional. Los propios Dictámenes del Consejo ponen de manifiesto que cuando se trata de normas reglamentarias ejerce un control de legalidad centrado, aunque no de modo exclusivo, en el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria, si se trata de Anteproyectos de ley su finalidad es el ajuste de éstos con el resto del ordenamiento jurídico y, en primer lugar, con la Constitución. Cuando se trata de elaborar una ley, el dictamen se ha de constreñir a la constitucionalidad del Anteproyecto, a su coordinación con el resto del ordenamiento jurídico y a cuestiones formales o de técnica normativa. Y añade expresamente: «También puede valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto, pero sin olvidar que es al legislador en última instancia, y al titular de la iniciativa legislativa en primer lugar, a quien corresponde ejercer la opción política de las medidas, y que la prudencia aconseja no aventurarse en juicios de oportunidad, si no se pueden hacer con conocimiento de causa o razonablemente». «Al Consejo ... no le compete resolver controversias, sino ilustrar a la autoridad competente para decidir las» (Dictámenes 2.738/1997, de 8 de mayo; 3.971/1996, de 4 de septiembre; 50.169/1987, de 21 de mayo). Es decir, la función consultiva es distinta de la función de propuesta y de informe, debiendo pronunciarse sobre iniciativas ajenas y no sobre cuestiones de oportunidad sino únicamente de legalidad.

Hoy día es posible hablar de una indefinición constitucional de la función consultiva. En las Monarquías absolutas la función consultiva adquiriría un carácter universal que se proyectaba sobre todas las funciones del monarca: normativas, jurisdiccionales y ejecutivas. Toda actividad consultiva supone una forma de asesoramiento, pero no toda forma de asesoramiento puede encuadrarse dentro de la función consultiva, pues la juridicidad debe ser considerada como un elemen-

to esencial de la función consultiva. La valoración de los aspectos de oportunidad y conveniencia suele reconducirse, doctrinal y jurisprudencialmente, a aspectos formales, de congruencia o, en última instancia, también jurídicos. Y ello tanto desde un punto de vista subjetivo, que implica la existencia de una *auctoritas* del sujeto y una independencia orgánica y funcional del mismo, como objetivo, pues su enjuiciamiento se fundamenta en la aplicación de parámetros jurídicos. La función consultiva no es una función de control, pero sí de garantía «del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ella, de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos» (STC 204/1992). La función consultiva nunca puede tener por objeto la política general de la autoridad que solicita la consulta, sino las decisiones concretas plasmadas en proyectos de disposiciones o resoluciones.

A estas alturas no parece resultar difícil de precisar la naturaleza constitucional de la función consultiva. Para ello, existen, a nuestro entender, al menos dos criterios. Uno, la posición constitucional del órgano u órganos a los que constitucional y legalmente se les atribuye esta competencia. Y otro, los criterios establecidos legalmente en orden al ejercicio de la competencia consultiva de todos los órganos legitimados para ello. Es decir, hay que tratar de determinar, a modo de ejemplo, si la posición del Consejo de Estado es la misma que la de sus homólogos autonómicos, o, desde otro punto de vista, si su condición de órgano de relevancia constitucional le condiciona el ejercicio de la función consultiva de la misma manera que a otros órganos, como pudiera ser el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social o los órganos internos de la Administración General del Estado.

La reforma efectuada en el 2004 presenta diversas variables o vertientes, afectando todas ellas, unas más que otras, a la posición constitucional del Consejo de Estado. De este modo no nos parece adecuada ni la modificación introducida en su composición, con la presencia de los ex presidentes del Gobierno y otros altos cargos, ni las relativas a su funcionamiento, especialmente con la creación de la llamada Comisión de Estudios, pues todo ello puede conducir a una politización del propio Consejo. Pero es la ampliación de sus competencias la que una mayor preocupación produce, pudiendo verse

afectada su tradicional *auctoritas*. A este respecto, la Ley del 2004 establece las siguientes:

1. Realizar por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite o los que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones (Art. 2.3.). Esta vía es la que se ha utilizado por el Gobierno en su proyectada reforma constitucional, desechando la de elaboración de propuestas, aunque el documento remitido por el Gobierno pueda dar lugar a ciertas confusiones. Es cierto que el Consejo, a lo largo de su Informe, se muestra meticuloso en el ejercicio de sus funciones, proponiendo la redacción concreta de preceptos a título meramente indicativo, pero también lo es que aprovecha las cláusulas generales de la consulta formulada, realizando precisiones de política constitucional. Por otro lado, ello parece haber contribuido al mimetismo autonómico, como revelan los Informes solicitados a los Consejos Consultivos de Galicia y Asturias sobre sus respectivas reformas estatutarias.

2. Ser consultado preceptivamente respecto de los Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el Consejo de Estado (Art. 21.1.).

3. Elaborar las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende (Art. 2.3.).

En suma, se trata de una reforma legislativa, con una dimensión política y no estrictamente jurídica, absolutamente pensada y predefinida para el ejercicio de determinadas competencias, que va incluso más allá de las soluciones que ofrece el Derecho comparado. En efecto, el Consejo de Estado francés, ejerce funciones jurisdiccionales, sin embargo, en el ejercicio de su función consultiva no está incluida la reforma constitucional. Por su parte, en el Consejo de Estado italiano, aunque es competente para formular «proyectos de ley y de reglamento», se trata de una competencia que ha caído ya hace bastantes años en desuso. Ninguno de los dos puede elaborar propuestas de reforma constitucional, pues ello conlleva, ineludiblemente, funciones de orientación y dirección política. El problema es que el Gobierno, que pretendió situarse en la posición de actor secundario cuando su papel, en estas cuestiones, debe ser el de protagonista indiscutible, no

calculó adecuadamente el uso que de la misma iba a realizar el Consejo de Estado, proponiendo cuestiones que iban claramente en contra de los planteamientos por él defendidos en las reformas estatutarias proyectadas. El propio Acuerdo del Consejo de Ministros, sobre cuya singularidad no queremos pronunciarnos en estos momentos, parece dejar un amplio margen al Consejo de Estado, el cual, cuando se trate de propuestas de reforma constitucional «atenderá a los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno, y podrá hacer también las estimaciones que estime pertinentes acerca de ellos». Es decir, más que pronunciarse sobre las propuestas del Gobierno, el Consejo de Estado lo que hace es proponer las reformas constitucionales<sup>53</sup>.

Todo lo anterior supone que vamos hacia un nuevo Consejo de Estado, que ha dejado de ser un órgano «invisible»<sup>54</sup> para la doctrina constitucionalista y para la opinión pública española. Ha dejado de ser un órgano discreto, poco dado a proporcionar titulares a la opinión pública. La opinión del Consejo no debería ser previa y anterior, debiendo producirse cuando la iniciativa esté ya prácticamente definida. Esto sí que es congruente con la función consultiva, formando parte de su esencia, y contribuyendo a que la misma desempeñe una función importante en el sistema de control de los poderes. Y es que, a nuestro juicio, la ampliación de competencias ubica al Consejo de Estado fuera de su posición natural. La elaboración de propuestas legislativas, y sobre todo, propuestas de reforma constitucional, puede provocar una extralimitación de la función consultiva, yendo mucho más allá que sus homólogos europeos, y que podría no ser legítima<sup>55</sup>. Supone, a la postre, un grave riesgo para su autoridad y, en consecuencia, para su propia existencia.

---

<sup>53</sup> Estos planteamientos deben ser entendidos dentro de un proceso de auténtica planificación política que, previsiblemente, arranca del posicionamiento de F. Rubio Llorente en «la necesidad de reforma constitucional», conferencia pronunciada en el CESCO el 28 de octubre del 2004 (<http://www.cpc.es/ReformaRLL.pdf>.) donde expone su opinión sobre la reforma proyectada por el Gobierno. En dicha conferencia, F. Rubio sostiene que el único punto que requeriría la reforma a través del art. 167 es el referente a la incorporación del Derecho Comunitario, pues los demás «afectan profundamente a un principio fundamental de nuestro orden constitucional y pueden ser considerados, en consecuencia, como manifestación de una reforma total».

<sup>54</sup> La expresión es debida a I. Cavero: *La función consultiva del Consejo de Estado y su aportación al ordenamiento jurídico*, Madrid 2001.

<sup>55</sup> Cfr., a este respecto, las tesis mantenidas por J. Gálvez Montes: «El art. 107. El Consejo del Estado», en *Comentarios a las Leyes Políticas* (dir. O. Alzaga), Madrid 1985.

Por otro lado, es posible afirmar que el Informe del Consejo de Estado, así como el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros, no es susceptible sólo de un análisis jurídico sino también político. A estos efectos, se puede poner en tela de juicio tanto la oportunidad del momento de su difusión como el contenido del mismo. No se trata tan sólo de analizar las cuestiones planteadas por el Gobierno, sobre las cuales habría mucho que decir, sino sobre las respuestas producidas, señalando especialmente si hay o no una relación dialéctica entre ellas y si el Consejo de Estado se ha extralimitado o no en el ejercicio de unas competencias que, de por sí, parecen suponer una radical transformación de su función consultiva. Finalmente, es posible añadir que el contenido del Informe, especialmente por lo que se refiere al modelo de Estado, no parece adecuarse a las pretensiones y finalidades de los actuales proyectos de reforma estatutaria, todos ellos avalados por el Gobierno, lo cual no deja de plantear importantes problemas políticos, entre los cuales es preciso destacar tanto la vinculación del Gobierno al Informe del Consejo de Estado, como su posible utilización partidaria por otros grupos políticos. En todo caso, hay que destacar, y ello con independencia del resultado final de la reforma constitucional proyectada, que nos encontramos ante un documento serio y congruente, que ha de tener, debido a la autoridad científica del órgano emisor, una proyección importante en el futuro, contribuyendo al debate sobre la necesidad de una reforma constitucional, y con independencia de que ésta se lleve a cabo o no. Por otro lado, el contenido del Dictamen va más allá de la respuesta ceñida a las preguntas escritas, haciendo determinadas consideraciones de política jurídica, de política constitucional. Es de esperar que las posturas de las fuerzas políticas, una vez hayan hecho uso de su derecho a la crítica en lo que se refiere a los aspectos formales de la reforma, tengan en cuenta, en buena medida, los contenidos propuestos por el Consejo de Estado. Y es también de esperar, con carácter previo a lo anterior, que el Gobierno proporcione una respuesta congruente, aunque algunos de sus contenidos sean contrarios a su propia posición política, tomando la iniciativa que nunca debió abandonar y situándose en una posición de protagonista que le corresponde en estos momentos.