

Santiago Muñoz Machado

---

TRATADO DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO  
Y DERECHO PÚBLICO GENERAL

---

TOMO V  
LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA



MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA



Boletín Oficial del Estado





TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y  
DERECHO PÚBLICO GENERAL

V  
LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA



**SANTIAGO MUÑOZ MACHADO**

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid

**TRATADO  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y DERECHO PÚBLICO  
GENERAL**

V  
LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2015

Cuarta edición: octubre de 2015  
Primera edición con esta estructura y formato



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Santiago Muñoz Machado

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO (encuadernación en cartóné): 007-15-105-0

NIPO (encuadernación en rústica): 007-15-104-5

ISBN (Tomo V): 978-84-340-2220-1

ISBN (obra completa): 978-84-340-2215-7

Depósito Legal: M-24706-2015

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

# ÍNDICE GENERAL

I.	<b>Planteamiento</b> . . . . .	9
II.	<b>La configuración histórica de las principales características de la Constitución como norma jurídica</b> . . . . .	14
	1. <i>Los pactos constituyentes y sus transformaciones</i> . . . . .	14
	2. <i>La Constitución como norma superior: emergencia y crisis de la idea</i> . . . . .	26
	3. <i>El control de la constitucionalidad de las leyes: las causas que determinaron el no establecimiento de un sistema de control de las leyes en el constitucionalismo europeo y los criterios seguidos para su implantación ulterior</i> . . . . .	35
	4. <i>La eficacia normativa de los contenidos materiales de las Constituciones decimonónicas</i> . . . . .	44
	A) <i>Crítica de las tesis sobre el carácter no normativo de las Constituciones decimonónicas.</i> . . . . .	44
	B) <i>La eficacia de las determinaciones constitucionales sobre la organización del Estado.</i> . . . . .	49
	C) <i>La realización de los derechos y las garantías constitucionales para su efectivo ejercicio</i> . . . . .	57
	a) <i>Planteamiento.</i> . . . . .	57
	b) <i>La trayectoria de la Declaración de Derechos de 1789.</i> . . . . .	59
	c) <i>Las libertades personales declaradas en las Constituciones decimonónicas. Su suspensión como prueba de su eficacia ordinaria</i> . . . . .	62
	d) <i>Derechos de carácter económico y social</i> . . . . .	68
	e) <i>Las garantías jurisdiccionales</i> . . . . .	77
III.	<b>La estructura normativa de la Constitución vigente</b> . . . . .	91
	1. <i>El carácter vinculante de las normas constitucionales: posiciones del legislador, los jueces y tribunales y la Administración Pública</i> . . . . .	91
	A) <i>Delimitación y caracteres de lo vinculante</i> . . . . .	91
	B) <i>Mandatos, encomiendas, límites y otras manifestaciones de la vinculación legislativa.</i> . . . . .	95
	C) <i>Constitución y jueces.</i> . . . . .	101
	D) <i>El sometimiento a la Constitución de la Administración Pública</i> . . . . .	105



2.	<i>Tipología de las normas constitucionales</i> . . . . .	106
A)	En general . . . . .	106
B)	Reglas y principios . . . . .	108
C)	Derechos y garantías . . . . .	115
D)	Normas de organización de los poderes y reglas sobre competencias, reenvíos y desconstitucionalización . . . . .	127
<b>IV.</b>	<b>La superioridad normativa de la Constitución</b> . . . . .	<b>137</b>
1.	<i>Planteamiento</i> . . . . .	137
2.	<i>La garantía jurisdiccional de la integridad y superioridad de la Constitución. Sobre la concentración y la descentralización del sistema: las decisiones de los jueces ordinarios sobre interpretación e inaplicación de las leyes</i> . . . . .	138
A)	La aplicación expansiva del principio de interpretación de las normas conforme a la Constitución . . . . .	143
B)	La influencia del Derecho comunitario europeo . . . . .	147
3.	<i>Reformas de la Constitución y otras transformaciones y mutaciones de la misma</i> . . . . .	157
<b>V.</b>	<b>La articulación entre la Constitución interna y la Constitución Europea</b> . . . . .	<b>166</b>
1.	<i>Los tratados comunitarios como «Constitución europea». Su significación normativa</i> . . . . .	167
2.	<i>La progresiva incorporación a los tratados de elementos característicos de las normas constitucionales</i> . . . . .	183
A)	De la separación de poderes y la democracia en Europa . . . . .	183
B)	Las competencias constitucionales de la Unión Europea . . . . .	188
C)	Los derechos fundamentales y sus garantías . . . . .	197
<b>VI.</b>	<b>La europeización de la Constitución.</b> . . . . .	<b>209</b>
1.	<i>La adaptación de las Constituciones estatales a la Constitución europea</i> . . . . .	209
2.	<i>Constitucionalidad y convencionalidad de los tratados y las leyes. Las colisiones entre normas y la depuración del ordenamiento</i> . . . . .	225
3.	<i>Reformas, mutaciones constitucionales y redistribución del poder constituyente.</i> . . . . .	237
	<b>Bibliografía</b> . . . . .	<b>248</b>
	<b>Índice analítico y onomástico</b> . . . . .	<b>269</b>

## I. PLANTEAMIENTO

El propósito de este volumen es exponer el origen y evolución del constitucionalismo contemporáneo, los rasgos más destacados que caracterizan a las Constituciones vigentes como normas jurídicas y, finalmente, las transformaciones que estas Constituciones estatales están experimentando por la fuerza del proceso de integración económica y política europea, que reconoce a un ordenamiento externo al constitucional del Estado, regido por principios autónomos y propios, una eficacia y fuerza normativa tan intensas que pueden desplazar y condicionar la aplicación de las propias Constituciones internas.

Estas transformaciones ocupan un arco temporal de poco más de doscientos años y, en verdad, son fascinantes. Durante ese tiempo, la lucha por la Constitución ha sido la expresión de la creencia, asentada en el pensamiento político desde el siglo XVIII, de que un texto legal de carácter superior, acordado por el pueblo soberano, es la mejor garantía posible contra los abusos de poder y la máxima protección imaginable de los derechos de los ciudadanos.

La idea de una norma suprema, a la que todos se someten y que establece pautas básicas para la convivencia, está ya presente en la doctrina medieval. La mención de las leyes fundamentales, del *fundamental law*, de las *lois fondamentales*, es general en toda Europa. Pero, cualesquiera que sean las peculiaridades de cada caso, que sistematizó ordenadamente P. BASTID, la ley fundamental se expresa en un pacto entre el monarca y el estamento nobiliario, o con los representantes estamentales en la Asamblea o Cortes.

La Constitución contemporánea, en cambio, supone la autodisposición del pueblo sobre la organización del poder y la garantía de los derechos. Esencialmente eso, como acertó a sintetizar con un par de expresiones afortunadas el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Para que la Constitución, de tal manera concebida, pueda dar respuesta a las esperanzas que el pueblo que la establece deposita en

ella, se la configura como un instrumento jurídico con rasgos singulares, distintos de la legislación ordinaria. Su carácter «fundamental» se traducirá técnicamente en una característica jurídica esencial: es una norma superior a todas las normas, que no puede ser modificada por decisiones del legislador ordinario.

Su condición de norma superior no ha sido fácil de consagrar, frente a la inequívoca voluntad en tal sentido de los primeros constituyentes revolucionarios. Quiérese decir que en los propios debates constituyentes se expresa la concepción de la Constitución como norma superior, pero el aseguramiento de dicha posición normativa requerirá el establecimiento de garantías específicas que la salvaguarden frente a las transgresiones del legislador ordinario. Protección que no se concretará en ninguna fórmula específica, ni en la Constitución americana de 1787 ni en las francesas de 1791 y 1793. El Tribunal Supremo norteamericano corregirá abiertamente el silencio constitucional afirmando la posibilidad de que los tribunales no apliquen las leyes contrarias a la Constitución (*Marbury v. Madison*, de 1803). Pero Francia no hará lo propio, ni, siguiendo su ejemplo, lo harán los Estados de la Europa continental hasta siglo y medio más tarde.

Este importante déficit del constitucionalismo europeo ha debilitado la caracterización de la Constitución como norma superior. Al no establecerse un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, la supremacía de la ley fundamental quedó, realmente, al páiro. Tampoco resultó protegida por la fijación de procedimientos especiales para su reforma, porque, si no se siguieran, nada sería posible hacer contra las decisiones del legislador ordinario que violasen cualquier regla constitucional. No habiendo manera de anular la ley inconstitucional tampoco tienen sentido los procedimientos especiales de reforma.

El poder legislativo ordinario adquiere, en tal situación, fuerza constituyente. Si no existe control de la constitucionalidad de las leyes, todas las Constituciones quedan a disposición del legislador, son flexibles, en el sentido que BRYCE dio a este término, usado por la doctrina para referirse a las Constituciones que no oponen resistencia a su modificación por el legislador ordinario.

Considerando esta situación, se comprende que el concepto mismo de Constitución, con el sentido que tuvo originalmente en el período de las revoluciones burguesas, desapareciera. La Constitución se convirtió en un texto legal de rango y fuerza equiparables a los de la ley, dejando de ser una norma superior. Al menos en su expresión escrita.

La misma doctrina que teorizará sobre la decadencia del concepto revolucionario de Constitución, reconociendo que el texto escrito no puede oponerse a la voluntad del legislador ordinario, reconstruyó el concepto de Constitución y su posición supralegal, para referirlas, no a un texto escrito, sino a ideas y convicciones sobre organización del Estado y protección de los derechos, formados a lo largo de la historia de los pueblos.

Este desfallecimiento de la idea original de Constitución, propia de la revolución burguesa, duró bastantes decenios, porque, de un modo u otro, se proyectó desde el Congreso de Viena de 1815 hasta la aprobación de las vigentes Constituciones democráticas. Con notables intervalos, no obstante, en que algunas formas constitucionales básicas se mantuvieron.

Este largo paréntesis de la idea de Constitución ha llevado a alguna doctrina a afirmar que aquella habría perdido en el aludido período oscuro no solo la condición de ley superior, sino también todo su valor normativo. Lo cual, a nuestro juicio, es una esquematización comprensible, pero inexacta. Comprensible porque ha servido para enfatizar como se merece la importancia de la recuperación constitucional que ocurre en España en 1978, acogándose la Constitución de dicho año a los más elevados principios de protección de la ley fundamental y de aseguramiento de su eficacia jurídica, sobre todo en contraste con el «constitucionalismo» franquista. Es inexacta, decimos, sin embargo, porque, además de que el período que va de 1814 al final de la II Guerra Mundial no admite una consideración tan uniforme, es perfectamente verificable, como esperamos hacer nosotros, que una cosa es que las Constituciones históricas no hayan tenido la condición de ley superior y otra distinta es que no tuvieran un efectivo valor normativo.

El objetivo de este volumen es recorrer el proceso de formación de los rasgos que caracterizan a la Constitución española de 1978 como norma jurídica. Su fuerza vinculante y su condición de norma superior son hoy indiscutibles. En la protección de estas características se emplean técnicas sacadas, principalmente, del arsenal del constitucionalismo y la doctrina austríaca y alemana. Pero nuestra tesis es que la Constitución española, como otras europeas, aunque aseguran su supremacía usando técnicas parcialmente distintas de las empleadas en el constitucionalismo norteamericano, ha asumido algunas características de este modelo.

Esperamos probarlo con diferentes argumentos. Pero anticiparemos dos: el control de la constitucionalidad de las leyes se atribuye en

España, como en el resto de la Europa continental, a un órgano ad hoc, el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el monopolio de esa función se está diluyendo a favor de su ejercicio, cada vez en términos más significativos, por los jueces y tribunales ordinarios. Explicaremos en su momento las razones. Por otra parte, la protección de la Constitución frente a las leyes ordinarias también se asegura en la nuestra, como en las demás europeas, afirmando su condición de norma rígida, no modificable usando el procedimiento legislativo ordinario, sino uno muy agravado que la propia Constitución establece. Sin embargo, igual que ha ocurrido también en el constitucionalismo norteamericano, la protección que ofrecen a la Constitución aquellas cláusulas especiales de reforma ha tenido una trayectoria decadente. La adaptación de la Constitución a los cambios sociales, económicos o políticos se consigue más fácil y ágilmente mediante la interpretación de sus normas para acomodarlas a las nuevas realidades. Estos cambios consisten, por tanto, en mutaciones constitucionales que no se expresan, al menos inmediatamente, en reformas adoptadas siguiendo procedimientos formalizados, sino que operan por la fuerza de los hechos, la práctica o la costumbre.

Este tipo de adaptaciones, sin reforma, son relativamente frecuentes y ocurren muchas veces en virtud de las interpretaciones que el Tribunal Constitucional va estableciendo de las muchas cláusulas abiertas que la Constitución contiene. Pero desde finales del siglo xx el fenómeno que ha contribuido a evidenciarlas y a hacerlas más frecuentes ha sido el proceso de integración económica y política que está siguiendo Europa.

Es la propia Constitución, en su condición de norma de normas, la que permite la apertura del Derecho interno para que puedan tener aplicación sobre el mismo territorio otros sistemas normativos externos. El resorte jurídico determinante está en el artículo 93 de la Constitución por lo que se refiere a la aplicación del Derecho comunitario europeo. El precepto autoriza la celebración de tratados que trasladen a instancias supranacionales competencias derivadas de la Constitución. Los aludidos tratados son las normas principales de un sistema normativo completo que cuenta con fuentes de producción autónomas y tiene establecidos criterios y garantías propios para decidir sobre la validez de las normas que pertenecen al mismo.

De la incorporación general del Derecho comunitario resultan muchas consecuencias de relevancia constitucional. Entre ellas la aparición de instituciones y técnicas jurídicas desconocidas hasta recientemente en los Derechos estatales. Y también la transformación de insti-

tuciones básicas de los sistemas constitucionales internos, como del propio juez ordinario, a quien se reconocen funciones decisivas en relación con la depuración de las normas que infrinjan las reglas de ordenación de las relaciones entre los sistemas normativos.

Estas transformaciones son, sin duda, muy relevantes. Pero acaso no sean parangonables, por su importancia, con los cambios que la integración europea está provocando en el poder constituyente y en el ejercicio del poder de reforma constitucional.

En cuanto a esto último, la dinámica de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el interno implica que los Estados deben aceptar la aplicación en su territorio de normas que afectan a los equilibrios institucionales establecidos en la Constitución y, a veces, a principios asentados en ella, que, si no quedan abatidos, al menos deben ser comprendidos de manera diferente. Estos cambios no suelen contenerse en reformas constitucionales acordadas siguiendo los procedimientos establecidos ad hoc, pero tienen un efecto material equivalente.

Ni siquiera el principio de supremacía formal de la Constitución se respeta para consumir estos cambios que, por supuesto, también implican la aceptación de que las normas europeas pretendan imponerse a las regulaciones de la Constitución misma.

Por lo que concierne al ejercicio del poder constituyente, el proceso de integración jurídica europea acarrea, por lo menos, dos consecuencias: provoca limitaciones inmediatas al ejercicio de aquel poder, considerado hasta ahora en la teoría constitucional como soberano, no causado e ilimitado; y, por otra parte, lo fragmenta, aceptando que la Constitución interna, compuesta hasta ahora por un único texto escrito, tenga que integrarse también por las Constituciones normativas que proceden de una fuente externa al Estado. Aunque este retenga el poder constituyente esencial, hasta ahora concebido como indelegable, decide cesiones parciales que contribuyen a fragmentarlo. Se transforma así de único y exclusivo en un poder más condicionado y repartido.

Considerando que los Estados europeos han tardado más de la mitad del período constitucional, que empezó a finales del siglo XVIII y que llega hasta hoy, en recuperar la soberanía del pueblo y configurar la Constitución como la expresión máxima de esa soberanía, no deja de ser emocionante y paradójico que la europeización del proceso constituyente esté trasladando ese poder soberano poco a poco y buscando, para él, un nuevo depositario. Mientras se consolida, la teo-

ría de la Constitución está siendo sacudida y reclamando respuestas creativas para problemas nuevos. Algunas de ellas son las que se ensayan en las páginas finales de este volumen.

## II. LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

### 1. LOS PACTOS CONSTITUYENTES Y SUS TRANSFORMACIONES

**1.**  
*Las concepciones de la Constitución.*

En dos siglos de constitucionalismo son sorprendentemente abundantes las concepciones que se han sucedido sobre el concepto y la significación de la Constitución en la teoría y la práctica.

**2.**  
*El pacto como fundamento.*

Con ocasión de la revolución burguesa de finales del siglo XVIII, la idea de Constitución que se maneja es la que viene establecida en el pensamiento político que se consolida en ese mismo siglo. El elemento más esencial y característico de la idea es el pacto. La organización de los poderes públicos, en un Estado en el que se administren pacíficamente los intereses de todos, depende de un pacto en el que cada uno cede la parte de soberanía que le corresponde naturalmente para entregarla a un único soberano, que acumulará todo el poder.

**3.**  
*Pacto del que emerge un soberano.*

Esta clase de pacto constituyente que describimos, del que emerge un soberano que se sobrepone a las voluntades individuales de los sujetos que lo celebran, es el característico del pensamiento de T. HOBBS. En su *Leviatán* explica la condición antisocial de los hombres y la necesidad de celebrar pactos que contribuyan a organizar las relaciones entre ellos sobre la base de la confianza mutua. Pero los términos del pacto no pueden mantenerse por sí mismos, precisan un Gobierno fuerte que los asegure. «Los pactos que no descansan en la espada —dice— no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre de modo alguno». Esa fuerza que obliga a todos surge del pacto mediante el cual —siguiendo la fórmula del propio HOBBS— los hombres transfieren simultáneamente su derecho a gobernarse a favor de una autoridad a la que se someten.

**4.**  
*El pacto que sirve para constituir la voluntad general.*

Esta clase de pacto hobbesiano se pone al servicio de un poder supremo, irresistible e ilimitado, y valdrá para justificar teóricamente las monarquías absolutas. Pero los pactos constituyentes que tendrán en cuenta las revoluciones burguesas no son, solamente, los que contribuyen a organizar el poder público, sino, especialmente, a preservar las libertades individuales. El paso adelante decisivo está en la filosofía

de J. J. ROUSSEAU. En su *Contrato Social* teoriza, igualmente, sobre los términos de un acuerdo entre los individuos. Pero ahora no para entregar totalmente sus destinos a una autoridad superior, sino para encomendarlos a la voluntad general, que es la suma de las voluntades individuales de los que intervienen en el pacto.

G. JELLINEK discutiría muchos decenios después con la doctrina francesa (encabezada en este punto por G. BOUTMY) el grado de enajenación de sus derechos que los individuos debían aceptar en beneficio de la voluntad general, según el pensamiento del filósofo ginebrino. De acuerdo con la interpretación del primero, el pacto era tan determinadamente traslativo que los derechos de los ciudadanos se diluían en la voluntad general y perdían capacidad para exhibirse ante el poder y resistirlo para protegerse.

Sea esta o no la interpretación más acertada del pensamiento de ROUSSEAU, de lo que no puede haber duda es de que el filósofo del período prerrevolucionario que mejor fija la relación del pacto constituyente con los derechos fundamentales es J. LOCKE. En su pensamiento es del todo evidente que el pacto no arrebató a los individuos sus derechos, sino que tiene, precisamente, como función principal, preservarlos. Tomará la filosofía de T. HOBBS como punto de partida, pero para contradecir algunos de sus postulados fundamentales. Especialmente para precisar que si los hombres celebran un pacto es para mejorar la protección de sus derechos. Los individuos no salen del estado de naturaleza y constituyen la sociedad civil solamente para poder disfrutar sus derechos porque para eso tal vez bastase su defensa en el propio estado de naturaleza. El pacto constitutivo de la sociedad civil debe servir para mejorar la protección. Si el pacto determina el establecimiento de un legislador no es para que cree derechos, sino para que los *proteja*. De aquí que no pueda privar arbitrariamente a un individuo de sus bienes (de lo que pone ejemplos negativos: «quitar a un hombre una parte de su propiedad sin su consentimiento», «gobernar con decretos improvisados...»).

El pensamiento de LOCKE toma como punto de partida su propio pesimismo para que esa protección pueda darse en el estado de naturaleza, y concibe el pacto fundacional de la sociedad civil como un acuerdo general para orientar el funcionamiento del poder *al servicio de los derechos*. El famoso epígrafe 95 del Capítulo VIII, Título II, de su *Two Treaties*, explica inequívocamente: «el único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad a fin de convivir los unos

## 5.

*El pacto para preservar la libertad y la propiedad.*

## 6.

*La constitución de la sociedad civil sirve para preservar los derechos esencialmente: el pensamiento de J. Locke.*

## 7.

*El concepto de property en Locke.*



con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad». El fundamento esencial de dicho pacto que los individuos celebren radica en su deseo de «preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de propiedad» (*property* que, en LOCKE, es un concepto que, como se ve, trasciende el de propiedad y se refiere también a la libertad en general).

El gobierno que J. LOCKE propone tiene que basarse en la cesión por cada individuo de una parte de su libertad natural: «todo hombre particular —dice al respecto— debe desprenderse inevitablemente de ese derecho a su libertad y confiar al magistrado un poder tan pleno sobre todas sus acciones como él mismo tenía, siendo por el contrario imposible que alguien deba estar sujeto a los mandatos de otro si retiene la libre disposición sobre sí mismo y es señor de una igual libertad». De aquí que el pacto de obediencia a la ley sea, en LOCKE, el primer deber moral del individuo. Pero, en el marco de esta obligación, no debe olvidarse su funcionalidad: todo ello aceptan los pactantes en provecho de la «mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras».

Este concepto lockiano del pacto influye especialmente en el constitucionalismo revolucionario norteamericano, que también se alimenta simultáneamente de las ideas de otros pensadores, incluso anteriores, cuya autoridad reconocen expresamente los padres fundadores de la nueva nación americana. Se trata de las obras de MILTON, HARRINGTON, SYDNEY y NEVILLE, entre otros. HARRINGTON, especialmente, es el padre de una idea, expresada en su *The Commonwealth of Oceana*, publicada en 1656, que constituirá una contribución decisiva para el constitucionalismo ulterior: la distinción entre dos tipos de gobierno: *the empire of the laws and not of men* y *the empire of men and not of laws*. El primero constituirá la enseña de la nueva era del gobierno democrático que se expresa a través de leyes generales y abstractas. El gran instrumento formal de la acción del Estado en la nueva era constitucional.

Las primeras aplicaciones de la idea del pacto constituyente están también en Norteamérica. Los colonos americanos, al fundar cada una de las colonias, establecían en su propio nombre y en el de sus familias un pacto donde constaban las reglas a que habría de atenerse el funcionamiento del nuevo establecimiento. Estos *covenants* se usan por doquier. El más notable de ellos será el contrato firmado por los peregrinos del «Mayflower» en 1620, cuyo texto es explícito acerca de su

## 8.

«La mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras».

## 9.

Los precursores ideológicos del constitucionalismo americano.

## 10.

Imperio de las leyes no de los hombres.

## 11.

Las primeras aplicaciones de la idea de pacto en Norteamérica.

sentido y función: «... por el presente instrumento solemne y mutuamente, en presencia de Dios y de nosotros mismos, pactamos y nos constituimos en un Cuerpo político civil para nuestra mejor Organización y Preservación, y prosperidad de los Fines antedichos...».

Los textos norteamericanos son, indudablemente, los que mejor reflejan el carácter de acto de autodisposición del pueblo sobre su organización y sobre sus derechos, que está presente en el momento constituyente. En cuanto a los derechos, el Preámbulo famoso, que escribe JEFFERSON, de la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, es indiscutible que es el pueblo directamente el que la formula: «*Consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las verdades siguientes: que todos los hombres han crecido iguales; que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos deben colocarse en primer lugar: la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad...*». Y la Constitución de 1787 será aún más explícita acerca de quién ejerce el poder constituyente: «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos...», comienza diciendo.

En Europa, a partir de la Revolución francesa, esta idea de la autodisposición de los individuos sobre sí mismos para otorgarse un instrumento jurídico que organizará el poder y protegerá los derechos se comparte sustancialmente. El artículo 16 de la Declaración de Derechos de 26 de agosto de 1789 describirá la Constitución como una norma que contiene la organización de los poderes —en régimen de separación— y la garantía de los derechos. Pero el sujeto constituyente no es en Francia, directamente, el pueblo, sino la Nación; la soberanía la traslada el pueblo a esta para que ejerza en su nombre el poder constituyente. El dogma de la voluntad general procedente del pensamiento rousseauiano, que los revolucionarios aceptan en sustancia, precisa un mecanismo técnico adecuado para poder expresarse. Será SIÉYÈS el gran ideador de la solución que permite a todos los individuos expresar su voluntad. La fórmula técnica será la representación, que permite depositar en los ciudadanos elegidos, para que formen parte de una Asamblea, la responsabilidad de adoptar las decisiones constituyentes.

Los representantes del pueblo actúan en nombre de la Nación, que es la depositaria de la soberanía en las primeras Constituciones francesas. Pero la Revolución arrasa prácticamente cualquier otra institución que pretenda ostentar privilegios o posiciones de poder no justificadas en la Constitución que la Nación se ha dado a sí misma. El expresivo Preámbulo de la primera Constitución francesa, la de 1791, se atiene a estas ideas radicalmente: «No hay más nobleza, ni pares, ni

**12.**  
Los covenants.

**13.**  
*El reflejo del pacto en la Declaración de Independencia y en la Constitución.*

**14.**  
*El contenido de la Constitución en la concepción francesa: separación de poderes y garantía de los derechos.*

**15.**  
*La idea de representación: SIÉYÈS.*

**16.**  
*La Nación depositaria de la soberanía.*

**17.**

*Erradicación de privilegios.*

distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones, prerrogativas que de ello derivan, ni ningún orden de caballería, ni ninguna de las corporaciones o decoraciones, mediante las cuales se exigía prueba de nobleza, o que suponían distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad que la de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones». Es, por tanto, el pueblo, integrado por individuos iguales, el que actúa como constituyente con el objetivo de preservar su libertad y organizar el poder para evitar su uso abusivo.

**18.**

*La autodisposición del pueblo en el primer constitucionalismo español.*

La idea de Constitución como expresión de la soberanía del pueblo, consistente en un ejercicio de autodisposición, es la que también recogen las primeras Constituciones españolas. La de 1812 establecía en su artículo 3 que «la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho a establecer sus leyes fundamentales». En el segundo proceso constituyente de carácter democrático que se desarrolla en España, el de 1837, están expresadas con parecida firmeza idénticas ideas. El dictamen de la Comisión de Constitución decía al respecto lo siguiente: «el poder absoluto, cualquiera que sea la máscara con que se encuentre, puede oprimir más o menos tiempo a las Naciones, pero jamás despojarlas de aquel derecho inherente a su existencia, indispensable a su conservación, el de constituirse del modo que mejor les convenga. El que este principio haya sido desconocido en tantas épocas y regiones no le quita nada de su verdad y de su importancia; pero hace doblemente necesario el que se consigne con toda solemnidad y se ponga en formal oposición con cualquier otro que establezca fuera de la Nación el origen de todos los poderes».

**19.**

*Contra el poder absoluto.*

La Constitución norteamericana original, que nunca ha sido cambiada por otra, se ha mantenido siempre fiel, en consecuencia, con la idea basilar de la autodisposición del pueblo como origen de la norma constitucional. Pero en Europa, esa idea fue pronto arrumbada por un movimiento reaccionario, casi imposible de imaginar en América, que propició el retorno, con toda su fuerza, de la legitimidad monárquica. La Revolución en Francia se había impuesto en el ámbito de una sociedad estamental fuertemente desigual, en la que existían multitud de situaciones privilegiadas que se trataba de sustituir por el reino de la ley general e igual para todos. En América, en cambio, como observó A. DE TOCQUEVILLE, «el germen mismo de la aristocracia no fue nunca depositado». Aquel era un país que trataba de establecer

**20.**

*El retorno de la legitimidad monárquica en Europa.*

«la aristocracia de la virtud y el talento», frente a cualquier otra forma de aristocracia.

La reaparición en Francia de las fuerzas dominantes en el Antiguo Régimen era un riesgo abierto que se realizó a la primera oportunidad. Surgió esta con la derrota definitiva del régimen napoleónico. A partir de entonces la voluntad constituyente, expresada democráticamente por el pueblo, se sustituye por una decisión del monarca que es quien «otorga» a su pueblo un documento constitucional (al que, con buenas razones, no se llama Constitución, sino «Carta»), que se limita a referirse a la organización de los poderes, excluyendo todo lo concerniente a la defensa y protección de los derechos que había sido el objetivo principal de los primeros pactos constitucionales.

En Francia, esta monumental rectificación ocurre a partir de la Carta Constitucional de 1814, o Carta Otorgada, que es un documento nacido de la sola voluntad del monarca. La propia Carta lo explica: «reconociendo que una Constitución libre y monárquica debe satisfacer la esperanza de la Europa ilustrada, hemos tenido que recordar que nuestro primer deber hacia nuestros pueblos era el de conservar, por su propio interés, los derechos y prerrogativas de nuestra Corona... instruidos por la experiencia, nuestros pueblos estarán convencidos que únicamente la autoridad suprema puede por sí sola dar a las instituciones que ella misma establezca la fuerza, la permanencia y la majestad de que ella misma se reviste». El Preámbulo da entrada a la parte dispositiva de la Carta que se inicia con la siguiente declaración, cuya unilateralidad es palmaria: «Nosotros, voluntariamente y por el libre ejercicio de nuestra autoridad real, hemos acordado y acordamos hacer concesión y otorgamiento a nuestros súbditos, tanto por nosotros como por nuestros sucesores y para siempre la Carta Constitucional que sigue». En este otorgamiento unilateral del documento fundante de la organización del Estado y sus poderes se muestra la reaparición fulgurante del viejo poder del monarca absoluto. Este esquema organizativo será lo que la doctrina denomine principio monárquico, que será la base de la organización constitucional durante largos períodos del siglo XIX, a veces actuando secamente y como justificación exclusiva del documento constitucional, y otras en combinación con el principio democrático, para fundar el hecho constituyente en un pacto entre el monarca y los representantes del pueblo.

Aunque ese modelo constitucional es el que generaliza y exporta a toda Europa el Acta final del Congreso de Viena (artículo 47), la Carta Constitucional francesa de 1830, que modifica la de 1814, ya matiza el unilateralismo de las Cartas otorgadas puras para configurar la Consti-

**21.**

*De la  
autodisposición del  
pueblo a la Carta  
Otorgada.*

**22.**

*La Carta de 1814.*

**23.**

*El principio  
monárquico.*

**24.**

*El pacto entre el monarca y la sociedad civil: el liberalismo doctrinario.*

tución como un pacto entre el monarca y la sociedad civil. Este acuerdo es una de las ideas capitales que aporta el denominado liberalismo doctrinario (L. DIEZ DEL CORRAL) a la teoría constitucional. Las Constituciones españolas decimonónicas que disfrutarán de mayor tiempo de vigencia, las de 1845 y 1876, se apoyan justamente en esta clase de pactos, que sustituyen, radicalmente, la idea del constitucionalismo revolucionario, que ve en la Constitución el fruto de una autodisposición de los ciudadanos. Esta idea, sin embargo, mantendrá su prestigio y reaparecerá esporádicamente, como demuestran las experiencias constitucionales españolas de 1812, de 1837, de 1869 y, ya en el siglo xx, de 1931. Pero la más duradera en el siglo xix es la que, por ejemplo, se expresa en el Dictamen de la Comisión sobre reforma de la Constitución de 1837, emitido en las vísperas de la aprobación de la Constitución monárquica conservadora de 1845: «Las Cortes con el Rey son la fuente de todas las cosas legítimas; su potestad alcanza a todo, menos a aquellas leyes primordiales contra las cuales nada puede intentarse que no sea nulo de toda nulidad, porque son como los fundamentos de todas las sociedades humanas».

**25.**

*La reaparición esporádica en España de las Constituciones democráticas.*

La sustitución de la concepción constitucional originaria, basada en el pacto autoorganizatorio, por aquella otra nueva apoyada en el acuerdo entre el monarca y la sociedad civil tendrá otros efectos secundarios inmediatos. El poder del monarca, que le sirve para participar en el proceso constituyente, es un poder fundado en la tradición y en la historia, más que en el ejercicio de atribuciones que, como a los ciudadanos, le correspondan por naturaleza. La apelación a la historia supondrá admitir que existen poderes y estructuras fundantes del Estado que no están recogidas expresamente en las Constituciones escritas, sino que son externos y anteriores a ellas. Esta circunstancia contribuirá a quebrar otro de los postulados esenciales del constitucionalismo originario, consistente en la integración de la totalidad de los contenidos de la ley fundamental en un único texto escrito.

**26.**

*La apelación a la Historia como fundamento de las instituciones constitucionales.*

Las quiebras de las ideas revolucionarias básicas empiezan a producirse casi al mismo tiempo que en Francia se promulgan las primeras Constituciones. BURKE y DE MAISTRE son los autores tempranos de dos ensayos (*Reflexiones sobre la Revolución de Francia*, publicado en 1790, y *Consideraciones sobre Francia*, publicado en 1796, respectivamente) que serán la referencia básica del pensamiento reaccionario, convirtiéndose así en adalides intelectuales de la desautorización de la voluntad constituyente radicada exclusivamente en la Nación. Las disposiciones sobre materia tan delicada como la organización del Estado y sus relaciones con los ciudadanos en modo alguno pueden depen-

**27.**

*El pensamiento reaccionario.*

der de la razón y de la voluntad humanas, sino que proceden de fuerzas indisponibles para los hombres, que tienen origen en la voluntad divina o que se han formado lentamente en la historia de cada pueblo.

B. CONSTANT contribuiría con su gran prestigio intelectual a disminuir la relevancia de los textos constitucionales escritos, haciendo radicar la verdadera Constitución en las experiencias que cada sociedad detrae de su propia tradición y prácticas políticas: «Las Constituciones —decía— rara vez se hacen por la voluntad de los hombres; el tiempo las hace. Ellas se introducen de una manera insensible, gradualmente. Hay circunstancias, sin embargo, que hacen indispensable hacer una Constitución. Pero entonces, no haced sino lo indispensable: dejad espacio al tiempo y a la experiencia a fin de que estos dos poderes reformadores dirijan vuestros poderes ya constituidos en la mejora de lo que ya se ha hecho y en la finalización de lo que queda por hacer».

Todo el siglo XIX español está cruzado por una ideología constitucional que se apoya menos en los textos escritos que en la tradición, en la historia, en las prácticas políticas consolidadas en lo que concierne a las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. A primeros de siglo, tal ideología está representada por la doctrina de la Constitución histórica que propugna JOVELLANOS, y tiene un reflejo indiscutible, aunque matizado, en la Constitución gaditana de 1812. A final de siglo toma el relevo la doctrina de la Constitución interior, argumentada fundamentalmente por CÁNOVAS DEL CASTILLO y reflejada en la Constitución monárquica de 1876.

De acuerdo con el pensamiento historicista de JOVELLANOS, las Constituciones no son hijas de ningún espíritu racional decidido a renovar la organización de los poderes públicos o las garantías de los derechos, sino que son instituciones vivas que estaban ya presentes desde antiguo en la historia de los reinos peninsulares. Lo que defiende JOVELLANOS, esencialmente, es que en España la Constitución está fundada sobre un pacto antiguo entre el pueblo y el monarca por el cual se trasladó a este (JOVELLANOS usa aquí la doctrina escolástica de la *trasmisio imperii*) el ejercicio de todo el poder. En virtud de este pacto se ha asentado una forma de gobierno secularmente respetada por los españoles. Se basa aquella en criterios sobre la organización del poder y en garantías de los derechos de los ciudadanos que no son, en esencia, nada diferentes de las que el constitucionalismo revolucionario pretendió establecer. Considerando tales parecidos institucionales, JOVELLANOS afirma que no es precisa ninguna Constitución escrita porque la Constitución histórica española se sustenta sobre los mismos criterios de organización del poder y salvaguarda de los derechos.

**28.**

*En la tradición y la propia práctica está la verdadera Constitución:  
B. CONSTANT.*

**29.**

*De la idea de Constitución histórica a la de Constitución interior.*

**30.**

*La idea de Constitución histórica de JOVELLANOS.*

Siendo las cosas así, ninguna falta hace una Constitución escrita. Dice JOVELLANOS: «¿Por ventura no tiene España su Constitución? Tiénela, sin duda, porque ¿qué otra cosa es una Constitución que el conjunto de las leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y de los súbditos y los medios saludables para preservar unos y otros?». Para nada es preciso, por consiguiente, seguir el ejemplo revolucionario francés e imponer un texto escrito que, por la fuerza de la historia, no dirá realmente nada nuevo.

En el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz hará ARGÜELLES un prodigioso ejercicio literario para explicar que, realmente, todas las regulaciones fundamentales en materia de organización del Estado y relativas a las garantías de los derechos que la nueva Constitución determina estaban ya en nuestra Constitución histórica. «Nada ofrece la Constitución en proyecto —comienza diciendo el Discurso— que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diversos cuerpos de la legislación española, sino que se mira como nuevo el método con que ha distribuido las materias ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la Nación, o los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la dignidad y autoridad del Rey y de los tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada y método económico y administrativo de las provincias».

La separación evidente respecto de la versión más estricta de la doctrina de la constitución histórica, que lleva a cabo el texto de 1812, es precisamente la consistente en haber sido debatido y aprobado como una Constitución nueva y de alcance general, conteniendo muchas regulaciones que, por ya existir en la historia, podría haberse considerado inútil recordar.

Todas las Constituciones conservadoras del siglo XIX español se apoyarán en un orden de ideas semejante, dándose lugar en los debates constituyentes a recordatorios continuos de la significación en las instituciones que la historia ha legado vivas. Pero a final de siglo es CÁNOVAS DEL CASTILLO el que reconstruye, como gran mentor del liberalismo doctrinario, la misma idea de la Constitución histórica, denominada ahora «Constitución interna». Tal apelación sirve también para reconocer que la ley fundamental se ha formado a lo largo de la historia. Las más firmes instituciones constitucionales son las que traen este origen. Las demás, aunque se consignan en un texto escrito, son esen-

### 31.

*El valor de las instituciones constitucionales históricas en el Preámbulo de la Constitución de Cádiz.*

### 32.

*La noción de Constitución interna en el pensamiento de CÁNOVAS DEL CASTILLO.*

cialmente variables y modificables. Dice al respecto CÁNOVAS: «Hay mucha diferencia entre hablar de Constitución interna al lado de una Constitución expresa y escrita, en cuyo caso existe una contradicción notoria, y hablar de Constitución interna en un país donde, por las circunstancias de los hechos, no queda en pie Constitución alguna escrita. Donde esto acontece no puede menos que decirse que no hay Constitución alguna vigente, y como es imposible que un país viva sin algunos principios, sin algunos fundamentos, sin algunos gérmenes que devuelvan su vida, llamad a esto como queráis; si no os gusta el nombre de Constitución interna poned otro cualquiera, pero hay que reconocer de hecho que existe...». El seguimiento de esta doctrina en la Constitución de 1876 es palmario. En la «Exposición del gobierno sobre el Dictamen del Congreso a la Constitución» de 1876 se dirá que «las naciones tienen siempre una Constitución interna, anterior y superior a los textos escritos, que la experiencia demuestra cuán fácilmente desaparecen... Y la Constitución interna, sustancial, esencial de España, está, a no dudar, contenida y cifrada en el principio monárquico-constitucional... De esta Constitución no hay con vida sino dos instituciones, el Rey y las Cortes; pero ellas bastan a establecer o crear las demás».

La teoría constitucional española apenas conocerá más alternativas que la doctrinaria, que acaba de recordarse, y la democrática liberal, que recogen todavía algunos textos constitucionales de corta vigencia. Estas ideas son las que hacen una última aparición en la Constitución de 1931 antes de apagarse definitivamente hasta la aprobación de la Constitución de 1978, que recupera completamente la idea de la Constitución como autodisposición de los ciudadanos sobre su propio destino. El Preámbulo de la Constitución de 1978 pone en primer término a la Nación española como sujeto constituyente: «La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de...».

A efectos de explicar las transformaciones de los pactos constituyentes desde su primera formulación en el pensamiento político del siglo XVIII, que es lo que hemos intentado en el presente apartado, es ya suficiente con lo dicho.

Haremos notar, sin embargo, que la desvalorización de las Constituciones no solo como expresión de pactos autoorganizatorios, sino como textos escritos, es acelerada en un período que abarca, al menos, desde mediados del siglo XIX hasta el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial. Contra dichas concepciones se dirige el ataque

### 33.

*Entre el doctrinarismo y el pensamiento democrático a la largo del s. XIX.*

### 34.

*El ataque a la Constitución escrita por parte del socialismo revolucionario.*



desde el socialismo revolucionario, para el que la Constitución tiene que ser el reflejo de las relaciones de poder reales existentes en la sociedad en un momento determinado.

La Constitución sería un compendio de inocentes desiderata si dispusiera sobre el poder sin tener en cuenta que su atribución y ejercicio no dependen de sus decisiones, sino de la conjunción de fuerzas sociales continuamente en conflicto. Es conocido que fue F. LASSALLE, en una célebre conferencia dictada en Berlín en 1862, el principal animador de estas ideas, que expresa, a la postre, calificando a las Constituciones que no asumen la modesta función indicada de no tener más valor que una «hoja de papel». Dijo entonces LASSALLE: «los problemas constitucionales no son, primeramente, problemas de Derecho, sino de poder: la verdadera Constitución de un país solo reside en los valores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social».

**35.**

*La conferencia  
berlinesa de  
F. LASSALLE.*

En el siglo xx, el período de entreguerras también llevaba el designio de una desvalorización de lo que entonces empieza a denominarse Constitución en sentido formal en beneficio de la Constitución en sentido material.

La primera estaría representada en el texto escrito. La segunda formada por valores, declaraciones políticas o instituciones formadas paulatinamente en la historia, que son el contenido real de la Constitución viva. De esta manera, la doctrina de la Constitución en sentido material se convierte en un modo de justificación de la realidad constitucional contra la norma establecida para regularla. Es una especie de oposición general a «la idea misma de normatividad aplicada a la vida constitucional y, en definitiva, una rendición de la Constitución como norma a la fuerza de los acontecimientos» (G. ZAGREBELSKY).

**37.**

*La depreciación de  
la Constitución  
formal y la  
valorización de la  
Constitución  
material.*

Aunque la concepción material de la Constitución cala hondo en C. SCHMITT y en la doctrina alemana de su época, la depreciación de la Constitución formal es un fenómeno bastante generalizado en la época intermedia entre la Constitución de Weimar y el inicio de la II Guerra Mundial: los acontecimientos constitucionales vienen determinados por la realidad, de la que traen su fuerza, y no por las palabras contenidas en un texto normativo; la Constitución depende de situaciones histórico-políticas concretas, más que de los contenidos de la Constitución escrita.

C. SCHMITT establece su famosa distinción entre Constitución y ley constitucional. El concepto de Constitución tradicional le parece un

«concepto de Constitución relativo», que se caracteriza por ser una suma de leyes constitucionales protegidas frente a su modificación por el legislador ordinario. El concepto auténtico de Constitución exige, según SCHMITT, distinguir entre su contenido, que es la «forma y manera de la unidad política cuya existencia se da por supuesta», y su origen, que es «un acto del poder constituyente». Esta Constitución puede consistir en una pluralidad de decisiones fundamentales, que en la Constitución de Weimar eran, para SCHMITT, la forma republicana, democrática y federal del Estado y el respeto a los derechos fundamentales. Estas son la base estable de la Constitución, que tiene que ser respetada por cualquier ley constitucional, precisamente porque los poderes que ejercería el legislativo no existirían si no se apoyara en la decisión fundamental. «Toda ley en cuanto regla normativa, también, por tanto, la ley fundamental —concluye SCHMITT—, necesita para su vigencia de una última instancia, de una decisión política que la preceda, que ha sido adoptada por una autoridad o un poder político existente».

La dogmática de la Constitución material debe, sin embargo, casi toda su influencia en la teoría de la Constitución a la obra de C. MORTATI. Aunque el efecto de esta doctrina, como ya se ha indicado, será la depreciación del valor de los textos constitucionales escritos, debe recordarse, porque no es frecuente que se haga, que la elevada teoría desarrollada por MORTATI se construye al servicio de la continuidad del sistema constitucional para procurar la integración en el mismo de las peculiares formas de organización del poder que propone el movimiento fascista italiano. La doctrina de la Constitución material de MORTATI se compone paulatinamente, aunque se exprese en una monografía final de 1940, en diversos textos que se van formando al tiempo que ocurre la irresistible ascensión del fascismo en Italia. Con dicha intención reconstruye MORTATI el problema de las fuentes del Derecho y, especialmente, el papel de los principios generales, y, por otro lado, la reelaboración de la doctrina de la división de poderes para justificar la existencia de una cuarta función, la de dirección política (el famoso «*indirizzo politico*» mortatiano), que da unidad a todas las actuaciones del Estado y que permite independizar al Gobierno del poder ejecutivo, liberando a aquel de todas las restricciones que el ordenamiento jurídico le impone. En la doctrina de MORTATI hay un elemento de continuidad de todo el Derecho del Estado que radica en determinados contenidos típicos de la Constitución que no dependen, como propuso el constitucionalismo liberal, de ninguna clase de pactos, sino que surgen de la propia organización, de la voluntad organizativa. La fuente del Derecho es la organización socialmente dominante, que es

**38.**

*La distinción entre Constitución y ley constitucional en C. SCHMITT.*

**39.**

*La noción de Constitución material en C. MORTATI.*

**40.**

*Reconstrucción del papel de los principios generales y de la doctrina de la división de poderes.*

la que decide su régimen y establece sus fines primarios. De esta decisión organizativa surge el Estado y también la constitución material del mismo. Podrá construirse a partir de aquí una Constitución formal, pero siempre partiendo de los elementos materiales dichos (A. BERGARECHE GROS). En definitiva, el punto esencial del pensamiento de MORTATI se orienta a identificar un núcleo último, fundador de la Constitución, e inderogable, un «primer principio de la organización estatal».

## 41.

Repercusiones de la doctrina de la Constitución material.

La teoría de la Constitución material tuvo un éxito extraordinario en la doctrina alemana e italiana, y sus ecos han perdurado hasta la actualidad. Pero lo que nos interesa ahora de ella es el ataque que supone a uno de los elementos esenciales del constitucionalismo liberal, como fue, según lo dicho, la consideración de la Constitución como un texto unitario y escrito, producto de la razón y no de fuerzas de ninguna clase ajenas a la misma.

## 2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPERIOR: EMERGENCIA Y CRISIS DE LA IDEA

También son coincidentes el movimiento constitucional norteamericano y francés en punto a reconocer que el pacto autoorganizatorio, del que surge la Constitución escrita, confiere a esta la condición de norma superior a las demás normas.

## 42.

La tradición del common law sobre la existencia de un derecho superior.

En el caso norteamericano, la idea de un Derecho superior (o *higher law*) está demostrado (E. CORWIN) que la manejan los colonos trayéndola del *common law* británico. El desarrollo del *common law* que se produce esencialmente en Inglaterra, gracias a las compilaciones de BACON y COKE, se refiere a las costumbres de los ingleses consolidadas como normas por la jurisprudencia. Su desarrollo sirvió para conformar la noción de *Ancient Constitution* en Inglaterra, basada en un derecho inmemorial que ni las leyes del Parlamento ni los jueces podrían quebrantar. Incluso se añadirá a esa condición de norma superior, en la indicada tradición, la posibilidad de que los jueces anulen las leyes del Parlamento cuando resulten contrarias a los derechos inalienables e inmemoriales. Así lo expresa el juez COKE en el *Bonham case*, fallado en 1610 «... *it appears in our books that in many cases the common law will control Acts of Parliament and adjudge them to be utterly void. For when an Act of Parliament is against common rights or reason or repugnant or impossible to be performed, the common law will control and adjudge such Act to be void*».

## 43.

La aplicación del Bonham case de 1610.

Diversas resoluciones de los Estados, incluso antes de la aprobación de la Constitución federal, habían recordado esa posición supe-

rior de la Constitución sobre las leyes ordinarias (*Commonwealth v. Cato*, de 1782, de la Corte de Apelación de Virginia; *Trevett v. Weeden*, de 1786, del Tribunal Supremo de Rhode Island; *Bayard v. Singleton*, de 1787, del Tribunal Supremo de Carolina del Norte, etc.), y, una vez aprobada aquella Constitución federal, el Tribunal Supremo se encargaría de generalizar la doctrina, sacando de ella consecuencias como la anulación judicial de las leyes contrarias a la Constitución, completamente sorprendentes para algunos de los padres fundadores, como estudiaremos en el epígrafe siguiente.

La superioridad de la Constitución es una cualidad que el propio texto de 1787 recoge en su artículo VI, aunque más bien el contexto de este precepto obligue a entenderlo como la expresión de la prevalencia del Derecho federal sobre el de los Estados («Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado alguna disposición que la contradiga»). Algunos años más tarde, cuando se aprueba, el 15 de diciembre de 1791, la I Enmienda, que incorpora a la Constitución el reconocimiento de algunos derechos, la superioridad de la regulación constitucional se instrumenta en términos de prohibición de cualquier ley que pueda restringir las libertades consagradas en la ley fundamental («El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios»).

Aunque en ocasiones algunos autores han pretendido que el constitucionalismo francés se diferencia del norteamericano, precisamente, en que aquel no reconoce el carácter superior de la Constitución, tal apreciación dista de ser exacta. Lo que no establecerá el constitucionalismo francés, como analizaremos en el epígrafe siguiente, es un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, pero, desde luego, el reconocimiento de la superioridad de la Constitución es indiscutible. En su opúsculo *¿Qué es el Tercer Estado?*, dice SIÉYÈS: «La Nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma... Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales... Estas leyes son llamadas fundamentales no en el sentido de que pueden hacerse independiente-

**44.**

*Aplicaciones jurisprudenciales en Norteamérica antes de aprobarse la Constitución federal.*

**45.**

*Supremacía del Derecho federal, concepto distinto del de supremacía de la Constitución.*

**46.**

*La idea de la Constitución como norma superior en el pensamiento revolucionario francés.*

mente de la voluntad nacional, *sino porque los cuerpos que existen y actúan en ellas no pueden tocarlas*. En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales».

**47.**

El pensamiento y propuestas del abate SIÉYÈS.

También insiste SIÉYÈS en estas ideas en su *Exposition raisonnée* ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional el 20 de julio de 1789: «Los poderes comprendidos en el establecimiento público se hallan todos sometidos a las leyes, reglas y formas que no son dueños de alterar. Y así como no pudieron constituirse a sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución». También dice en dicha exposición que «el poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pluguiera adoptar». El constituyente, igual que el viejo príncipe, está *legibus solutus*. En cambio, sigue SIÉYÈS diciendo, los poderes constituidos «solo pueden pertenecer al Derecho positivo».

**48.**

La protección de la Constitución frente a las reformas.

Donde más evidente se ha de hacer la superioridad de la Constitución en Europa no será, sin embargo, en la implantación de un mecanismo judicial de revisión de la constitucionalidad de las leyes, sino en la fijación de procedimientos especiales para la modificación o reforma de aquella.

**49.**

El invento americano de la idea de reforma constitucional.

En este punto de la reforma constitucional también las experiencias americana y francesa iniciales son idénticas. En los primeros cuerpos constitucionales se establecen procedimientos que han de seguir los legisladores ordinarios para llevarla a término. Pero, en el marco de esta común inclinación a hacer más rígidos los textos de las leyes fundamentales, los obstáculos a la reforma son bastante más severos en las primeras Constituciones francesas y en la española de Cádiz, que en la norteamericana. L. B. ORFIELD ha sostenido la tesis de que «la idea de reformar el instrumento orgánico de un Estado es específicamente americana». Tiene razón por lo menos en un punto: el cambio constitucional en Europa se concibe siempre durante el Antiguo Régimen en términos de ruptura o de revolución, no de adaptación de un texto constitucional al cambio de circunstancias; es nueva, por tanto, la idea de una reforma que se lleva a término de modo pacífico y que es un fenómeno absolutamente natural, necesario para que el texto de la ley fundamental no pierda conexión con la realidad.

Estas diferentes concepciones tendrían que traducirse necesariamente en regulaciones diversas de la reforma constitucional. En las primeras Constituciones francesas y españolas, la reforma se concibe como una operación de alto calibre político y de raíz ordinariamente revolucionaria. En Norteamérica, sin embargo, el poder de reforma se flexibiliza; el *amendment power* se configura como una facultad más de raíz jurídica que política, de modo que, nada más aprobarse la Constitución, los americanos ejercen sobre ella dicho poder para enriquecerla con nuevos contenidos relativos a los derechos ciudadanos.

Pero, por lo que nos interesa ahora, la rigidez constitucional expresa en el constitucionalismo revolucionario francés la superioridad política de la Constitución, lo que se establece contra el legislador ordinario para que no pueda asumir el poder constituyente. En la primera Constitución francesa, la de 1791, no se niega la potestad de reforma (el Título VII se denomina «*De la révision des Décrets constitutionnels*»). El artículo 1 del Título VII estableció, en este sentido, que «la Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución». Pero para proceder a la reforma era necesario que tres legislaturas consecutivas acordaran sucesivamente el cambio de un concreto artículo. En la última de las tres, la legislatura se ampliaría con doscientos cuarenta y nueve miembros elegidos por los Departamentos, los que, unidos a los miembros de la legislatura ordinaria, formarían la Asamblea de Revisión. Jurarían al constituirse colectivamente «*vivre libres ou mourir*», e, individualmente, que limitarían su trabajo al estudio de la reforma acordada por las Asambleas previas, respetando en lo demás el texto de la Constitución.

El período está lleno de proyectos e intervenciones emotivas, todas conducentes a evitar que las leyes puedan atentar contra la Constitución modificándola, para lo cual se invoca el derecho de insurrección y de resistencia (CHABOT), o la fuerza del gobierno popular revolucionario, que procede de la virtud y del terror (ROBESPIERRE).

Por lo que concierne a la Constitución de Cádiz, también las cláusulas de reforma son tan severas que pueden comprenderse ideadas para proteger su inmodificabilidad. Por lo pronto, se prohíbe cualquier reforma de la Constitución de cualquier clase que sea antes de que hayan transcurrido ocho años «de hallarse puesta en práctica la Constitución en todas sus partes» (artículo 375). Y, salvado este obstáculo, el procedimiento de reforma se ordenaba con una severidad extrema: había que proceder a la lectura del proyecto por tres veces, con intervalos de seis días; tras la última lectura se producía la deliberación; la

**50.**

Las concepciones francesas y americanas de la reforma.

**51.**

La rigidez constitucional como expresión de la superioridad.

**52.**

La regulación de la reforma en el constitucionalismo originario francés.

**53.**

El procedimiento de reforma constitucional en la Constitución de Cádiz.

aceptación de la propuesta requería dos tercios de los votos. Después, la diputación general siguiente decidiría si otorgaba poderes especiales para la reforma, lo que también requería la aprobación por dos tercios de la Cámara. Si se acordaba el otorgamiento de tales poderes, las juntas electorales de las provincias se encargarían de atribuirlos habilitando especialmente a la Diputación de Cortes para acordar la reforma. Otorgados los poderes de reforma, volvía a discutirse la propuesta que, para convertirse en ley, necesitaba otra vez el apoyo de dos tercios de los diputados.

**54.**

*La explicación de la rigidez de la reforma en el Preámbulo de la Constitución de Cádiz.*

En el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz se explica un elemento clave de la técnica con la que se articula la rigidez del texto, el aplazamiento de toda reforma hasta transcurridos ocho años. Dice al respecto: «El que hasta pasados ocho años después de la puesta en ejecución en todas sus partes no puedan las Cortes proponer ninguna reforma tiene su fundamento en la prudencia y en el conocimiento del corazón humano. Jamás correrá mayor riesgo la Constitución que desde el momento en que se anuncie, hasta que, planteado el sistema que establece, empiece a consolidarse disminuyendo el espíritu de aversión y repugnancia que la contradice. Los resentimientos, las venganzas, las preocupaciones, los diversos intereses y hasta el hábito y la costumbre, todo se conjugará contra ella. Por lo mismo, es necesario dar tiempo a que se calme la agitación de las pasiones y se debiliten los esfuerzos de los que la resisten. De lo contrario, se equivocarán fácilmente los efectos de una oposición fomentada y sostenida por los que se suponen agraviados por el nuevo arreglo, con defectos y errores de una Constitución que, en realidad, no podrá experimentarse sino después de restablecido el orden y la tranquilidad».

**55.**

*La eliminación en las Constituciones de la regulación de su reforma: significado.*

De la rigidez constitucional absoluta de los primeros textos europeos se pasará, sin embargo, enseguida a la eliminación de cualquier procedimiento especial de reforma, cambio este que ha generado no poca perplejidad entre los historiadores del constitucionalismo. Para explicarlo, algunos han tratado de demostrar que se ha mantenido un cierto consenso alrededor de la inmodificabilidad de la Constitución por la ley ordinaria, aunque no se regule en el título de aquella el procedimiento de reforma; otros han sostenido, sin embargo, que dicha omisión es un signo de disponibilidad para el legislador ordinario y, por tanto, de flexibilidad de las Constituciones.

**56.**

*La omisión de referencias a la reforma en la Carta de 1830. Explicación de A. DE TOCQUEVILLE.*

La omisión de procedimientos singulares de reforma había sido asumida por las Cartas constitucionales francesas de 1814 y 1830. Y en España es la tónica que siguen todas las Constituciones conservadoras, el Estatuto de 1834 y las Constituciones de 1837, 1845 y 1876.

El autor más ilustre de los que han defendido que la no previsión de un procedimiento especial de reforma no es signo de flexibilidad sino de la máxima rigidez, es A. DE TOCQUEVILLE. Comentando la Carta de 1830 decía que «en Francia la Constitución es intangible, o al menos es tenida por tal; ningún poder podría introducir cambios en la misma; esta es la teoría universalmente aceptada. En Inglaterra se reconoce al Parlamento el derecho de modificar la Constitución. Allí, por tanto, la Constitución puede variar continuamente o, mejor dicho, no hay Constitución. El Parlamento es el mismo cuerpo legislativo y asamblea constituyente. En América las teorías políticas son más sencillas y racionales. La Constitución americana no se considera inmutable como en Francia, ni podría ser modificada por los poderes ordinarios de la sociedad como en Inglaterra. Constituye algo en sí misma que, representando la voluntad de todo el pueblo, es obligatoria tanto para los legisladores como para los ciudadanos particulares, pero que, aun así, puede modificarse por la voluntad del pueblo, siguiendo las formalidades preestablecidas y en los casos especiales contemplados. Por lo tanto, en América la Constitución puede variar; pero, mientras subsiste, es la fuente de todos los poderes, es la fuente predominante del Estado». TOCQUEVILLE explica en una larga nota de *La democracia en América* las razones que justifican la «inmutabilidad de la Constitución en Francia»; según él, se fundaba en las normas que regulaban el orden de sucesión al trono (establecida a perpetuidad por Luis XVIII desde la Carta de 1814 a favor de los borbones) y en la radical insuficiencia del legislador ordinario para variar la Constitución, ya que a fin de cuentas es de la Constitución de la que el legislador ordinario saca su poder, que no puede usar para negar su fuente.

Esta idea de la inmutabilidad de la Constitución ha servido a A. PACE para sostener su interesante construcción sobre la «rigidez natural» de las Constituciones escritas, que las haría inmunes al legislador ordinario. Su argumento le sirve para atisbar también la existencia en pleno siglo XIX de una configuración de la Constitución como norma superior a la ley. Este mismo régimen sería el aplicable a todas las Constituciones españolas decimonónicas que no establecieron cláusulas especiales de reforma. Tal ausencia habría que interpretarla en clave de superioridad de la Constitución sobre la ley ordinaria e intangibilidad de aquella por el legislador constituido.

Es probable que al constituyente decimonónico español no le importara mayormente la alteración de la Constitución por el legislador ordinario, porque, como ya hemos establecido más atrás, considerando la plena vigencia en todo el siglo de la doctrina de la Constitu-

**57.**  
Comparación con  
América.

**58.**  
La «rigidez natural»  
de las  
Constituciones  
escritas.

**59.**  
Constitución  
flexible e  
inmodificabilidad  
de la Constitución  
histórica.



ción histórica, ningún problema especial resultaría de la modificación de algunos aspectos de la Constitución escrita porque lo invariable sería la parte de ella que fuera formalización de la Constitución material o histórica, esta sí invariable.

Pero ninguna de estas circunstancias, como ha advertido con razón, a nuestro juicio, J. VARELA SUANZES, puede ser expresiva de la superioridad de la Constitución, puesto que para que tal exista es imprescindible la articulación de algún procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias que vulneran la Constitución; sistema de control este ausente, como nos consta, del constitucionalismo europeo durante todo el siglo XIX.

### 60.

*La consagración de la ley como fuente suprema del ordenamiento.*

Lo cual significa que en el constitucionalismo europeo del siglo XIX se da reiteradamente la intención, nada larvada y desde el origen, de constituir a la ley en fuente suprema del ordenamiento y al Parlamento en el intérprete máximo de las leyes, desplazando, por razón del primer postulado, a la Constitución misma como norma superior, y, en razón al segundo, a los jueces como máximos intérpretes.

### 61.

*La centralidad de la ley en el sistema constitucional europeo. La Declaración de 1789.*

De la centralidad de la ley en el constitucionalismo europeo no haremos ahora especial consideración. La expresión máxima de su entronización en el sistema jurídico es la que figura en el artículo 6 de la Declaración de Derechos de 1789: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que las de sus virtudes y sus talentos».

### 62.

*Las «infracciones de la Constitución» en Cádiz.*

El Parlamento se instituye de esta manera en el gran depositario de la soberanía, y su voluntad expresada en leyes es irresistible para los ciudadanos. Esta máxima fuerza de disposición permitiría al legislador equipararse con el constituyente, sobre todo porque de ninguna manera jurídica podría llegarse a controlar su contenido (en la Constitución gaditana se arbitró un original sistema de defensa de sus disposiciones —artículos 372 y 373—, el de las llamadas «infracciones de la Constitución» que ha estudiado monográficamente M. LORENTE, pero que, pese a la notoriedad de algunos casos especiales —caso *Fitzgerald*, que analizó V. FAIRÉN—, en modo alguno puede parangonarse con un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes). Otra cosa es la reacción política y social en la que, por cierto, algunos analistas

de las Constituciones decimonónicas han cifrado también su superioridad: por ejemplo, J. BARTHÉLÉMY cuando afirmaba, a primeros del siglo XX, que la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias era aceptada por la mayor parte de la doctrina y de los políticos, y que la protección y garantía de las leyes constitucionales «residía en el control constante de la opinión pública, siempre alerta gracias a la libertad de prensa».

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

En el ambiente doctrinal alemán de la época indicada se parte de la evidencia de que la ley ordinaria ha terminado equiparándose a la Constitución, precisamente para, tomando nota de tal situación, tratar de justificar, en unos casos, que los jueces puedan intervenir en el control de la constitucionalidad de las leyes, como veremos en el epígrafe siguiente (es H. TRIEPEL quien hace el más importante esfuerzo sistemático inicial de construir la doctrina de la supremacía de la Constitución basada en una diferencia de rango con las demás normas), o, al menos, idear soluciones que permitan acotar un ámbito específico a la ley, que restrinja su absoluta disponibilidad sobre cualquier materia. La equiparación, en cuanto a su fuerza normativa, de la ley a la Constitución está expresada por autores tan relevantes como ANSCHÜTZ, que concluye que la Constitución no solo no está supraordenada a la ley, sino disponible para el legislador.

La construcción teórica más importante del siglo XIX conducente a reducir el dominio de la ley, aunque parta de la convicción de su equiparación normativa con la Constitución misma, es la doctrina de la ley material que desarrollan, al final del siglo XIX, P. LABAND y G. JELLINEK. Ambos parten del famoso problema presupuestario que se había planteado en Prusia en 1862, con ocasión de las reformas del ejército que había propuesto el canciller Bismarck.

LABAND y JELLINEK se apoyan en el concepto de regla jurídica o de Derecho (*Rechtssatz*), alrededor de la cual construyen una teoría completa de las funciones del Estado, según la cual las funciones legislativa, ejecutiva y judicial no se identifican por el órgano del que proceden las decisiones, sino por las características típicas de cada función.

**63.**

*La Constitución está disponible para las leyes ordinarias.*

**64.**

*La equiparación de la fuerza normativa entre Ley y Constitución.*

**65.**

*La formación de la doctrina de la ley material: significación para reducir el absolutismo legislativo.*

**66.**

*El concepto de Rechtssatz.*

La legislativa consiste en elaborar reglas de Derecho y la ejecutiva en gestionar o administrar intereses públicos. El poder legislativo hace legislación cuando elabora reglas de Derecho, aunque también es notorio que en la práctica adopta otra clase de decisiones que no se concretan en tales reglas. Cuando el legislativo fija una regla jurídica, es decir, regula las relaciones personales, establece prohibiciones, introduce mandatos, reconoce derechos o impone deberes, aquella regla jurídica es una ley material. Usando la forma de ley es posible que las Asambleas legislativas ejerzan una función distinta de la de legislar, lo que ocurrirá en todos los casos en que las leyes no establezcan reglas de Derecho, sino que definan programas, acuerden el trazado de ferrocarriles, la construcción de canales, el establecimiento de fortificaciones o la autorización de un préstamo.

**67.**  
Reglamentos  
jurídicos.

La misma distinción servirá para establecer que la función de dictar leyes materiales puede ser compartida por la Administración, en la medida en que esté autorizada y produzca reglas jurídicas al aprobar reglamentos. Serán estos *Rechtsverordnungen*, es decir, reglamentos jurídicos.

La doctrina de la ley material serviría para tratar de reducir la amplísima disponibilidad del legislador sobre cualquier materia, para reconducirla a la formulación de reglas jurídicas. Pero, desde luego, no afectó al estado de la situación dominante en el período, consistente, como venimos diciendo, en la equiparación entre la ley y la Constitución.

**68.**  
La equiparación  
ley-Constitución en  
LABAND.

El propio LABAND explicaría tal situación en los siguientes términos: «No existe en el Estado voluntad superior alguna a la del soberano. Y es de esta voluntad de donde tanto la Constitución como las demás leyes obtienen su fuerza obligatoria. La Constitución no es una potencia mítica que planea por encima del Estado... La afirmación de que las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no resultar incompatibles con ella constituye simplemente un postulado de práctica legislativa, pero no es un axioma jurídico. Aunque resulte deseable que el sistema de Derecho Público y Privado no aparezca en contradicción con el acto constitucional, la existencia de una contradicción entre ambos es posible de hecho y admisible en Derecho, de igual manera que pueden existir divergencias entre el Código Penal, el de Comercio o el de Procedimiento Criminal, y una ley posterior a ellos».

La equiparación entre la ley y la Constitución, tan visible también durante toda la III República francesa, no solo será determinante de

que la Constitución pueda ser modificada o adaptada mediante leyes ordinarias, sino que tampoco valga para nada cualquier eventual pronunciamiento que, en tal contexto jurídico, puedan hacer los tribunales contra las leyes que violen la Constitución. CARRÉ DE MALBERG lo explicó exactamente: «En América, el fallo de justicia que declara una ley inconstitucional tiene como efecto elevar en contra de la voluntad de la legislatura, a la cual se opone, una barrera que para ella resulta infranqueable, dado que la legislatura es impotente para modificar por sí misma la Constitución... Entre nosotros, por el contrario, si el Parlamento se enfrentara a una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad, podría triunfar sin gran dificultad ante esta resistencia: las mayorías parlamentarias que han adoptado la ley paralizada por una sentencia de la autoridad judicial, a fin de hacer prevalecer su voluntad, no tendrían más que confirmar en la Asamblea Nacional el fallo o medida que inicialmente habían tomado por simple vía legislativa... En estas condiciones, es probable que (la autoridad judicial) dudara mucho antes de rechazar la aplicación de las leyes aduciendo inconstitucionalidad».

La recuperación de la superioridad de la Constitución, protegida mediante procedimientos agravados de reforma frente al legislador ordinario, transformando, pues, de nuevo, la Constitución en una norma rígida, no ocurrirá ni en Francia ni en España hasta el restablecimiento del constitucionalismo democrático, que, con las excepciones de corta vigencia reiteradamente citadas, no se produce definitivamente, en nuestro caso, hasta la aprobación de la Constitución de 1978.

### 3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: LAS CAUSAS QUE DETERMINARON EL NO ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE CONTROL DE LAS LEYES EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO Y LOS CRITERIOS SEGUIDOS PARA SU IMPLANTACIÓN ULTERIOR

La rigidez de la Constitución indica, en los términos expresados, su superioridad formal. Pero esta posición carece de toda significación jurídica en los sistemas que no tienen establecidos procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes. Es evidente que si las leyes ordinarias contrarias a la Constitución, incluso por no seguir el procedimiento establecido para su reforma, no pueden ser anuladas por los tribunales, no podrá evitarse que modifiquen la Constitución situándose en su mismo plano o posición de jerarquía.

**69.**  
*Explicación de la equiparación de la ley con la Constitución en CARRÉ DE MALBERG: nada puede hacerse contra la ley que modifica la Constitución.*

**70.**

*La omisión de procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes en las primeras Constituciones americana y francesas.*

Pese a esta evidencia, y no obstante la circunstancia de que tanto en Norteamérica como en Francia se parte de la convicción, que acabamos de estudiar, de que la Constitución es una norma superior, en ninguna de las primeras Constituciones se establece que las leyes ordinarias están sometidas a control judicial a los efectos de verificar su constitucionalidad.

Ni está en la Constitución americana de 1787, ni en la francesa de 1791. Como nos resulta conocido, en Francia el sometimiento del legislador a las determinaciones de la Constitución no se declarará nunca expresamente. En Estados Unidos, dicho sometimiento ocurre como consecuencia de la convicción general de que los tribunales deben evitar que el legislador ordinario pueda modificar la Constitución. Este efecto es el centro de la argumentación de los políticos que, como HAMILTON, teorizan sobre el control de constitucionalidad de las leyes, y el que utilizará principalmente el juez MARSHALL en su famosa ponencia en el asunto *Marbury v. Madison*, de 1803.

**71.**

*El sometimiento del legislativo y el ejecutivo al control judicial no es objeto de regulación en el primer constitucionalismo.*

El principio más indeclinable del constitucionalismo liberal originario, en lo que concierne a la organización de los poderes, es, sin ninguna duda, su separación, no, desde luego, el sometimiento del legislativo y del ejecutivo a control judicial. Circunstancia esta que, insistimos, ni aparece en las Constituciones, ni resulta evidente en las exposiciones que, sobre el sentido y alcance de la separación de poderes, hacen los principales teóricos de la misma (BLACKSTONE, MONTESQUIEU, LOCKE). En ninguna de las Constituciones en las que se implanta la separación de poderes aparece, como complemento de la idea de la supremacía de la Constitución, el sometimiento de los poderes públicos al control de los tribunales. Pese a que tantas veces se haya repetido que este es un principio esencial del constitucionalismo liberal, puede discreparse con serias razones de que así sea. El control judicial del legislativo y el ejecutivo, aunque se conecte con alguna tradición histórica, tiene desarrollos completamente diferentes en Norteamérica y en Europa.

**72.**

*El diferente punto de partida en Norteamérica y Francia.*

El punto de partida será la diferente posición que el poder legislativo y el ejecutivo tienen en los primeros años constitucionales en Estados Unidos y en Francia. Mientras que en aquel país todo son prevenções frente al poder legislativo, al que no se quiere reconocer ninguna preeminencia, sino que, por el contrario, se idean fórmulas para debilitarlo, en Francia el legislativo se convierte en el depositario efectivo de la soberanía, en el órgano que expresa la voluntad general, en la voz directa del pueblo, cuyas decisiones se estiman, en consecuencia, incontestables e irresistibles.

Por el contrario, en Estados Unidos recibirá un tratamiento constitucional y práctico de privilegio el poder ejecutivo. En aquella nación, al ejecutivo —al presidente— lo elige el pueblo. Por el contrario, en la tradición francesa, el ejecutivo está dirigido por un monarca hereditario que, durante el Antiguo Régimen, había habituado a sus súbditos al ejercicio del poder en términos absolutos y omnímodos. Mientras los franceses pretendieron reaccionar contra este estado de cosas, debilitando en consecuencia el poder ejecutivo, los norteamericanos dirigían todas sus prevenciones contra el legislativo (los abusos y el ejercicio omnímodo del poder eran prácticas que en las colonias se atribuían al Parlamento británico) para elevar al máximo la significación y la importancia de un poder ejecutivo constituido con un soporte democrático directo. MADISON explicó estas diferencias luminosamente en un artículo de *El Federalista*: «En un gobierno en que un monarca hereditario dispone de numerosos y dilatados privilegios, el departamento ejecutivo debe ser considerado con justicia como fuente de peligros y ser vigilado con todo el celo que debe inspirar el amor a la libertad... Pero en una república representativa, donde la magistratura ejecutiva está cuidadosamente limitada, tanto por lo que hace a la extensión como a la duración del poder, y donde la potestad legislativa es ejercida por una asamblea a la que la influencia que tiene sobre el pueblo le inspira una confianza intrépida en su propia fuerza... es contra la ambición emprendedora de este departamento contra la que el pueblo debe sentir sospechas y agotar todas sus preocupaciones».

El constitucionalismo americano pretende, desde luego, preservar los derechos naturales e inalienables de los ciudadanos al establecer límites a la potestad dispositiva del legislador, pero, preferentemente, trata de organizar el control del legislador ordinario para evitar que la Constitución pueda ser modificada. En la tradición del *common law* británico estaba vigente este principio. El juez COKE concretó en el *Bonham case*, de 1610, que el motivo del control judicial de la ley es que no puede violar normas de Derecho superior, no necesariamente que el control se produzca por violación de derechos. Dijo a tal propósito que «cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho y a la razón, o incompatible, o imposible de ejecutar, el *common law* la controlará y procederá a declarar su nulidad».

En la famosa exposición que HAMILTON hace en el número 78 de *El Federalista*, que constituirá, sin duda, el punto de apoyo de la doctrina que MARSHALL establecerá en *Marbury v. Madison*, de 1803, también es notorio que lo que se pretende, al establecer el control judicial de las leyes, es evitar que el legislador ordinario pueda modificar la Constitu-

**73.**

Desconfianza en el legislativo y fortalecimiento del ejecutivo en Norteamérica.

**74.**

La reacción contra el ejecutivo y la confianza en la ley en Francia.

**75.**

La preservación de la Constitución frente al legislador.

**76.**

Los fundamentos del control de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales en El Federalista.

ción. En la argumentación de HAMILTON se trata de rebatir la crítica de que la aceptación de la regla de que los tribunales puedan anular las leyes supondría establecer la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Pero, frente a ello, lo que HAMILTON argumenta es que «no es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores...». Conclusión esta que argumenta afirmando que «no hay proposición que se apoye en principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer, no solo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben».

### 77.

La influencia del texto de HAMILTON en la ponencia de MARSHALL.

El Tribunal Supremo seguiría de cerca esta misma argumentación. En la sentencia *Marbury* citada, la posición del Tribunal, y, por tanto, el fundamento del control de la constitucionalidad de las leyes, se resume en la siguiente frase: «si una ley se opone a la Constitución, si ambas, una ley y la Constitución, son aplicables a un caso particular por lo que el Tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley, el Tribunal debe determinar cuál de esas normas en conflicto es aplicable al caso. Esta es la esencia verdadera de la obligación de los jueces».

### 78.

La menor relevancia de la ley para provocar el cambio social en América.

El establecimiento del control judicial de la constitucionalidad en América se vio favorecido por las concepciones y temores, ya explicados, sobre el poder legislativo, pero también vino propiciada por otras dos circunstancias claves: primero, la igualdad sustancial de la sociedad americana, frente al carácter estamental de la europea procedente del Antiguo Régimen, organizada sobre la base de múltiples privilegios, con los que los revolucionarios quieren romper radicalmente, encomendándose la tarea transformadora principalmente al legislador. Y, segundo, el cuidadoso manejo que el Tribunal Supremo hizo de su potestad de anular leyes inconstitucionales. Es precisamente en este *self-restraint* en el que puede decirse que, en cierta medida, se cifró la consolidación del control judicial de las leyes (E. ALONSO GARCÍA).

Es conocido que desde *Marbury v. Madison*, de 1803, el Tribunal Supremo no vuelve a anular otra Ley Federal hasta la Sentencia *Dret*

*Scott v. Sandford*, de 1857. La primera decisión citada, debida al impulso del juez MARSHALL, fue objeto de críticas de todas clases, expresadas hasta en la prensa y manifestadas en la resistencia al cumplimiento de decisiones judiciales, como había ocurrido ya con las decisiones que afectaban a las competencias de los Estados (*Chisholm v. Georgia*, de 1793, había provocado una revuelta de los antifederalistas, que volvió a reproducirse con mayor virulencia con ocasión de *Cohens v. Virginia*, de 1821, en la que MARSHALL expresa de nuevo la prevalencia del Tribunal Supremo sobre los Tribunales estatales).

En los tiempos en que el Tribunal adopta su Sentencia *Marbury v. Madison* existe una fuerte oposición a la intromisión de los jueces en la actividad de cualquiera de los otros dos poderes, por considerarla contraria al principio de separación. Nada menos que JEFFERSON se muestra radicalmente contrario a las ideas de MARSHALL en este punto. En los años posteriores a aquella sentencia termina prosperando una corriente de pensamiento contraria a la legitimidad de la *judicial review of legislation*, expresada también por muchos jueces de algunos tribunales de los Estados, entre los que destaca la brillante argumentación del juez GIBSON, miembro del Tribunal Supremo de Pennsylvania, en su opinión disidente en el caso *Eakin v. Raub*, que ha recordado entre nosotros R. BLANCO VALDÉS.

En Europa, sin embargo, los escasos y poco convincentes intentos originales de establecer fórmulas de control de constitucionalidad de las leyes (el *jury constitutionnaire*, propuesto por SIÉYÈS, o las infracciones a la Constitución que regula la Constitución de 1812), o no llegan a implantarse, o no tendrán efectividad práctica.

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes se establecerá (provisionalmente, porque quedará sometido a la quiebra de las inmediatas guerras europeas de la primera mitad del siglo XX) a partir de las Constituciones de Weimar y austríaca de 1919 y 1920. Se articulará usando técnicas marcadamente distintas de las seguidas en Estados Unidos, ideadas en sede teórica fundamentalmente por H. KELSEN. Pero el sistema no surgirá de la nada, sino que se irá formando paulatinamente en los años finales del siglo XIX, hasta consolidarse como complemento indispensable del constitucionalismo europeo en las fechas antes indicadas.

El desarrollo europeo del control de la constitucionalidad de las leyes está inequívocamente vinculado al problema suscitado en los Estados de estructura federal por los conflictos entre la legislación de los Estados miembros con la federal. Existe un elemento en la evolu-

**79.**

Self-restraint  
del Tribunal  
Supremo de  
*Marbury v. Madison*  
a *Dret Scott*.

**80.**

La oposición  
contemporánea a  
MARSHALL y a la  
judicial review of  
legislation.

**81.**

El origen del  
control de la  
constitucionalidad  
de las leyes en  
Europa.



**82.**

*Vinculación inicial del control de la constitucionalidad a las relaciones entre poderes territoriales en el Estado federal.*

ción de estos sistemas federales que puede tenerse por común a todos ellos: las Constituciones correspondientes admiten inicialmente que los tribunales puedan enjuiciar las leyes de los Estados miembros, a los efectos de verificar su compatibilidad con las leyes federales. Esta necesidad está conectada con el principio de primacía del Derecho federal sobre el Derecho de los Estados miembros, que reconocen en común todos aquellos textos constitucionales europeos. El control que practican inicialmente los tribunales es, por consiguiente, más de legalidad ordinaria que de constitucionalidad, ya que el parámetro para medir la validez de las leyes estatales no es directamente la Constitución, sino las leyes federales.

**83.**

*La Constitución como test para valorar las leyes desde la perspectiva de las competencias.*

Pero enseguida será necesario un desarrollo mayor de esta mecánica de control porque la utilización de las leyes federales como parámetro debía partir de la premisa de que dichas leyes eran conformes con la Constitución o, más en concreto, a los criterios establecidos en la misma para el reparto de competencias entre la federación y los *Länder* alemanes, o cantones en el caso suizo. Esta circunstancia obligó a una ampliación de la función de control constitucional atribuido a los tribunales. Primero, a los efectos de que pudieran utilizar directamente la Constitución como parámetro para medir la validez de las leyes de los Estados miembros, y ulteriormente para que también pudieran verificar la de las leyes federales.

**84.**

*Silencio de las Constituciones y activismo de los tribunales.*

La tendencia en los años finales del siglo XIX y principios del siglo XX es hacia el reconocimiento de la competencia general a los tribunales para controlar la constitucionalidad de las leyes. Aunque las Constituciones guardan silencio sobre esta importante cuestión, la doctrina y los propios tribunales tienden a incluir el control constitucional en las competencias generales que les atribuye la Constitución. También es apreciable la tendencia a evitar progresivamente la participación de todos los jueces y tribunales en tal función de control, articulada de modo difuso, para concentrarla en un único órgano judicial que adoptará las decisiones definitivas de modo unificado y general.

El proceso de instrumentación del control de la constitucionalidad de las leyes en Alemania se acomoda muy exactamente al esquema que acaba de indicarse.

**85.**

*El desarrollo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en Alemania.*

La Constitución de 1871 no había hecho ninguna mención al control judicial de las leyes, ni para aceptarlo ni para prohibirlo. Al principio los tribunales se mostraron contrarios a asumir tal función (Sentencia del Tribunal del Reich de 17 de febrero de 1883), coincidiendo en ello con la doctrina más prestigiosa (JELLINEK, LABAND, ANSCHÜTZ). Pero tal criterio

se aplicaba a las leyes federales, no a las de los *Länder*. En el caso de estos sus leyes tenían que someterse a un control último de los tribunales porque, de no ser así, no podría hacerse efectivo el principio de primacía del Derecho del *Reich* sobre el de los *Länder*, que proclamaba el artículo 2 en la citada Constitución de 1871. La primacía del Derecho federal se entendía en aquel contexto constitucional, al igual que en la posterior Constitución de Weimar de 1919 (artículo 13.1), de un modo absoluto. Tenía la regla de la prevalencia fuerza derogatoria sobre la legislación de los *Länder* que la contradijera, y producía, además, el efecto de ocupar la regulación de la materia, de modo que no podía ser en lo sucesivo objeto de legislación de los *Länder*.

El parámetro de control, como en el caso suizo, fue en Alemania inicialmente el Derecho federal y no la Constitución. Pero los tribunales ampliaron aquel criterio para valorar las normas con arreglo a la Constitución preferentemente. Una vez involucrada la Constitución como criterio último de valoración de las leyes, sería más fácil extender el control también a las leyes de la federación.

La doctrina de la época estaba muy dividida sobre si los tribunales tenían tal facultad. La Constitución no se había pronunciado expresamente, lo que era interpretado por algunos autores relevantes, como H. PREUSS, en el sentido de que debía entenderse que la facultad de controlar judicialmente cualquier decisión de los poderes públicos existía y estaba atribuida en términos difusos a todos los tribunales.

Los tribunales de la época se mostraron partícipes de dicha opinión y, por tanto, activistas en relación con el control de la constitucionalidad de las leyes. Una Sala del *Reichsfinanzhof*, de 23 de marzo de 1921, declaró dicha competencia en términos que luego fueron seguidos por otros tribunales. Pero la decisión judicial más importante del período será la Sentencia del *Reichsgericht*, de 5 de noviembre de 1925. Es la respuesta final a un período de dudas y agitaciones, en el que muchos colectivos de jueces e importantes cargos de la magistratura se habían pronunciado en el sentido de que les correspondía la función de control a la constitucionalidad de las leyes. La citada Sentencia pone punto final a dicho debate estableciendo para Alemania principios que, como ha opinado justamente P. CRUZ VILLALÓN, tienen una importancia semejante a la que tuvo *Marbury v. Madison* en Norteamérica. Ante el silencio constitucional, la Sentencia declara que es competencia de los jueces y tribunales controlar la constitucionalidad de las leyes, de todas las leyes: «Puesto que la Constitución del *Reich* misma —dice la Sentencia— no contiene ningún precepto en virtud del cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del

**86.**

*De las leyes federales a la Constitución como parámetro de control.*

**87.**

*La Sentencia del Reichsgericht de 5 de noviembre de 1925: la competencia de los jueces y tribunales para controlar la constitucionalidad de las leyes; fundamentos.*

*Reich* fuera sustraída a los tribunales ni transferida a otra instancia, hay que reconocer el derecho y el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*».

En el período de Weimar el control jurisdiccional de las leyes se orientará usando las previsiones del artículo 13.2 de la Constitución, relativo al control del Derecho de los *Länder*, y los conflictos constitucionales entre los *Länder* y el *Reich* referidos en el artículo 19. Habrá otro desarrollo importante consistente en concentrar el control de la constitucionalidad en un órgano que decida con carácter general, asegurando al máximo la claridad de la repercusión de sus decisiones sobre el ordenamiento jurídico. La justicia constitucional tiende a concentrarse en el Tribunal del *Reich*.

### 88.

*Las especialidades del sistema europeo: Kelsen y la Constitución austríaca de 1920.*

El otro paso decisivo en el constitucionalismo europeo se producirá en Austria con ocasión de la Constitución de 1 de octubre de 1920. También en este país la necesidad de un control judicial de la constitucionalidad de las leyes está vinculada a la estructura federal del Estado. En Austria, sin embargo, a diferencia de lo que ha ocurrido en Suiza y en Alemania, no se contempla la superioridad del Derecho de la federación sobre el de los *Länder*, sino que las leyes de ambos poderes se equiparan, aceptándose la igualdad de rango, según había propuesto una conferencia de *Länder*, celebrada en abril de 1920. Kelsen explicaría a lo largo de las sesiones constituyentes que las normas que tienen que prevalecer sobre otras en caso de conflicto serán las que en cada caso decida el Tribunal Constitucional teniendo en cuenta el reparto de competencias establecido en la Constitución.

Al apabullante genio jurídico de H. Kelsen, a su rigurosa utilización de un método lógico implacable, se debe la construcción teórica final de lo que se conocerá luego como el modelo europeo de justicia constitucional.

### 89.

*La justificación del control judicial.*

El avance del control practicado por los tribunales era entendido por sus opositores como un ataque exterior a la función del Parlamento, dirigida por órganos, como los tribunales, carentes de legitimación democrática, con consecuencias, además, sobre un principio estructural básico de la Constitución, como es el de separación de poderes.

### 90.

*El control no vulnera la separación de poderes porque el órgano judicial que actúa no ejerce función jurisdiccional.*

El grueso de esta objeción lo despeja Kelsen aclarando que la justicia constitucional no puede vulnerar en modo alguno el principio de separación en la medida en que «el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, aun en el caso de que reciba, a la vista de la independencia de sus miembros, la organización propia de un tribunal, *no ejerce verdaderamente, sin embargo, una función juris-*

*diccional*». La función que se ejerce en tal caso no es jurisdiccional, explica Kelsen, sino legislativa. El tribunal actúa como un *legislador negativo*. «Anular una ley —explica el insigne jurista austriaco— es enunciar una norma general, dado que la anulación de una ley posee el mismo carácter general que su elaboración, no siendo, por decirlo así, más que la elaboración con un signo negativo y, por tanto, ella misma una función legislativa». Concluye: «Un tribunal que tiene el poder de anular leyes es, en consecuencia, un órgano del poder legislativo». La diferencia entre el legislador ordinario, positivo, y el ejercicio de la función legislativa, negativa, por el Tribunal Constitucional, es la siguiente según Kelsen: «La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libertad de creación que caracteriza a la legislación ha desaparecido aquí casi por completo. Mientras que el legislador solo está vinculado por la Constitución en lo relativo a los procedimientos y, de forma excepcional, en lo relativo a los contenidos de las leyes que ha de dictar, exclusivamente por principios o directivas de carácter general, la actividad del legislador negativo —de la jurisdicción constitucional— está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; porque consiste esencialmente en la aplicación y solo en una débil medida en creación de Derecho, lo que la convierte en una función auténticamente jurisdiccional».

La concentración de la justicia constitucional en el Tribunal Constitucional, que la doctrina kelseniana concibe de modo absoluto, producirá, junto a la teoría del legislador negativo, un conjunto inestimable de beneficios que superarán los muchos inconvenientes que los Estados europeos habían opuesto a la incorporación de un sistema semejante al norteamericano. La concentración en el Tribunal Constitucional de la función indicada permite excluir de la misma a los jueces ordinarios. Las suspicacias contra los mismos no se habían agotado en todo el siglo. Y además, como antes hemos visto, en los años anteriores a la formulación de la doctrina kelseniana, los colectivos judiciales de algunos Estados como Alemania habían manifestado un gran activismo respecto del control de toda clase de leyes, sin contar con una atribución constitucional expresa. Por otra parte, será posible mejorar la legitimación democrática de los magistrados designados para el Tribunal Constitucional, que podrán ser elegidos siguiendo procedimientos distintos de los usados para la selección de la magistratura de carrera. M. CAPPELLETTI observó que una de las razones por las que había sido muy difícil la asunción en Europa del modelo americano de justicia constitucional era porque los jueces en Europa continental eran

**91.**  
Teoría del  
legislador negativo.

**92.**  
Diferencias con el  
legislador positivo.

**93.**  
Consecuencias  
organizativas de la  
teoría del legislador  
negativo: la  
concentración de la  
justicia  
constitucional.

**94.**  
Incremento de la  
legitimación  
democrática y de la  
especialización del  
órgano encargado  
del control de la  
constitucionalidad.

magistrados de carrera «poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que... es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de “menos intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes».

En fin, la concentración de la justicia constitucional en el Tribunal Constitucional traerá consigo la inequívoca ventaja de la seguridad jurídica, ya que, a diferencia de lo que ocurre con el sistema americano en el que todos los jueces pueden valorar, con ocasión del enjuiciamiento de casos concretos, si las leyes son o no compatibles con la Constitución, e inaplicarlas en caso negativo, se podrá en el europeo contar con una única decisión, con efectos generales, con efectos de cosa juzgada y con fuerza vinculante para todos.

En España el problema del control de la constitucionalidad de las leyes también empieza a plantearse cuando el Estado adopta una estructura federal, es decir, por tanto, con ocasión de la Constitución de 1873. Pero considerando la efímera vigencia de este texto, es a la Constitución de 1931 a la que puede atribuirse la recepción final del control de la constitucionalidad de las leyes, que se asigna a un denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, inspirado, sobre todo, en la construcción hecha por KELSEN en aplicación de la Constitución austríaca. En los debates parlamentarios relativos a la elaboración de aquella Constitución se evidenciará de modo manifiesto aquella influencia (los ha recogido específicamente en este punto J. TOMÁS VILLARROYA).

De estas herencias mismas se nutrirá la Constitución de 1978 estableciendo un sistema de control de constitucionalidad de las leyes en el que, aunque es visible la influencia del «modelo europeo», se aproxima también a algunas de las peculiaridades del «modelo americano». En esta última aproximación se ha profundizado ulteriormente en la práctica y también como consecuencia de la incorporación de principios procedentes del Derecho Comunitario europeo. Pero haremos referencia a este fenómeno un poco más adelante.

#### 4. LA EFICACIA NORMATIVA DE LOS CONTENIDOS MATERIALES DE LAS CONSTITUCIONES DECIMONÓNICAS

##### A) **Crítica de las tesis sobre el carácter no normativo de las Constituciones decimonónicas**

Un sector importante de la doctrina española, al que hemos aludido más atrás, ha enfatizado la diferencia entre la Constitución vigente de 1978, cuyo valor normativo vinculante para todos los poderes

### 95.

*Potenciamiento de la seguridad jurídica en el sistema concentrado de justicia constitucional.*

### 96.

*Los precedentes de la justicia constitucional en España.*

### 97.

*La doctrina del carácter programático de los principios constitucionales.*

públicos y los ciudadanos está literalmente expresado en su propio texto (artículo 9.1), y las Constituciones españolas anteriores, cuyo contenido no habría tenido ordinariamente valor jurídico vinculante, sino un simple carácter programático. Formularían estas nada más que grandes opciones políticas cuya aplicación en la práctica dependería siempre de la voluntad discrecional del legislador o de los demás poderes públicos. En verdad, esta doctrina del carácter no normativo de las Constituciones históricas fue una vigorosa reacción contra la idea, absolutamente extendida en el período, de que las diversas leyes fundamentales, que constituyeron la «Constitución» de aquel período, solamente tenían carácter programático. Así lo había afirmado la jurisprudencia (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1940, 6 de abril de 1942 o 28 de junio de 1963, destacadas por M. ALONSO OLEA entre las que señalaban el valor jurídico del Fuero del Trabajo, considerado, como dice la primera de ellas, como un texto de «carácter programático definidor de derechos en potencia»). La misma afirmación se puede encontrar en los análisis doctrinales de los publicistas (J. A. GARCÍA-TREVIJANO y J. L. VILLAR PALASI). Y así se mantendrá la situación hasta el mismo comienzo de la vigencia de la Constitución de 1978, a pesar de que algunas de aquellas leyes fundamentales, como la Ley de Principios del Movimiento Nacional o la Ley Orgánica del Estado, aceptaron una relativa normativización de sus preceptos. La primera estableció en su artículo 3 que serían «nulas las disposiciones contrarias a esta Ley», y la segunda, artículos 69 y siguientes, consideró que incurría en contrafuero todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnerase las leyes fundamentales.

Pero estas últimas declaraciones tuvieron poca trascendencia práctica, de modo que la eficacia jurídica de las normas contenidas en las leyes fundamentales siguió siendo «sustancialmente programática», en cuanto que podían ser atendidas o no por los poderes constituidos según su libre voluntad.

Al intentarse establecer un contraste por la doctrina entre el remedo del constitucionalismo del período franquista y el emergente constitucionalismo democrático de 1978, se puso especial énfasis en diferenciar el carácter normativo de la nueva Constitución, en contraste con la carencia de valor normativo de las anteriores. La observación se hizo extensiva no solo a las leyes fundamentales citadas, sino a todo el constitucionalismo anterior, quizá con la única excepción de la Constitución de 1931. Esta valoración del constitucionalismo decimonónico por los primeros analistas de la Constitución de 1978 permitía también

**98.**

*Las «leyes fundamentales» franquistas.*

**99.**

*El contraste entre la Constitución de 1978 y sus precedentes.*

**100.**

*El reencuentro, en 1978, con los principios del constitucionalismo originario.*

concebir a esta como un reencuentro con los principios del pensamiento de J. LOCKE, pero sobre todo como una confluencia con los viejos principios del constitucionalismo liberal, con la idea racional normativa de Constitución, abandonada durante cerca de dos siglos, y mantenida, sin embargo, firmemente en el constitucionalismo estadounidense. En verdad, el reencuentro entre las concepciones constitucionales de ambos lados del Atlántico se ilustró básicamente con una señal común de identidad: la Constitución había vuelto a ser una norma superior, como lo fue la americana desde el principio. De modo que toda la legislación que se le opusiera sería nula, y así podrían declararlo los tribunales.

**101.**

*La idea de que la mayor parte de las Constituciones decimonónicas carecieron de valor normativo.*

En aras del reconocimiento de esta indiscutible característica del constitucionalismo del siglo xx se habría llegado a la desvalorización del constitucionalismo decimonónico, al que se haría extensiva la idea de que todos los textos escritos de aquel tiempo no llegaron nunca a tener la consideración y el valor de verdaderas normas.

**102.**

*Heterogeneidad de las normas constitucionales.*

Esa doctrina, asumida en la obra de algunos destacados constitucionalistas y administrativistas, es notoriamente errónea, a nuestro juicio, como trataremos de probar en los epígrafes sucesivos. Incurre, al menos, en dos defectos principales: confunde, por una parte, el valor normativo de la Constitución con su carácter de norma superior. Esta última característica no la han tenido las Constituciones decimonónicas; la primera, sin embargo, sin ninguna duda. En segundo lugar, no tiene en cuenta la heterogeneidad de las normas que una Constitución contiene: solo algunas de ellas tienen eficacia directa, pero la mayor parte de las demás dependen para su aplicación de regulaciones que están remitidas directamente al legislador o a otros poderes públicos. Sin embargo, estas características no son solo propias de las Constituciones decimonónicas, sino también de las actuales, como la doctrina alemana viene poniendo de manifiesto desde que se enfrentó con la interpretación de la Constitución de Weimar (C. STARCK y H. HELLER).

**103.**

*Normatividad y elementos coactivos de los textos constitucionales.*

En definitiva, estas doctrinas negatorias del valor normativo de las Constituciones decimonónicas no distinguen lo preciso entre la eficacia de las normas constitucionales, su invocabilidad y aplicación directa por los tribunales, y el problema de su carácter normativo, que lo tienen sin duda. Las normas jurídicas no dejan de ser tales porque no establezcan al tiempo los mecanismos de coacción necesarios para asegurar su cumplimiento. La separación de la normatividad de un texto y los elementos coactivos que sirven para llevarlo a la práctica, es una característica muy asentada en los textos constitucionales, como observó G. JELLINEK en su momento. Sobre la innecesariedad de la

coacción como elemento característico de la norma constitucional se han expresado en Alemania G. RÜMELIN y E. EHRLICH, o en Inglaterra P. VINOGRADOFF, y entre nosotros A. NIETO. La inexistencia de elementos coactivos en estas normas no desmerece su condición de normas obligatorias. Los poderes públicos y los ciudadanos han de atenderlas, y contra las hipótesis de incumplimiento podrá reaccionarse, bien con los mecanismos institucionales que la propia Constitución contenga, si es que los tuviere, o con otro tipo de reacciones sociales, que indudablemente se activan cuando la norma constitucional es violada.

La negación de valor normativo de las Constituciones decimonónicas incurre también, por lo general, en inadvertencias sobre la heterogeneidad de su contenido. Se trata de dichas Constituciones como si se tratara de normas parangonables a las leyes ordinarias, cuando en verdad las Constituciones de todos los tiempos se caracterizan por su singularidad en relación con cualquier otra clase de norma.

Esta afirmación es un lugar común entre la doctrina actual. Como veremos un poco más adelante, no hay ningún autor que no acepte seriamente en la actualidad una clasificación de las normas constitucionales más o menos parecida a la que propuso en Alemania SHEUNER, que aprecia la existencia en la Constitución de derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador, principios fundamentales y fines del Estado. Desde luego, puede especificarse todavía mucho más esta propuesta de clasificación. Pero lo que es claro es que no todas las reglas constitucionales se presentan igual desde el punto de vista de su contenido normativo si se considera la eficacia de sus mandatos y la invocabilidad ante los tribunales de sus disposiciones.

En las Constituciones vigentes siguen existiendo, igual que en las Constituciones anteriores, normas de las denominadas programáticas, si por tales se entienden los enunciados que requieren ser completados por el legislador ordinario, al que la Constitución se remite. Ya en el tiempo de vigencia de la Constitución de Weimar, por citar un texto que abre el camino hacia la modernidad e impone la regla de la supremacía constitucional, la doctrina alemana había observado la existencia de muchas prescripciones en la misma que requerían el concurso del legislador para poder ser aplicadas. Esta circunstancia se repite en las Constituciones actuales (y no solo en relación con los derechos económicos y sociales, como suele afirmarse habitualmente, sino también en relación con algunos derechos procesales y civiles que no pueden ejercitarse si el legislador no provee lo necesario), y era también absolutamente habitual en las Constituciones del pasado.

**104.**

*Coactividad y obligatoriedad.*

**105.**

*La necesidad de examinar separadamente la tipología de normas constitucionales.*

**106.**

*Origen y permanencia en las Constituciones de las normas llamadas programáticas.*



**107.**  
Normas  
incompletas.

Pero el hecho de que las normas constitucionales necesiten del concurso del legislador para concretarlas y hacerlas operativas no quiere decir que pierdan todo su carácter normativo. Se tratará, en tal caso, de normas incompletas, que no por tal circunstancia pueden excluirse de la normatividad. El fenómeno de las normas incompletas es absolutamente habitual en la práctica del Derecho, y está reconocido por la teoría general desde hace muchos años (en K. LARENZ puede encontrarse una exposición clásica sobre este extremo). Son normas que renuncian a explicitar totalmente los supuestos fácticos a los que se refieren o las consecuencias jurídicas de lo que disponen, remitiéndose a otros poderes externos para que integren estos déficits.

**108.**  
Grados de eficacia  
de las normas  
constitucionales.

Del mismo modo, como ya hemos dicho, es pertinente separar del problema del carácter normativo de las reglas constitucionales la cuestión de su eficacia y la de su posible invocabilidad ante los tribunales. En cuanto a lo primero, puede determinarse la existencia de reglas prescriptivas que vinculan al legislador o a los demás poderes del Estado, pero no a los ciudadanos, frente a otras que presentan una eficacia mucho más general. La medida en que sus contenidos tienen que hacerse vinculantemente efectivos tiene muchas consecuencias indudables respecto de las características y la eficacia de la norma, pero en cualquiera de los grados en que la eficacia se presente, su debilitamiento no afecta al carácter normativo de la disposición que se considere.

**109.**  
La invocabilidad  
ante los tribunales y  
la normatividad.

La invocabilidad o justiciabilidad de la regla de Derecho que la disposición contenga tampoco es una circunstancia que afecte radicalmente a su normatividad. Ya hemos señalado más atrás que existen reglas de Derecho que no están acompañadas de un sistema coactivo específico para asegurar su aplicación forzosa. El mejor ejemplo es el de las propias normas constitucionales. La circunstancia de que no se hayan fijado en ellas, o en la legislación que las desarrolle, formas de control de las disposiciones que violen sus determinaciones no es determinante de que sus preceptos no tengan valor normativo. Pueden, en tal caso, tener efectos más debilitados: aplicarse por los jueces ordinarios y, en defecto de justicia constitucional, ser utilizados, al menos, como parámetro de control de la acción del poder ejecutivo; y, en la más debilitada de las hipótesis, pueden servir como criterio de interpretación de la legislación positiva.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, que la doctrina mayoritaria secundaria, sin duda, en lo que concierne a su utilidad para el análisis de las características normativas de las Constituciones vigentes, las Constituciones históricas tienen que examinarse midiéndolas

por el mismo rasero. No hay ninguna razón que se nos alcance para hacerlo de otra forma.

Los contenidos de las normas constitucionales son muy variados, pero considerando que, de acuerdo con el tantas veces recordado artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789, los dos elementos esenciales de una Constitución son la organización de los poderes en clave de separación y la garantía de los derechos, utilizaremos ese canon como criterio para examinar en qué medida los principios sentados en las Constituciones decimonónicas sobre dichos extremos fueron realmente eficaces, resultaron desatendidos o vincularon a los legisladores y, en su caso, a los jueces, hasta conseguir ejecutarse en la práctica.

No es una cuestión disputada entre la doctrina que los principios y reglas de organización del Estado establecidos en las Constituciones del siglo XIX se llevaron a la práctica con relativa inmediatez. Cualquiera que sea el tipo de Constitución decimonónica que se considere, en todas ellas se han mantenido criterios sobre la separación de poderes y la organización territorial del Estado semejantes. El desfallecimiento de la eficacia de las Constituciones se imputa, casi exclusivamente, a las declaraciones de derechos y la garantía de su ejercicio frente al Estado, ya que ha habido textos constitucionales que se han olvidado de los derechos y otros que han prescindido de establecer garantías para su defensa.

## B) La eficacia de las determinaciones constitucionales sobre la organización del Estado

Las determinaciones organizativas de las Constituciones históricas son muy amplias. La organización de los poderes fue objeto de una regulación pormenorizada en la Constitución de 1812, y en las siguientes. Pero los dos elementos en los que el constitucionalismo decimonónico rompe radicalmente con la organización del Estado del Antiguo Régimen, es en la implantación del principio de separación de poderes, por un lado, y en el arreglo de la Administración territorial.

Estos dos elementos estructurales son igual de principales en el constitucionalismo americano que en el europeo continental. Las diferencias radican en que, por lo que concierne a la separación de poderes, la combinación de los principios monárquico y democrático en Europa determina una configuración del poder legislativo que permite que el rey ejerza algunas funciones compartidas con el Parlamento. El

### 110.

*Los contenidos típicos clásicos de las normas constitucionales.*

### 111.

*Separación de poderes y garantías de los derechos: la diferente eficacia de las normas constitucionales.*

### 112.

*Los elementos organizativos estructurales del constitucionalismo originario: organización territorial y separación de poderes; diferencias entre el modelo europeo y el americano.*

sistema norteamericano es diferente, pero la compartición del ejecutivo en la función legislativa (derecho de veto del presidente) también refleja allí que la función legislativa no se ejercita monopolísticamente por el poder legislativo. Pero hay que subrayar enseguida que, frente al monarca europeo, el presidente norteamericano es designado democráticamente.

La segunda diferencia atañe a la organización territorial del Estado, dispuesta en clave federal en Norteamérica y resuelta de acuerdo con un cerrado centralismo en la Europa continental, y especialmente, por lo que nos concierne, en España.

Lo que ahora intentamos demostrar, sin embargo, es que tanto la separación de poderes como la nueva estructura territorial del Estado se adecuarán, durante todo el constitucionalismo decimonónico, a los principios que establece la Constitución de Cádiz y que, sin muchas modificaciones, siguen todas las demás. Esas reglas constitucionales tendrán una innegable eficacia inmediata. El legislador se sentirá vinculado por ellas y las impondrá como un axioma incuestionable.

Analizaremos seguidamente los dos extremos referidos:

1.º Por lo que concierne al principio de separación de poderes, que, como decimos, sí es esencial del nuevo orden constitucional, se realiza inmediatamente y se mantendrá así establecido durante los siglos XIX y XX.

Incluso después de las crisis constitucionales, el principio de separación reaparece de forma natural, sin que nadie ponga en duda su aplicación efectiva. Esta constatación sirve para explicar que, desde que el constitucionalismo liberal impuso su ideario, los poderes se han organizado con separación más o menos distanciada, incluso con independencia de las diferentes coyunturas constitucionales que se han sucedido a lo largo de los dos últimos siglos. Nuestra tesis al respecto, por tanto, es que las Constituciones liberales consiguieron, en cuanto a la organización de los poderes, sus principales objetivos inmediatamente, y que esas realizaciones decimonónicas inmediatas no fueron sustancialmente perturbadas sino en los paréntesis de crisis constitucional. El de la separación es, en definitiva, un elemento del constitucionalismo liberal inmediatamente realizado en Francia y en España.

La más seria excepción a dicho principio la constituirá la participación del monarca en el ejercicio del poder legislativo, que empieza a ser habitual en las Constituciones monárquicas y conservadoras que se suceden en Francia a partir de la Carta de 1814 y en España desde el

### 113.

*La realización inmediata, por obra directa de la Constitución, de la separación de poderes.*

### 114.

*Excepciones y modulaciones respecto de la participación en la función legislativa.*

Estatuto Real de 1834. Pero dicha circunstancia, que afecta al ejercicio del poder legislativo, no supone que el poder ejecutivo y el legislativo sean asumidos por un mismo órgano. El Parlamento tiene que superar el veto real, cuando las Constituciones lo establecen, o solicitar siempre del monarca la sanción de las normas que la Asamblea aprueba. Pero la organización del ejecutivo se mantiene perfectamente separada de la Asamblea. Y, desde luego, el poder judicial afirmó inmediatamente su independencia y su posición separada de los otros dos poderes del Estado.

Recordemos los datos constitucionales a propósito de lo que acabamos de explicar.

La Constitución francesa de 1791 proclama, en el artículo 3 del Título III, la soberanía nacional; en el artículo precedente se reconocía que «la Constitución francesa es representativa; los representantes son el cuerpo legislativo y el rey». Dispuesto lo cual, en el mismo Título III se contienen los términos de la separación de poderes: el artículo 3 acuerda que «el poder legislativo está delegado en una Asamblea Nacional»; el artículo 4 que «el gobierno es monárquico: el poder ejecutivo es delegado en el rey para ser ejercido bajo su autoridad, por ministros u otros agentes responsables», y el artículo 5, en fin, que «el poder judicial es delegado en jueces elegidos, de tiempo en tiempo, por el pueblo». El artículo 1 del Capítulo IV del mismo Título III deposita el poder ejecutivo supremo «exclusivamente en la mano del rey». El artículo 1 del Capítulo V prohíbe al cuerpo legislativo y al rey ejercer funciones judiciales en ningún caso. Y, en fin, los tribunales no pueden interferirse en el ejercicio del poder legislativo o del poder ejecutivo. En este sentido, el artículo 3 del Capítulo V dice: «Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo o suspender la ejecución de las leyes, ni ejercitar funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». Lo mismo, por cierto, que se había anticipado a prohibir la Ley 16/24 de octubre de 1790, castigando incluso la infracción como un delito de prevaricación.

Desde luego, la separación que se establece no es absoluta porque, además de la cuestión del veto real (el que se acepta es puramente suspensivo y no absoluto, como habían pretendido los monárquicos más conservadores. El rey podría vetar las leyes aprobadas en la Asamblea, pero si las dos legislaturas siguientes le presentaban para la sanción el mismo texto tenía necesariamente que sancionarlo: artículos 1 y 2 de la Sección III, Capítulo III, Título III), se prevén algunas formas de intervención del legislativo en el ejecutivo (por ejemplo, el

### 115.

*La regulación constitucional de los poderes del Estado en el primer constitucionalismo francés.*

### 116.

*Matizaciones al carácter absoluto de la separación. Participación de unos poderes en las funciones de otros.*

otorgamiento de confianza a los ministros designados por el rey), o del ejecutivo en la Asamblea, de la que es buen ejemplo la previsión de que los ministros tengan entrada y asiento en la misma (artículo 10 de la Sección IV, Capítulo III, Título III), que tanto escandalizó a ROBESPIERRE (discurso de 15 de agosto de 1791) por considerarla un atentado inadmisibles contra el principio de separación de poderes.

**117.**

*El problema de la separación de la Administración y la justicia, y el control de aquella.*

Por lo que concierne a la separación del poder judicial, desde el temprano informe BERGASSE de 17 de agosto de 1789, se orienta su inevitable distanciamiento de los demás poderes del Estado: «El poder judicial —dice el informe— estará, pues, mal organizado si depende en su organización de una voluntad distinta de la de la Nación». Esta prevención tiene una excepción notoria en la preeminencia del poder legislativo sobre el judicial, de la que trataremos enseguida, que se refleja no solo en la prohibición de que los jueces puedan hacer normas de cualquier clase (prohibición de los *arrêts de règlements* desde las Leyes de 16/24 de agosto de 1790 y 27 de noviembre de 1790), sino por el establecimiento del *référé législatif*, del que deriva, por un lado, la prohibición de que los jueces ejerzan función alguna de interpretación de las leyes, y, por otra, la obligación de consultar al legislador sobre la interpretación correcta de la legislación.

También el citado informe BERGASSE, recogiendo el sentir general de la época, se había adelantado a afirmar que «el poder judicial estará, por tanto, mal organizado si el juez goza del privilegio peligroso de interpretar las leyes o de añadir algo a sus disposiciones».

Este orden de ideas se traslada en términos prácticamente idénticos a la primera y más importante de las Constituciones liberales españolas, la de Cádiz de 1812.

En verdad, la separación de poderes se había acordado en España antes de que comenzara el proceso constitucional propiamente dicho. Fue, en efecto, el famoso Decreto de las Cortes de 24 de septiembre de 1810 el que acordó que «no conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes Generales y Extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión...». El Discurso Preliminar, tan destacadamente historicista, describió la separación incluso como un modo de organizar los poderes que no era extraño a la práctica política de nuestros antiguos reinos, aunque tal práctica se hubiera perdido en los últimos años de absolutismo ilustrado. Del abandono de la fórmula da cuenta, desde luego, la reiterada reclamación de la separación de poderes, que figura en muchas de las respuestas de la «Consulta al país».

**118.**

*La separación de poderes en el constitucionalismo gaditano.*

La consagración de la separación aparece claramente establecida, aunque con una técnica distinta de la usada en la Constitución francesa de 1791. En esta, la división se fija por referencia al órgano (parlamento, rey, tribunales) que los ejerce, mientras que en la de 1812 la referencia primaria es la función que incumbe a cada poder. Dice así su artículo 15: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey». En el artículo 16 se establece que «la potestad de hacer las leyes reside en el Rey», y en el artículo 17 que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley».

Salvo la compartición entre las Cortes y el rey de la función legislativa, en términos que reproducen el esquema del constitucionalismo francés original (allí, naturalmente, hasta que el rey es decapitado), los poderes ejecutivo y judicial se ejercen en exclusiva y con independencia por los organismos públicos a los que se atribuyen. El artículo 170 de la Constitución doceañista establece que «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes». Y, en relación con la función judicial, el artículo 242 explica que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales». Esta prohibición de que los demás poderes se interfieran en aquella función se reafirma en los artículos siguientes: «Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir juicios fenecidos» (artículo 243). «Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (artículo 245). Y «tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia» (artículo 246).

La separación de poderes que se establece en la Constitución norteamericana es diferente en algunos extremos notorios, de los que destacaremos dos: primero, porque admite una mayor interferencia o balanceamiento entre los poderes, de modo que unos puedan participar, con diversos condicionamientos, en la función que ejercen otros, todo ello para evitar los abusos que puedan derivarse del ejercicio monopolístico de las funciones legislativa, ejecutiva o judicial (algunas traducciones de esta idea en la Constitución federal son la atribución al vicepresidente de la Federación de la presidencia del Senado; el derecho de mensaje al Congreso del presidente; el de convocar y suspender las Cámaras en determinados supuestos; y, sobre todo, el fun-

**119.**

*Las técnicas de compartición de funciones que modula la separación.*

**120.**

*Balanceamiento de poderes en el constitucionalismo norteamericano.*

damental derecho de veto legislativo que regula la Sección VIII del artículo 1 de la Constitución). En algunos extremos, esta interpenetración de poderes lleva a consecuencias respecto de la participación en el ejercicio de la función legislativa semejantes a las que se implantan en Europa.

**121.**

*El federalismo americano como diferencia sustancial con la organización del territorio en Francia y España.*

En segundo lugar, la organización territorial de los poderes en clave federal. Esta sí es una diferencia sustancialísima con el constitucionalismo europeo, que asienta los poderes en régimen de estricta centralización. Esta capital diferencia supone un debilitamiento extraordinario del poder legislativo, que no será único y para toda la nación en Norteamérica, sino que quedará fragmentado desde el principio.

**122.**

*La separación de poderes, clave de la organización del Estado norteamericano. Principios constitucionales.*

Salvadas estas connotaciones singulares, en lo demás, si algo caracteriza la separación de poderes establecida en las Constituciones de los Estados miembros de la Federación americana, y en la de la propia Federación, es la rotundidad con la que se expresa el principio de separación. Entre las primeras, destaca el esfuerzo por subrayarlo en la propia expresión literal que usa la Constitución de Massachusetts: «En el gobierno de este Estado, el órgano legislativo no ejercerá nunca los poderes ejecutivo y judicial, o cualquiera de ellos; el ejecutivo no ejercerá nunca los poderes legislativo y judicial, o cualquiera de ellos; el judicial no ejercerá nunca los poderes legislativo y ejecutivo, o cualquiera de ellos; y al fin se conseguiría así el gobierno de la ley y no de los hombres». La Constitución federal se aplica a declarar la separación de poderes de modo inequívoco: el artículo 1 de la Sección 1.<sup>a</sup> establece que «todos los poderes legislativos aquí otorgados están investidos en un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes»; el artículo 2 de la Sección 1.<sup>a</sup> establece que «el poder ejecutivo estará investido en un presidente de los Estados Unidos de América», y el artículo 3 de la Sección 1.<sup>a</sup> establece que «el poder judicial estará investido en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso pueda, de tiempo en tiempo, ordenar y establecer».

Insistimos, por tanto, en que el elemento esencial del constitucionalismo liberal, que es la separación de poderes, se realiza inmediatamente, de modo que los elementos esenciales de la misma no se pierden, a pesar de los cambios constitucionales frecuentes que acontecen a lo largo del siglo XIX, hecha excepción, señalamos una vez más, de los períodos de crisis constitucional absoluta.

2.º Por lo que concierne a la organización territorial del Estado, prescindiremos ahora de una descripción más detallada que tenemos

hecha en otro lugar, pero es notorio que toda la nueva planta de la Administración territorial, la determinación de sus funciones, sus relaciones con el poder central y la división del territorio misma, son argumentos incorporados ya al texto de la Constitución de 1812, que el legislador en unos casos, y el ejecutivo en otros, se encargan de llevar a la práctica en términos que han perdurado hasta la aprobación de la Constitución de 1978.

Por lo que se refiere a la nueva división territorial, el artículo 11 de la Constitución gaditana se refiere a la necesidad de implantar la reforma: «Se hará una división más conveniente del territorio español, luego que las circunstancias de la nación lo permitan». El Discurso Preliminar se había referido a la importancia de la reforma, de la que esperaban los siguientes aprovechamientos: facilitar la administración de justicia; la distribución y cobro de las contribuciones; las comunicaciones interiores de las provincias y de las de unas con otras; así como acelerar y simplificar las órdenes y providencias del gobierno; promover y fomentar la unidad de todos los españoles, cualquiera que sea el reino o provincia a que puedan pertenecer.

El movimiento reformista se puso en marcha inmediatamente: un oficio de los secretarios generales de las Cortes Generales y Extraordinarias de 12 de junio de 1813 apremiaba la ejecución de lo mandado en el artículo 11 de la Constitución. Desde el punto de vista técnico el trabajo lo desarrollará inicialmente Felipe BAUZÁ. Los trabajos se suspendieron con ocasión de la Restauración absolutista, pero se reemprendieron inmediatamente en el Trienio Liberal. Un Decreto de las Cortes de 14 de junio de 1820 volvió a encargar el diseño a BAUZÁ con la colaboración de José Agustín LARRAMENDI. Aunque el proyecto no llegó a ser aprobado, se sabe que es la indiscutible base de la división provincial que, a propuesta de Javier DE BURGOS, ejecutó un Decreto de 30 de noviembre de 1833.

Sobre cada una de esas demarcaciones se establecerá, durante los primeros tiempos, un subdelegado del gobierno, sustituido enseguida por un jefe político o gobernador civil, que será en lo sucesivo la autoridad encargada de atender los intereses del Estado en las provincias, transmitir sus órdenes y controlar a la Administración municipal.

Los ayuntamientos son la otra clave organizativa del sistema, cuyos rasgos la doctrina ha aceptado unánimemente que quedan definitivamente fijados también en la Constitución de 1812 (artículos 310 y siguientes). Su caracterización responde a las siguientes notas que

**123.**

*La nueva organización territorial: diseño constitucional y aplicación inmediata.*

**124.**

*Los orígenes de la división provincial: de BAUZÁ a BURGOS.*

**125.**

*Los órganos territoriales.*

**126.**

*La organización de la Administración municipal.*



A. POSADA resumió con éxito en su famoso estudio sobre la evolución legislativa del régimen local español: primero, el reconocimiento como un hecho de la existencia de núcleos municipales —entonces pueblos— a los que se da una expresión legal y una ordenación uniforme; segundo, la formación de la provincia como una circunscripción dependiente del Estado; tercero, el establecimiento de una base electiva más o menos atenuada para la constitución de corporaciones locales; y la organización del Gobierno mediante el engrane de todas las instituciones locales con la estructura administrativa central, respecto de la que aquella se sitúa en una posición de sometimiento jerárquico.

**127.**

*El debate sobre el carácter electivo del alcalde.*

De todos estos elementos principales, los que resultarán más conflictivos durante el siglo XIX serán la elección de los alcaldes o, como alternativa, su designación directa por el poder central, y, por otra parte, el alcance de las potestades de control sobre las decisiones de los ayuntamientos que se reservan a las autoridades ejecutivas del Estado. *Pero la eficacia inmediata de los principios constitucionales puede medirse en razón a la prontitud con que el legislador ordinario los explicitó y desarrolló en las primeras normas reguladoras del régimen local.* La primera Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias se aprueba el 23 de junio de 1813. En el Trienio Liberal se sustituye por la de 3 de febrero de 1823, que es el texto liberal en el que se inspiran todas las reformas sucesivas, para denostarlo y sustituirlo, o bien para ratificar sus principales inspiraciones.

**128.**

*El debate sobre el grado de autonomía de los ayuntamientos.*

Lo que se debate en términos políticos sobre el régimen local entre los conservadores y progresistas de la primera mitad del siglo XIX es, sobre todo, el grado de autonomía que han de tener los ayuntamientos frente al poder central y el carácter electivo del alcalde. La reivindicación de los progresistas es la que mejor expresa el empeño en reducir las tutelas estatales sobre los ayuntamientos y la configuración del cargo de alcalde como electivo. Ambas conquistas eran las únicas que podrían haberles permitido ganar posiciones de poder en España frente a los sucesivos gobiernos moderados, porque hubieran posibilitado a estos situarse en el mayor número posible de ayuntamientos con capacidad política suficiente como para poder constituirse en oposición al poder central.

**129.**

*Crisis de 1840 y prueba del valor normativo de las Constituciones.*

La historia de estos enfrentamientos, que no desarrollaremos ahora, concluye con la aprobación de la Ley de Ayuntamientos de 1840, de raigambre estrictamente conservadora. Su sanción por la regente María Cristina determinó una fuerte protesta en todo el país, que provocó la caída del Gobierno y la propia renuncia de la regente.

También esta reacción popular frente a una ley que no se atenía a valores que una importante representación del pueblo consideraba asentados en la Constitución es una buena prueba añadida del reconocimiento general de la eficacia política de las Constituciones decimonónicas, y el valor normativo de sus declaraciones con eficacia para imponerse al legislador.

### C) La realización de los derechos y las garantías constitucionales para su efectivo ejercicio

#### a) *Planteamiento*

La idea, reiteradamente manejada por quienes han negado todo valor normativo a las Constituciones decimonónicas, de que el efecto más notable del decaimiento de las concepciones constitucionales de finales del XVIII fue la eliminación de todas las garantías a favor de los derechos de los ciudadanos no es tampoco acertada. Quienes la han sostenido tienen razón en notar que en algunos períodos las declaraciones de derechos han dejado de tener vigencia, o también que han sido excluidas de los textos constitucionales. Pero, con carácter general, no puede sostenerse que en el constitucionalismo decimonónico los derechos quedasen completamente sin realizar y las Constituciones se transformaran, en este punto, en meros programas políticos sin ninguna sustancia jurídica.

Para situar el problema en sus debidos términos, el análisis de las Constituciones históricas tiene que abordarse, al igual que se hace con la Constitución vigente, distinguiendo entre las diferentes clases de derechos reconocidos en las mismas. Como en las actuales, también en las históricas es posible distinguir entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos y sociales. Estos últimos no aparecen en todos los textos constitucionales, aunque sí en algunos de ellos importantes. Los principales derechos de carácter social serán los que determinarán la inmediata organización de los servicios de beneficencia, educativos y sanitarios. En Francia no se contienen en la Declaración de 1789, pero se citan en la Constitución de 1791 y se añaden a la Declaración de 1793. En España están presentes ya en la Constitución de 1812. La gran expansión de los derechos de esta clase no se produce, sin embargo, hasta el siglo XX, cuando se consolidan los Estados de bienestar.

Los derechos de carácter económico se nuclean alrededor del derecho de propiedad y de la liberalización económica que ocurre desde el

#### 130.

*El régimen de los derechos individuales en el constitucionalismo decimonónico.*

#### 131.

*Distinción entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos y sociales.*

principio del constitucionalismo y que trata de constituir un mercado libre de obstáculos a la circulación de mercancías y a la prestación de servicios.

Tanto los derechos de carácter social como la mayor parte de los derechos económicos requieren la intervención del legislador para modelarlos y establecer las estructuras mínimas imprescindibles para que puedan desarrollarse. Las Constituciones decimonónicas, en este sentido, necesitan sin ninguna duda el complemento de la ley para alcanzar su efectividad práctica. Pero en ello no son distintas de las Constituciones actuales. Las cuestiones tan debatidas de si el legislador está obligado a desarrollar la Constitución en materia económica y social, si los ciudadanos tienen derecho a exigir prestaciones de los poderes públicos en dichas materias, o si el contenido o nivel alcanzado por los servicios de carácter social puede ser reducido o retrocedido por decisiones del legislador, se siguen planteando en la actualidad en términos que podrían trasladarse perfectamente al siglo XIX, aunque naturalmente salvando las distancias que marca el progreso de aquellos derechos en materia de control judicial de los poderes públicos.

### 132.

*La intervención del legislador para la realización de los diferentes tipos de derechos.*

### 133.

*La eficacia directa de los derechos civiles y políticos.*

En fin, están los derechos civiles y políticos, cuya amplitud actual es indudablemente mucho mayor. Pero también existen largos períodos del siglo XIX, los no marcados por las guerras o por las circunstancias de excepción, en los que dichos derechos, como derechos de libertad, tienen eficacia directa desde la Constitución y sus titulares pueden oponer las declaraciones constitucionales en su favor frente a cualquier intervención de los poderes públicos que los desconozcan o limiten. Salvadas, otra vez, las distancias que marca el progreso del control jurisdiccional de las decisiones de los poderes públicos, tampoco ha variado mucho la configuración de la aludida clase de derechos de libertad en relación con la que tenían en las Constituciones del siglo XIX.

Todas estas importantes cuestiones sirven para demostrar, como hemos hecho también en relación con otras materias tratadas en los epígrafes anteriores, el indiscutible valor normativo de las Constituciones del XIX. Las normas de la Constitución no siempre tienen idéntica eficacia, ni se presentan con igual grado de completitud. Pero son normas, sin duda, que vinculan en grados diversos al legislador y a los demás poderes públicos y son el fundamento, también en diferente medida, de derechos de los ciudadanos directamente exigibles.

b) *La trayectoria de la Declaración de Derechos de 1789*

La Declaración de Derechos de 1789 ha operado en Francia siempre como un texto separado de las Constituciones, sometido a reglas propias en cuanto a su reforma y vigencia. En estas características difiere esencialmente de los *bill of rights* que se proclaman por las colonias norteamericanas al lado de las primeras Constituciones. Aquellos son textos que se vinculan a la Constitución. Se reforman siguiendo los procedimientos previstos para la Constitución misma. La francesa de 1789 ni prevé un procedimiento de reforma, ni aparece inmediatamente vinculada a la Constitución de 1791, ni a las siguientes.

Nunca ha sido derogada la Declaración, ni tampoco modificada; tal posibilidad ni se expresa en su texto.

Sin embargo, el deslumbrante itinerario jurídico seguido por la Declaración en su larga vida, que ya dura más de doscientos años, obliga a matizar necesariamente la idea de que, a partir de la Carta de 1814, los derechos y sus garantías desaparecen del constitucionalismo francés. Por lo pronto, no es exacto que desaparezcan simultáneamente los derechos y las garantías porque una y otra cosa se han mantenido en Francia casi siempre separados a lo largo del siglo XIX: los derechos se proclaman en la Declaración; las garantías se establecen en las Constituciones. Lo que desfallece de tiempo en tiempo son estas últimas, porque la Declaración, aun pasando por períodos de opacidad, nunca ha sido derogada. Ha tenido vigencia en algunos períodos del constitucionalismo francés hasta terminar recobrando toda su fuerza constitucional al lado de la actual Constitución de 1958, cuando ha vuelto a ser una norma fundamental de la que se vale el Consejo Constitucional y otros órganos jurisdiccionales para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos con el máximo nivel de protección. Esta circunstancia milagrosa debe subrayarse porque ilustra mejor que ninguna otra que la llama constitucional de 1789 no se ha apagado nunca del todo, lo que permite hacer un balance en positivo de la vigencia de los derechos que prevalezca sobre el negativo deducido de los períodos negros.

Como veremos enseguida, otros textos constitucionales han invocado, a lo largo del período indicado, la Declaración de 1789. En algunas épocas, los jueces y tribunales la han utilizado directamente para garantizar los derechos de los ciudadanos. Pero incluso en los períodos más oscuros en los que la Declaración podría considerarse suspendida, como es el de la restauración borbónica con el retorno fulgu-

**134.**

*La autonomía normativa de la Declaración en relación con los textos constitucionales.*

**135.**

*La separación entre derechos y garantías.*

**136.**

*El efecto continuado de los derechos.*

rante del principio monárquico que se produce con la Carta de 1814, sería inadmisibles afirmar que los derechos y sus garantías decayeron del todo en Francia.

Tal vez el mejor ejemplo sea el que ofrece la aplicación del famoso artículo 14 de la Carta de 1814 por Carlos X. Permitía dicho precepto al rey, en tanto que jefe supremo del Estado, hacer todos los reglamentos y «*ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État*». El precepto atribuía poderes extraordinarios al monarca, hasta el extremo de que, como dijo expresivamente el ministro CLERMONT-TONNERRE: «Toda La Carta está en el artículo 14, el arte es saberlo usar». Carlos X lo empleó a fondo en las conocidas «*Ordenanzas de Julio*». Después de diversos enfrentamientos del rey con la Cámara de Diputados, el 26 de julio se publican cuatro ordenanzas del rey, fechadas el día anterior, que suspendían la libertad de prensa, disolvían la Cámara de Diputados, creaban un nuevo sistema electoral y convocaban nuevas elecciones. La suspensión de los representantes electos y de las garantías de los derechos se entendió como un golpe de Estado que provocó una severa insurrección que determinaría la aprobación de una nueva ordenanza que declaraba París en estado de sitio, con la consiguiente ampliación de la suspensión de garantías. La revocación de las ordenanzas el día 29 de julio no impidió ya que Carlos X tuviera que renunciar al trono de Francia.

La significación de los acontecimientos desde la perspectiva de la efectividad de los derechos declarados en las Constituciones es máxima. Por una parte, por haberse producido en un período en que dichas garantías tenían un tono mínimo y, por otro, porque la nueva Carta otorgada de 14 de agosto de 1830, que inaugura la «Monarquía de julio», incorporó a su artículo 13 la facultad de dictar reglamentos y ordenanzas, pero con la aclaración de que estas no podrían jamás ni suspender las leyes ni dispensar de su ejecución.

La recuperación de la Declaración de 1789 se ha producido en términos que jurídicamente tienen el mayor interés. Ha sido decisiva a este propósito una remisión contenida en el Preámbulo de la Constitución de 1958 a la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946. Este último Preámbulo reafirmaba «solemnemente los derechos y libertades del hombre consagrados por la Declaración de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República...». De tal manifestación y del juego de remisiones transcrito han resultado establecidas cuatro fuentes de los derechos y libertades constitucionales en Francia: la Constitución de 1958, la Declaración de 1789, el Preámbulo de la

**137.**

La aplicación de las garantías de los derechos en caso de suspensión.

**138.**

De las ordenanzas de Carlos X a la monarquía de julio.

**139.**

La recuperación de la vigencia de la Declaración de 1789 por remisión de la Constitución de 1958.

Constitución de 1946 y las Leyes de la República a que alude este último Preámbulo.

Para que esta cuadrícula se haya formado ha sido preciso, lo primero de todo, reconocer valor normativo al Preámbulo de las Constituciones de 1946 y 1958. Lo hizo el Consejo Constitucional, primero de forma «bastante sibilina» (F. LUCHAIRE), en la Decisión de 19 de junio de 1970. E inmediatamente con más determinación en la Decisión de 19 de septiembre de 1971.

El siguiente problema fue superar las dificultades de aplicación e interpretación que presentaba la Declaración de 1789: la mayor parte de las instituciones han cambiado desde entonces y se pueden presentar, al aplicar aquella, muchas contradicciones con normas jurídicas contemporáneas. Pero estos problemas se resolvieron recurriendo a diferentes técnicas: por ejemplo, no se sostiene siempre la superioridad de la Declaración, pero sí se afirma que debe servir de inspiración para las interpretaciones que establezca el juez constitucional. También se acepta que las contradicciones con normas de rango constitucional deben resolverse a favor del texto más reciente (por ejemplo, para permitir, frente a la reserva de ley estricta establecida en la Declaración en materia de tipificación de delitos y penas, que en la Constitución de 1958 no existe, en cambio, una reserva de ley para el establecimiento de normas de contenido sancionador, Decisión del Consejo Constitucional de 28 de noviembre de 1973). Hasta ha llegado a plantearse el problema de la fecha que hay que dar a la Declaración, a elegir entre la original, la de su reafirmación en 1946 o la de su última proclamación en 1958. La Decisión del Consejo Constitucional de 9 de enero de 1982 acepta esta última fecha cuando tiene que hacer jugar el principio de la *lex posterior*, etc.

Las referencias a la Declaración de 1789, y su aplicación por remisión, también se habían producido en el siglo XIX. Se menciona la Declaración en el artículo 1 de la Constitución de 14 de enero de 1852. En cuanto a la jurisprudencia, J. L. HALPERIN ha estudiado el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Casación concluyendo que en ocasiones el Tribunal aplicó directamente la Declaración para casar alguna sentencia, por ejemplo, por violación de principio de legalidad de los delitos y las penas.

Esta presencia, si bien guadianesca, de la Declaración de 1789 en diferentes períodos del siglo XIX, valiendo de norma de garantía de algunas libertades y derechos, es un indicio bastante serio de la continuidad de los principios revolucionarios en dicha materia, de modo

**140.**

Valor normativo de los Preámbulos según el Consejo Constitucional.

**141.**

Valor interpretativo.

**142.**

Aplicaciones jurisdiccionales de la Declaración a primeros del siglo XIX.

que puede afirmarse que su mantenimiento o proclamación no dependió siempre de decisiones libres del legislador.

**143.**

*La Declaración de Derechos durante la III República.*

El período más difícil fue el de la III República. Las leyes constitucionales de 1875 se limitaron a organizar los poderes públicos y a definir sus atribuciones, pero no hicieron mención alguna a los derechos. Hubo juristas que se plantearon abiertamente si la Declaración de 1789 seguía siendo aplicable. Algunos sostuvieron que la Declaración era un texto distinto del de la Constitución de 1791 y, por tanto, la derogación de esta no afectó a la Declaración (en este sentido, L. DUGUIT). M. HAURIUO añadió a la tesis de DUGUIT el argumento de que, desde 1852, en Francia se ha considerado subsistente una Constitución social cuya consagración formal está contenida en diferentes textos, entre los cuales todas las declaraciones de derechos aplicadas con anterioridad, y, por tanto, las Declaraciones de 1789, 1793, 1795 y la de 1848. CARRÉ DE MALBERG se opuso a estas interpretaciones. Y en su misma línea se expresó SMEIN. Para este autor o la Declaración formaba parte de la Constitución de 1791, en cuyo caso quedó derogada con ella, o era un texto distinto y en tal hipótesis las ideas que enunciaba podrían servir de base para una Constitución futura, pero no tenían otro valor que el de un complejo de verdades filosóficas estimables. Según los análisis de A. HEYMANN-DOAT, justamente en el período de la III República ni el *Conseil d'État* ni la *Cour de Cassation* usaron nunca en su jurisprudencia la Declaración de 1789.

**144.**

*La Declaración como parámetro para el control de la constitucionalidad de las leyes.*

La consagración de la Declaración como texto normativo de valor constitucional que ha de tenerse en cuenta como parámetro de control para la constitucionalidad de las leyes no se ha producido en esta última época hasta la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971. Esta conocida resolución declaró la inconstitucionalidad de una ley en materia de asociaciones, que completaba lo establecido en el viejo texto de 1 de julio de 1901.

c) *Las libertades personales declaradas en las Constituciones decimonónicas. Su suspensión como prueba de su eficacia ordinaria*

**145.**

*Los derechos declarados y reconocidos en las primeras Constituciones españolas.*

La Constitución española de 1812 no incluyó un catálogo ordenado de los derechos y libertades de los ciudadanos al modo en que lo había hecho la Declaración francesa de 1789. Pero a lo largo de su texto aparecen contundentemente reconocidos todos los mismos derechos que proclamó aquella Declaración (quizá con la única excepción de la libertad religiosa, considerando que la nación española se

declara confesionalmente católica en el artículo 12). Está consagrado el derecho a la libertad personal y la prohibición de detenciones arbitrarias y de penas sin proceso previo (artículo 172.11.ª: «No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna...»); el mismo precepto establece una garantía penal frente a las infracciones de dicha regla); se consagra el derecho al juez predeterminado por ley (artículo 247); el derecho a que el proceso sea breve (artículo 286) y público (artículo 302); se prohíben las detenciones preventivas, salvo que se acuerden por el juez (artículo 287); se prohíben las detenciones arbitrarias (artículo 299); se impone la proporcionalidad en las medidas de privación de libertad (artículos 291 a 296); la legalidad de los delitos (artículo 287) y de las penas, con prohibición de algunas de ellas (artículos 303 a 305); se consagra la inviolabilidad del domicilio (artículo 306); se fijan reglas sobre el cumplimiento de las penas para que no se añadan al preso otros males y tormentos (artículo 297), etc.

Algunos de estos derechos tuvieron eficacia inmediata y se constituyeron garantías constitucionales directas frente a su desconocimiento por los poderes públicos. Baste, por lo pronto, el ejemplo de las detenciones ilegales, que determinan una sanción penal inmediata al «secretario de despacho que firme la orden y al juez que la ejecute» (artículo 172). Aunque también es poco discutible que la efectividad de la mayor parte de los derechos de carácter procesal/penal tuvo que ser bastante débil, en la práctica durante todo el siglo XIX, a juzgar por la enérgica protesta respecto del grado de cumplimiento de las garantías establecidas en la Constitución que se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, de la que fue autor ALONSO MARTÍNEZ.

También es notorio que algunos de los derechos civiles considerados básicos en el constitucionalismo decimonónico avanzado no aparecen en las primeras Constituciones españolas. Es el caso, por ejemplo, del derecho de asociación. La ideología del primer constitucionalismo es completamente contraria a los cuerpos intermedios, cuya extinción acuerdan las leyes francesas de final del siglo XVIII (Ley *Le Chapellier*, de 17 de julio de 1791, Decretos de 9 de octubre de 1791 y 17 de agosto de 1792, Decreto de 24 de agosto de 1793, etc.) y también las españolas de los primeros años constitucionales. La Constitución de Cádiz no recoge el derecho de asociación, que regula de un modo absolutamente limitativo un Decreto de octubre de 1820, que se complementa con el Código Penal de 1822 para reprimir todas las agrupaciones de personas prohibidas. En Francia no hay una Ley de Asocia-

**146.**

*Eficacia directa: v. gr., el caso de las detenciones ilegales y de los derechos procesales.*

**147.**

*Los derechos civiles omitidos: v. gr., asociación.*



ciones hasta 1901. En España la primera Ley de Asociaciones es de 30 de junio de 1887, aunque el primer reconocimiento constitucional del derecho está en el artículo 17.3 de la Constitución de 1869, cuyo período de vigencia fue limitadísimo. Las asociaciones de carácter religioso tuvieron una trayectoria especial que estudió pormenorizadamente J. M. CASTELLS.

Pero los derechos civiles básicos, considerados como derechos de libertad frente a los poderes públicos, no solo no desaparecen en el constitucionalismo decimonónico posterior a Cádiz, sino que, con la excepción del Estatuto Real de 1834, que omitió cualquier referencia a los derechos, todas las Constituciones posteriores se refirieron a ellos con una extensión que se amplió progresivamente a lo largo de los años.

#### 148.

Los derechos  
ciudadanos en la  
Constitución  
de 1837.

La Constitución de 1837 reconoce con carácter general los siguientes derechos: «No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio, ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban» (artículo 7). El artículo 8 permitía que cuando concurrieran circunstancias extraordinarias pudieran suspenderse por ley los derechos en toda la monarquía o en parte de ella. El artículo 9 consagraba también los derechos a no ser «procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban».

#### 149.

Los añadidos  
de las  
Constituciones de  
1845 y 1869.

La Constitución de 1845 añade el derecho al proceso y a la legalidad y tipicidad de los delitos y las penas. La Constitución de 1869 es la que más amplía la lista de los derechos tradicionales, incorporando el de inviolabilidad de domicilio (artículo 5), el de residencia y traslado (artículo 6), el de secreto de correspondencia (artículo 7), el derecho a no ser detenido sin fundamento (artículo 12), el de no ser privado de bienes de modo temporal o permanente (artículo 13), junto con el derecho a la justa indemnización en caso de expropiación (artículo 14). También recoge esta Constitución las libertades de opinión, de reunión y de petición (artículos 17, 18 y 19).

Los derechos frente a la detención ilegal, consagrados en los artículos 2, 3 y 4, y la inviolabilidad de domicilio, establecida en el artículo 5, estaban garantizados directamente por la Constitución en la que se *tipificaba la infracción de los mismos directamente como delito de detención arbitraria o allanamiento de morada*. La suspensión de estos derechos era posible cuando la seguridad del Estado o circunstancias extraordinarias lo exigiesen (artículo 31).

La mayor parte de los derechos declarados en la Constitución de 1869 pasan a la de 1876: derechos a no ser detenido (artículo 4); no ser hecho preso (artículo 5); inviolabilidad de domicilio (artículo 6); secreto de correspondencia (artículo 7); motivación de los autos de prisión, registro de domicilio y detención de la correspondencia (artículo 8); traslado de domicilio y residencia (artículo 9); prohibición de la confiscación de bienes y de la privación de la propiedad sin indemnización (artículo 10); libertad de opinión religiosa (artículo 11); libertad de profesión (artículo 12); libertades de reunión, asociación y derecho de petición (artículo 13); derecho de acceso a cargos públicos según mérito y capacidad (artículo 15); derecho al proceso, al juez natural y a la tipicidad de los delitos (artículo 16).

La medida en que los derechos declarados en las Constituciones tienen eficacia directa, son invocables ante los tribunales y estos se ocupan de protegerlos, será una cuestión que analizaremos en el epígrafe siguiente. Pero existe otra regla para medir la efectividad de los derechos, que es la práctica generalizada en el siglo XIX de proceder a la suspensión de los mismos en caso de concurrencia de circunstancias excepcionales o de exigirlo la seguridad del Estado mediante leyes, adoptadas en Cortes, que la autorizan.

Dicha posibilidad, como estudió hace años entre nosotros P. CRUZ VILLALÓN, está presente en el constitucionalismo español desde la Constitución de Cádiz de 1812, si bien inicialmente se refiere exclusivamente a la posibilidad de suspender el ejercicio de la libertad individual, no otros derechos, procesales o sustantivos, consagrados en la Constitución. En la Constitución de 1812, el artículo 308 autorizaba a las Cortes para la suspensión de algunas de las formalidades establecidas en los artículos precedentes respecto del «arresto de los delinquentes», mención con la que se quería referir, aunque no con demasiada fortuna, al levantamiento de las garantías frente a detenciones ilegales, al derecho de hábeas corpus, en definitiva. En este entorno de la libertad individual se mantiene también la Constitución de 1837, que permitía la suspensión temporal en toda o parte de la monarquía de los derechos a no ser «detenido ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y las formas que las leyes prescriban» (artículo 8).

Estas fórmulas, limitadas a la suspensión de la libertad personal, se mantienen hasta la Constitución de 1869, como enseguida veremos. Es importante destacar que ante la concurrencia de circunstancias excepcionales que requieren una protección especial del Estado frente a situaciones de sitio o emergencia extraordinaria no existe, durante

**150.**  
*La relación de derechos en la Constitución de 1876.*

**151.**  
*Situaciones de excepción y suspensión de los derechos.*

**152.**  
*La limitación inicial de los poderes de suspensión a la libertad individual.*

**153.**  
*Protección del Estado y suspensión de la Constitución. Suspensión general de derechos.*

los dos primeros tercios del siglo XIX, otra fórmula que la suspensión entera de la Constitución, como en Francia había previsto expresamente el artículo 92 de la Constitución de 1799 y en España la Constitución de Bayona de 1808. Este tipo de decisiones de suspensión general de derechos se suelen acordar, además, directamente por el Gobierno, como ocurre en España con la Real Orden de 12 de enero de 1835, que regula el estado de sitio (en su marco se declara efectivamente en noviembre de 1838 y en febrero de 1840 en Madrid). Pero esta clase de prácticas ponen en manos del Gobierno la efectividad de los derechos y suponen además decisiones adoptadas completamente al margen del sistema constitucional.

**154.**

*Ampliación de los derechos y de las potestades de suspensión concurriendo circunstancias excepcionales.*

A partir de la Constitución de 1869 la tipología de derechos declarados en las Constituciones se ampliará muy notablemente en relación con lo establecido hasta entonces, como hemos visto ya. También la suspensión de garantías constitucionales se hará extensiva a algunos otros derechos distintos de la libertad personal, de modo que los poderes públicos puedan afrontar las circunstancias excepcionales con mejores recursos jurídicos y políticos. Además, la suspensión de garantías no puede adoptarse por el Gobierno, sino que tiene que hacerse necesariamente por ley.

**155.**

*La suspensión de garantías en la Constitución de 1869.*

El artículo 31 de la Constitución de 1869 permitía la suspensión de las garantías consignadas en los artículos 2, 5, 6 y párrafos 1, 2 y 3 del artículo 17. La suspensión tenía que acordarse por ley, y no podría referirse a ninguna otra garantía distinta de las establecidas en los indicados artículos.

Aunque la interpretación del precepto planteó muchos problemas prácticos, tan pronto como se quiso aplicar por primera vez (lo que ocurrió con la Ley de «suspensión de garantías constitucionales» de 5 de octubre de 1869), no cabe duda de que el artículo 31 citado llevó a cabo una verdadera constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado. Es el primero que permite una amplia suspensión de garantías, que va más allá de la restricción de la libertad personal y, sobre todo, lleva a cabo una ordenación del régimen de excepción cuya aplicación queda sometida a una decisión del legislador.

**156.**

*La Ley de Orden Público de 1870.*

Una regulación más amplia de lo establecido en el artículo 31, por menorizando los términos en que debe ser aplicado, se produce mediante la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, que implanta el sistema denominado de «doble ley», que había preconizado Ríos ROSAS, consistente en establecer un marco general sin perjuicio de que

los acuerdos concretos de suspensión de garantías tengan que ser adoptados también mediante ley.

La Constitución de 30 de junio de 1876 mantuvo en términos generales el régimen indicado, aunque incorporó una previsión que facilitaría abiertamente la deslegalización e, inmediatamente, la trivialización del sistema de suspensión de garantías. Su artículo 17, no obstante atribuir la competencia para acordarla a las Cortes, añadía que cuando estas no estuviesen reunidas *«podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquellas lo más pronto posible»*.

Algunas de las suspensiones acordadas por el Gobierno fueron luego sometidas a la ratificación de las Cortes, siguiendo en este punto una práctica más desarrollada en Inglaterra de acordar un *act of indemnity* o *bill of indemnity* para exonerar de responsabilidad al ejecutivo que tomó la decisión (puede servir de ejemplo la convalidación que llevó a cabo la Ley de 10 de marzo de 1877 de medidas acordadas por Decreto, excluyendo al mismo tiempo la responsabilidad de quienes lo adoptaron).

Lo que nos interesa destacar especialmente de lo expuesto es que, aun teniendo en cuenta las grandes distancias que, a todo lo largo del siglo XIX, se dieron en España entre lo que establecía la Constitución y la realidad jurídica y política del país, ninguna duda cabe de que la constitucionalización del sistema de protección extraordinaria del Estado, comprensivo de una regulación de la suspensión de garantías constitucionales, tiene que entroncarse necesariamente con la vigencia y efectividad ordinarias de dichas garantías, cuya protección tenían encomendada, además de las autoridades políticas (sin considerar la protección resultante de la reacción social en caso de desconocimiento, que acabó instituyéndose en una fórmula extraconstitucional de protección de las garantías y los derechos, como observó para el caso de Francia BARTHÉLÉMY y demuestran innumerables acontecimientos en nuestra historia del XIX), los tribunales, especialmente contencioso-administrativos y penales.

Ejemplos de la utilización de la fórmula constitucional de suspensión de garantías abundan desde la segunda mitad del siglo XIX. La Ley de 8 de julio de 1866 autorizó al Gobierno para declarar en suspenso en toda la monarquía o, en parte de ella, las garantías constitucionales, dando cuenta a las Cortes. La Ley de 5 de octubre de 1869 suspendió, mientras durase la insurrección a mano armada, las garantías constitu-

**157.**

*La trivialización del sistema de «doble ley» para suspender las garantías: el marco constitucional de 1876.*

**158.**

*Exoneración de responsabilidad del ejecutivo.*

**159.**

*La suspensión formal de los derechos como prueba de su eficacia ordinaria.*

**160.**

*Ejemplos de la utilización de la suspensión de garantías constitucionales de derechos en la segunda mitad del siglo XIX.*

cionales. La Ley de 2 de julio de 1873 autorizó al Gobierno para tomar las medidas extraordinarias que «exijan las necesidades de la guerra y puedan contribuir al pronto restablecimiento de la paz». La Ley de 13 de septiembre de 1873 autorizó al Gobierno para adoptar medidas extraordinarias de guerra. Los períodos de suspensión de garantías hasta que llega a aprobarse la Constitución de 1876 son muchos. En ocasiones se usa la posibilidad abierta por el artículo 31 de la Constitución de 1876 para acordarla por Decreto, justificándolo el Gobierno en la concurrencia de circunstancias de emergencia. En fin, en el período de vigencia de la Constitución de 1876 se acumulan múltiples decisiones de suspensión total o parcial de garantías, con restablecimiento ulterior. La mayor parte de las veces aplicándose la anterior Ley de Orden Público, de 28 de abril de 1870, que contenía una habilitación general al respecto (Reales Decretos de 19 de marzo de 1879, 14 de julio de 1898, 8 de febrero de 1899, 20 de junio de 1900, 9 de marzo de 1901, 29 de enero de 1903, Leyes de 19 de febrero de 1902 y 29 de noviembre de 1905, etc.).

#### d) *Derechos de carácter económico y social*

En modo alguno resulta posible considerar ineficaces las declaraciones de las Constituciones decimonónicas relativas a los derechos de carácter social y económico. La eficacia de dichas Constituciones es especialmente visible por su «tabularrasismo» (S. RIALS) con todas las instituciones del Antiguo Régimen. Aprobados los nuevos textos constitucionales, los legisladores y la propia Administración Pública acometen la tarea de ejecutar sus principios con una aceleración y contundencia perfectamente visibles y con una intención renovadora incuestionable. Es completamente claro que tanto las declaraciones de derechos como las Constituciones europeas del período se remiten al legislador para que complete él las reformas necesarias. Los constituyentes son perfectamente conscientes de que la ruptura total con las instituciones del Antiguo Régimen no puede hacerse solamente desde el texto de la Constitución. El propósito de la Revolución fue la transformación de un viejo estado estamental que era absolutamente precisa para que pudieran tener sentido los nuevos derechos ciudadanos. Se precisaba un poder fuerte para hacerla efectiva. Este poder sería el de la ley y, complementariamente, el de la Administración Pública que emerge también de la Revolución.

**161.**  
La acción del legislador para la realización de los derechos: los principios y regulaciones constitucionales de inmediata aplicación.

La ejecución de los principios constitucionales dependerá de la ley, ciertamente, pero la Constitución será inequívoca respecto de la efica-

cia inmediata de los nuevos derechos. Cuando la Revolución se enfrenta con la desigualdad característica del Antiguo Régimen proclama apasionadamente el principio de igualdad como clave del nuevo sistema (artículo 1 de la Declaración de 26 de agosto de 1789: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común»), pero también recoge una serie de mandatos básicos que expresan las consecuencias del nuevo principio (en la misma Declaración citada: igualdad ante la ley —artículo 3—; igualdad de acceso a los empleos públicos —artículo 5—; igualdad en el reparto de las cargas públicas —artículos 6 y 13—; igualdad en la participación en la formación de la ley y la designación de representantes —artículo 23—, etc.).

La Constitución de 3 de septiembre de 1791 contiene en su Preámbulo una relación general de las instituciones que «herían la libertad y la igualdad de los derechos», y que, por tanto, quedaban eliminadas. No es que se invoque al legislador para que decida su derogación, sino que se declaran por la propia Constitución incompatibles con sus principios («No hay más nobleza, ni pares, ni distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales...»).

La Declaración de Derechos de 24 de junio de 1793, además de reiterar las consecuencias del principio de igualdad, ya expresadas en la Declaración de 1789, añade, como una consecuencia más, el derecho a la educación y a la asistencia. Respecto de esta, el artículo 21 dice que «los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, proporcionándoles trabajo o garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar». Respecto de la educación, el artículo 22 establece que «la instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos».

De todas las diferencias que los estudiosos de los últimos dos siglos han establecido entre las Declaraciones americanas y las francesas, quizá ninguna más expresiva que la fuerte orientación social de estas últimas. La cuestión de los derechos sociales es básica en estas Declaraciones, y no lo es, en cambio, en las americanas. En las francesas no se trata, exclusivamente, de proteger derechos civiles de libertad, sino también de implantar una nueva sociedad en la que los ciudadanos tendrían derecho al disfrute de prestaciones recibidas directamente del Estado. Sin duda que al declarar este compromiso, las Constituciones francesas pretenden apoyarse en el legislador y en

**162.**

*Consecuencias del principio de igualdad.*

**163.**

*El derecho a la educación y a la asistencia.*

**164.**

*El estalinismo y el carácter social de los derechos en el constitucionalismo europeo.*

la Administración Pública, pero el corte con el Antiguo Régimen se acuerda desde el momento mismo de la aprobación de los nuevos textos constitucionales.

**165.**

*La eficacia directa de la Constitución y la eliminación de privilegios.*

En modo alguno puede decirse, considerando la ideología y las pretensiones de las revoluciones liberales burguesas, que la ruptura con el Antiguo Régimen en punto a la erradicación del sistema de privilegios dominante en el mismo se sometiera a la voluntad del legislador. Ciertamente, la aplicación y desarrollo de las medidas derogatorias se encomendó al legislador, pero la abolición estaba ya decidida, con la mayor eficacia posible, en el texto mismo de la Constitución.

**166.**

*La aplicabilidad inmediata de algunos derechos sociales.*

Ello es así tanto por lo que concierne a la consagración de las libertades individuales, que ya hemos considerado en el apartado anterior, como para la implantación de los derechos de carácter social. Las Constituciones europeas decimonónicas no se entienden bien si no se las concibe con esa proyección social, que las diferencia bien claramente del constitucionalismo estadounidense. El primero en notar la importancia de esa proyección social (que en nuestro tiempo ha subrayado M. GAUCHET) fue SIÉYÈS, que la explicó en términos que merece la pena reproducir: «Las ventajas que pueden sacarse del Estado social no se limitan a la protección eficaz y completa de la libertad individual; los ciudadanos tienen derecho a todos los beneficios de la asociación. Nadie ignora que los miembros de la sociedad sacan las más grandes ventajas de las propiedades públicas y de las obras públicas. Se sabe que aquellos individuos que una desgracia haya condenado a la impotencia de proveer a sus necesidades tienen los justos derechos a la asistencia de sus conciudadanos... se sabe que se puede perfeccionar la especie humana... con un buen sistema de educación y de instrucción pública... los ciudadanos en común tienen derecho a todo lo que el Estado pueda hacer en su favor».

**167.**

*La colaboración del legislador en la ejecución de los derechos sociales: límites a su disponibilidad.*

La asunción por el Estado de dichas tareas prestacionales es una decisión de la Constitución que tiene que ser necesariamente ejecutada por el legislador y la Administración. No está disponible para ellos porque la misma Asamblea constituyente adopta, coetáneamente con la implantación del nuevo régimen constitucional, diferentes medidas que liquidan los privilegios de la sociedad estamental y sustituyen totalmente las responsabilidades que estaban encomendadas a corporaciones de diversas clases, y fundamentalmente a la Iglesia Católica. Como consecuencia de esta gran operación liquidatoria las Administraciones Públicas se convierten en herederas necesarias de la titularidad y la gestión de aquellos servicios, entre los cuales, fundamentalmente, los de beneficencia y educación.

Sin necesidad de seguir puntualmente el desarrollo de los servicios asistenciales, el mejor ejemplo de que esa sustitución es automática y se produce desde la misma Constitución lo ofrece la nuestra de 1812. El apartado 6.º del artículo 321 atribuyó a los ayuntamientos la responsabilidad de «cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia bajo las reglas que se prescriban». El contenido concreto de la actuación de la Administración en el ramo de la beneficencia se precisaría más tarde por el legislador (lo hicieron las Leyes de Beneficencia de 1822 y 1849), pero la asunción de la responsabilidad por la Administración Pública se declaró en la propia Constitución.

No fue menos terminante la misma Constitución gaditana en punto a los servicios educativos que, en el Antiguo Régimen, estuvieron dominados esencialmente por la Iglesia. La administrativización del servicio es una decisión que asume claramente el artículo 366 de dicha Constitución: «En todos los pueblos de la monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles».

El reconocimiento de derechos de carácter social llevó consigo la decisión de administrativizar los servicios prestacionales correspondientes, adoptada en las propias Constituciones. En Francia, respecto de los servicios de asistencia (*secours publics*), la primera regulación la hace el Decreto de 19 de marzo de 1793, desarrollando la Constitución de 1791. El primer criterio para la organización de los servicios consistió en nacionalizarlos, hasta que una Ley de 16 vendimiario del año V (5 de octubre de 1796) atribuyó a los municipios la competencia. En España las reformas de los servicios asistenciales vienen de la política ilustrada anterior al constitucionalismo. Pero la decisión de los constituyentes de sustituir a la Iglesia por el Estado en la titularidad y gestión de aquellos es inequívoca. Los diputados expresan la idea tanto al debatir el artículo 321 de la Constitución gaditana, ya citado, como al discutir las medidas legislativas inmediatas. Lo hacen de todas las maneras y con todos los énfasis posibles: el diputado BARRANCO dice que «debe ser el Estado... el que asuma el cuidado de estas instituciones»; el diputado GOLFÍN, que «ha llegado el momento en que el Estado, padre y madre de todos los ciudadanos, deba asumir las competencias totales de ayuda a sus hijos más desvalidos»; TERRERO afirma que «curar heridos, iluminar ciegos, evangelizar y dar de comer a los pobres, instruir huérfanos, estas deben ser funciones de vuestra majestad»; y TORENO, en fin, que «hay que poner fin a esta caridad de mano

**168.**

*El ejemplo de la sustitución de la Iglesia y otras instituciones del Antiguo Régimen en algunas de sus misiones prestacionales.*

**169.**

*La decisión constitucional de administrativizar la educación.*

**170.**

*La municipalización, por decisión constitucional directa, de los servicios de asistencia o beneficencia.*



abierta y que sea el Gobierno quien se encargue del control y gobierno de la asistencia».

A la vista de todas estas expresiones no puede caber duda de que la asignación a la Administración Pública de las responsabilidades en materia de beneficencia es una medida que tiene eficacia inmediata. Otra cosa es el contenido prestacional de tales servicios, cuya definición se dejaría más abierta al legislador, aunque, insistimos, no en punto a otorgarle libertad alguna en lo que concierne a la decisión de establecerlos o no, porque tal decisión la había adoptado la Constitución misma.

La implantación de los servicios educativos deja ver muy bien las alternativas entre las que se mueve el liberalismo decimonónico. Las propuestas revolucionarias francesas más radicales son las que presenta ROBESPIERRE leyendo a la Convención el *Discours sur l'instruction publique* de LE PELLETIER DE SAINT FARGEAU, que tiene a la vista, manifiestamente, el modelo espartano. Las soluciones más moderadas que llegan a establecerse son las que resultarán de los proyectos de BOUQUIER y LAKANALE. En España el proceso de sustitución del protagonismo de la Iglesia en materia educativa arranca del Antiguo Régimen (muy significativa es, por ejemplo, la Real Orden de 5 de octubre de 1767 por la que el Gobierno expresa su voluntad de atender la enseñanza primaria y secundaria como consecuencia de la expulsión de los jesuitas). Pero será la Constitución de 1812 la que configure la educación como una tarea del Estado. Así se recoge en el Discurso Preliminar: «Uno de los primeros cuidados que deben ocupar los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública. Esta ha de ser general y uniforme...». En la Constitución se establece una regulación mínima del derecho a la instrucción pública y de la organización de los servicios educativos. Esta última recibirá una primera orientación en la Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias de 23 de junio de 1813, que atribuye el servicio a los ayuntamientos. A partir de aquí se elaborarán múltiples proyectos durante la primera mitad del siglo XIX, en los que básicamente se discute el alcance de los *principios de uniformidad, gratuidad, publicidad y libertad de enseñanza*, que se consideran básicos para la organización del servicio. La sucesión de proyectos y de normas (Informe del poeta Quintana de 1814, Plan duque de Rivas de 1836, Plan Pidal de 1845...) concluirán en la Ley Moyano de 9 de septiembre de 1857, que es la que establece las definiciones más duraderas sobre la organización del servicio de enseñanza y el contenido de los derechos correspondientes.

### 171.

La significación de la regulación constitucional directa de las opciones ideológicas del liberalismo revolucionario en materia de educación.

### 172.

Desarrollos legislativos y su significación.

Lo anterior por lo que concierne a los derechos de carácter social más principales. El establecimiento de los derechos económicos básicos, la propiedad y la libre circulación de bienes y servicios expresará en términos igualmente indiscutibles la ruptura con las instituciones del Antiguo Régimen. La eficacia inmediata de las disposiciones que la acuerdan queda garantizada desde la propia Constitución, sin perjuicio de los desarrollos legislativos y administrativos indispensables para terminar de eliminar los viejos «estorbos», según llamaba JOVELLANOS a las trabas a la propiedad y al comercio, que entorpecían el libre ejercicio de los derechos nuevos. Muchas de estas medidas legislativas, aunque sirven para delimitar el contenido de los derechos, no suponen el reconocimiento de ninguna libertad al legislador para decidir sobre la implantación o la vigencia misma de los derechos en cuestión.

La consagración del derecho de propiedad se lleva a término, en primer lugar, por la Declaración de Derechos de 1789 (artículo 17): «La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de la justa y previa indemnización». La afirmación del derecho de propiedad tiene efectos inmediatos sobre la abolición de privilegios de carácter feudal que conferían a los estamentos privilegiados derechos exclusivos sobre la tierra, su transmisión y disfrute, así como otras prerrogativas de carácter jurisdiccional vinculadas a la propiedad de la tierra. Todos los derechos feudales son abolidos sin indemnización en Francia, mediante una decisión de la Convención de 17 de julio de 1793. Simultáneamente con dicho acuerdo se prescribe igualmente la venta de los bienes comunales y los bienes nacionales.

En España la implantación del derecho de propiedad, como derecho subjetivo y libre, que otorga a su titular la facultad plena de usar y disfrutar de las cosas sobre las que recae, aunque resulta finalmente de la regulación constitucional de 1812, va precedida de una serie de reformas que tienden inequívocamente a eliminar todas las trabas procedentes del Antiguo Régimen. A destacar, entre dichas medidas preconstitucionales, el Decreto de 6 de agosto de 1811 sobre incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación, con el efecto de quedar abolidos simultáneamente todos los privilegios «llamados exclusivos, privativos y prohibitivos que tengan el mismo origen de señoríos, como son los de caza, pesca, hornos, molinos, aprovechamientos de aguas, montes y demás, quedando al libre uso de los pueblos...». La abolición de los señoríos lleva consigo la eliminación de todas las situaciones de vasallaje, de carácter real o personal, justifica-

**173.**

*Las declaraciones constitucionales y su eficacia en punto al establecimiento de los derechos económicos básicos: propiedad y libre circulación de bienes.*

**174.**

*La consagración constitucional del derecho de propiedad y su eficacia.*

**175.**

*Las reformas conducentes a la implantación del derecho de propiedad como derecho subjetivo y libre.*

das en aquellos. No hay más situaciones de sujeción admisibles para el futuro que las que «procedan de contrato libre en uso del sagrado derecho de propiedad» (Decreto de 6 de agosto de 1811). La gran liberación de las viejas vinculaciones para facilitar el desarrollo de la propiedad particular será apoyada por otras muchas medidas del período, como el Decreto de 4 de enero de 1811 sobre eliminación de los baldíos, que se reducen al régimen de propiedad particular (artículo 1: «todos los terrenos baldíos o realengos y de propios y arbitrios... excepto los ejidos necesarios a los pueblos, se reducirán a propiedad particular...»). Para que el uso y disfrute de la propiedad pueda hacerse privativamente por el titular de la tierra, se implanta el derecho de acotamiento o cerrado por Decreto de 14 de enero de 1812 («1. Se derogan y anulan en todas sus partes todas las leyes y ordenanzas de montes y plantíos, en cuanto concierne a los de dominio particular, y en su consecuencia, los dueños quedan en plena y absoluta libertad de hacer en ellos lo que más se les acomode... 3. Los terrenos destinados a plantíos, cuyo suelo y arbolado sean de propiedad particular, se declaran cerrados y acotados perpetuamente, y sus dueños podrán cercarlos y aprovechar como quieran sus producciones»).

**176.**

*Derecho de acotamiento o cerrado.*

La Constitución de 1812 se había referido en su artículo 4 a la propiedad particular, obligando a la Nación a protegerla por leyes sabias y justas, pero las medidas tendentes a consagrar este derecho central del nuevo sistema económico liberal burgués habían empezado, según se ha indicado, anteriormente. Los años ulteriores de vigencia de la Constitución gaditana servirán para afirmar aún más aquel derecho eliminando el resto de las trabas existentes para la libre adquisición y disfrute de bienes. Es capital, en este sentido, el Decreto de 27 de diciembre de 1820 sobre supresión de vinculaciones (artículo 1: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de los absolutamente libres». El artículo 14 del mismo Decreto prohibía la constitución de derechos de este tipo en el futuro).

**177.**

*Supresión de toda clase de vinculaciones de la propiedad.*

La continuación de las operaciones de liberalización de la propiedad privada, constituyéndose un mercado en el que se pueda traficar con los bienes raíces, es obra de la legislación desamortizadora. Con precedentes en el último período ilustrado preconstitucional, el proceso se desarrolla velozmente desde la muerte de Fernando VII, especialmente a partir del Gobierno Mendizábal: Real Decreto de 4 de julio de 1835, sobre supresión de la Compañía de Jesús y ocupación de sus

**178.**

*Un mercado para la propiedad.*

bienes; Real Decreto de 25 de julio de 1835, sobre reducción de monasterios y conventos y nacionalización de los bienes de los suprimidos; ratificación de las decisiones de supresión de conventos y órdenes por Real Decreto de 11 de agosto de 1835; Real Decreto de 11 de octubre de 1835, sobre supresión de órdenes monacales; Real Decreto de 19 de febrero de 1836, sobre venta de todos los bienes que hubieran pertenecido a las suprimidas corporaciones religiosas; ampliación de las medidas a todos los demás monasterios y conventos de regulares por Real Decreto de 8 de marzo del mismo año; Ley de 29 de septiembre de 1837, que consolida las medidas de venta de los bienes del clero regular; ampliación de la venta a los bienes del clero secular por Ley de 2 de septiembre de 1841; y, finalmente, desamortización civil, impulsada por MADDOZ, acordada mediante Ley de 1 de mayo de 1855, que declaró en venta «todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado, al clero y cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas».

El nuevo régimen de la propiedad privada es una parte sustancial del orden económico que se establece en España desde los primeros años de la época constitucional. Pero dicho sistema económico se complementa con la formación de un mercado único en todo el territorio del Estado, basado en la libertad de industria y comercio.

El artículo 131 de la Constitución de Cádiz había atribuido a las Cortes el deber de «promover y fomentar toda clase de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan» (artículo 21). El artículo 354 imponía directamente la eliminación de las fronteras interiores: «No habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras».

Estos principios resumen una política de liberalización económica que se había iniciado al final del Antiguo Régimen. Las propuestas de CAMPOMANES, JOVELLANOS y otros insignes ilustrados habían servido, por ejemplo, para liberalizar determinados oficios, facilitar la libre enseñanza de los mismos, suprimir la prohibición de ejercer algunos de ellos, eliminar las colegiaciones o agremiaciones obligatorias para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios, etc. Pero inmediatamente después de establecerse en la Constitución de Cádiz la obligación de los poderes públicos de promover la libertad de industria y el ejercicio de las profesiones, medidas de este tipo empiezan a establecerse masivamente. El Decreto de Cortes de 22 de febrero de 1812 se adelantó a facultar al Gobierno para que permitiera la celebración de ferias y mercados en todos los pueblos que lo solicitaran. El Decreto de 8 de junio de 1813 proclamó la libertad de ejercicio de las profesiones y de la industria en los términos más amplios posibles: «Todos los

**179.**

*El origen y las consecuencias de la desamortización.*

**180.**

*La implantación de la libertad de industria y comercio.*

**181.**

*Precedentes ilustrados.*

**182.**

*Libertad de ejercicio de profesiones.*

**183.**

*Libertad de celebración de ferias y mercados y de establecimiento de industrias.*

españoles y los extranjeros avecindados podrán libremente establecer las fábricas o artefactos de cualquier clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten a las reglas de policía adoptadas o que se adopten para la salubridad de los pueblos» (artículo 1).

**184.**

*Libertad de fabricación.*

Concluida la etapa absolutista del rey Fernando VII, las medidas relativas al libre ejercicio de toda clase de actividades y supresión de restricciones y monopolios conocerán un desarrollo definitivo. Por ejemplo, el Real Decreto de 20 de enero de 1834 prohibió cualquier ordenanza gremial que contuviera disposiciones contrarias a la libertad de fabricación, a la circulación interior de los géneros o a la concurrencia indefinida del trabajo y los capitales. Se adoptarán inmediatamente medidas contra las asociaciones y gremios que reducían la libertad de ejercicio de las profesiones e industrias (Real Decreto de 15 de febrero de 1834, Reales Órdenes de 30 de enero y 14 de mayo de 1834), se adoptarán medidas liberalizadoras del comercio de las lanas, ganados, cereales y harinas, y caballos (Reales Decretos de 23 de noviembre, 20 y 29 de enero y 17 de febrero de 1834, respectivamente). El Real Decreto de 20 de enero de 1834 declaró, en fin, libres en todos los pueblos del reino «el tráfico, comercio y venta de los objetos de comer, beber y arder», prohibiendo que, en lo sucesivo, dichos artículos pudieran quedar sujetos «a postura, tasa o arancel de ninguna especie, cualquiera que sea la disposición, cédula o privilegio en cuya virtud se les haya sujeto a esta formalidad».

**185.**

*Las declaraciones constitucionales de materia económica y social tuvieron valor normativo decisivo a lo largo del siglo XIX.*

Los ejemplos expuestos son suficientes para probar, como nos habíamos propuesto en este apartado, que las declaraciones constitucionales relativas a los derechos económicos y sociales no constituyen un simple desiderátum o programa cuya realización se encomiende completamente al poder legislativo o a la Administración Pública. Dichas declaraciones y proclamaciones constitucionales tienen el carácter de normas jurídicas cuya eficacia es indiscutible. Unas veces porque producen directamente el efecto de derogar regulaciones anteriores, algunas de las cuales relativas a instituciones basales del Antiguo Régimen. Otras porque delimitan el nuevo derecho o institución en términos suficientes como para que pudiera ser disfrutado por los ciudadanos en la práctica sin necesidad de ningún desarrollo legal concreto, como ocurrió en buena medida con un derecho subjetivo central como el de propiedad. En la menos favorable de las hipótesis sobre el alcance real de la eficacia de lo declarado en las Constituciones, porque sus declaraciones y mandatos fueron, en punto a derechos económicos y sociales, inmediatamente atendidos por el legisla-

dor (en algunos casos no podía ser de otra manera porque cuando, por ejemplo, se atribuyó a los ayuntamientos la responsabilidad en materia de beneficencia o de educación, la Constitución directamente, o el legislador cumpliendo sus mandatos, habían suprimido las instituciones eclesiásticas o las corporaciones privadas que se ocuparon durante el Antiguo Régimen de la prestación de aquellos servicios que, sin embargo, se consideraban una obligación del Estado por la triunfante ideología liberal burguesa). En determinados supuestos, como veremos en el epígrafe siguiente, porque las declaraciones constitucionales relativas a libertades personales y derechos económicos de los ciudadanos resultaron ser directamente invocables ante los tribunales.

El análisis de lo ocurrido con las declaraciones de derechos económicos y sociales no solo ilustra bien de la eficacia de las Constituciones donde se recogieron por primera vez, sino de la totalidad de los textos constitucionales del siglo XIX. De lo expuesto se deduce, en efecto, que lo que queda en manos del legislador, por encargo constitucional, es la definición de los contenidos de los derechos, dentro de los márgenes que la Constitución habilita, pero no la implantación misma del derecho ni su vigencia, que resultan de las declaraciones constitucionales mismas. Por esta razón, nadie discute a lo largo del siglo la significación del derecho de propiedad, ni la consagración del derecho a la educación como justificante de la organización de un servicio público de instrucción. Lo que podrán variar serán los contenidos, restricciones y límites que a dichos derechos imponga una legislación que será, en cada período concreto, tributaria de las corrientes ideológicas, conservadoras o progresistas, que circulan alrededor del poder a lo largo del siglo XIX.

#### e) *Las garantías jurisdiccionales*

El constitucionalismo decimonónico cambia desde 1812, y para todo el siglo, radicalmente, la organización y el funcionamiento de la justicia y los derechos de los ciudadanos ante ella.

Para que pueda decirse que un derecho individual, reconocido en la Constitución, está jurídicamente protegido, de modo pleno, es precisa no solo su declaración, sino que la transgresión del derecho pueda ser rectificadora mediante la intervención de un juez o tribunal independiente. La protección jurisdiccional de los derechos declarados asegura la máxima garantía posible de los mismos si queda a disposición

#### 186.

*Del legislador dependió la delimitación de los contenidos de los derechos, no su declaración ni su vigencia.*

#### 187.

*La protección jurisdiccional alcanzó a un número amplio de derechos, aunque no a todos.*

del tribunal la anulación de la actuación que vulnere el derecho, y tiene además la facultad de reponer jurídicamente la situación.

No todos los derechos proclamados en las Constituciones decimonónicas (como tampoco todos los consagrados en las vigentes) disfrutaron de una garantía judicial del tipo indicado. Pero muchos de ellos sí contarán con tal protección. Para establecerla será, en principio, necesario deshacerse de prácticas asentadas en el Antiguo Régimen y establecer nuevos criterios de organización y funcionamiento de la Justicia.

Como ya hemos explicado, la eficacia de los preceptos constitucionales no puede medirse simplemente en razón a que generen o no derechos invocables ante los tribunales. También pueden establecer pautas que sirvan para interpretar las normas o imponer al legislador regulaciones que hagan posible el disfrute efectivo de los derechos. Recordaremos más adelante la idea, bien asentada entre la mejor doctrina, de que incluso algunos de los derechos civiles más esenciales necesitan de la intervención del legislador para poder practicarse (empezando por el propio derecho a la tutela judicial, que reclama toda una organización judicial a su servicio, cuya planta y funcionamiento tiene que ser decidida por el legislador).

La desaparición de algunas de las prácticas más agresivas contra los derechos existentes durante el Antiguo Régimen comienza con la Revolución de 1789. La Declaración de Derechos de aquel año se ocupará de fijar algunas orientaciones fundamentales: «Ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido sino en los casos determinados por la ley, y según las formas por ella prescritas. Los que solicitan, dictan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados...» (artículo 7). «La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias; nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada» (artículo 8).

La preocupación de nuestra Constitución de 1812 por la organización de la Administración de Justicia se evidencia desde el Discurso Preliminar. Se califica a aquella como «el primero y más esencial ramo del servicio público», proponiendo una reforma con el objeto de que la Justicia sea «en todos los casos objetiva, pronta e imparcial. Esto es, que en los juicios civiles el que litiga con derecho y buena fe pueda estar seguro de obtener lo que solicita o que no será despojado de su propiedad o perjudicado en sus intereses; y en las causas criminales, convencido el delincuente de que no podrá salvarle de la pena con-

### 188.

*La desaparición de algunas prácticas contrarias a los derechos por efecto inmediato de las declaraciones constitucionales.*

### 189.

*La Justicia como «el primero y más esencial» servicio público en la Constitución de 1812.*

digna a su delito; y el inocente, seguro de hallar en la ley todos los remedios para triunfar de las artes, malicia y poder de sus enemigos». La estructura básica del nuevo sistema judicial queda inmediatamente dispuesta en tres Decretos de las Cortes fundamentales, el de 9 de abril de 1812, que aprobó el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia; el de 24 de marzo de 1813, que dictaba las reglas para hacer efectiva la responsabilidad de los empleados públicos, y el de 13 de marzo de 1814, por el que se aprobó el Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia, cuya creación estaba prevista en la Constitución, aunque no se hiciera efectiva hasta 1834.

El principio de unidad de fueros y la prohibición de avocaciones de causas de las que corresponda conocer a los jueces y tribunales añaden otros dos importantes criterios para apartar definitivamente las prácticas del Antiguo Régimen.

Muchos derechos de orden procesal aparecen también declarados en la Constitución. Algunos capitales, como el derecho al juez predeterminado por ley (artículo 247: «ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley»), el derecho a que el proceso sea breve (artículo 268) y público (artículo 302). La prohibición de detenciones preventivas sin autorización judicial (artículos 287 y 299). El principio de legalidad de los delitos y las penas, la prohibición de algunas pruebas, como el tormento, y de algunas penas, como la confiscación de bienes (artículos 287 y 305), etc.

Las garantías jurisdiccionales de los derechos declarados en la Constitución pueden corresponder a cualquiera de los órdenes jurisdiccionales ordinarios. La garantía puede ser penal, civil o contencioso-administrativa. Lo importante es que sea efectiva y, además, que estos órdenes jurisdiccionales estén vinculados por las determinaciones de la Constitución, aunque, al mismo tiempo, estén aplicando las leyes que, en concreto, regulan o delimitan cada uno de esos derechos, si es que ha sido objeto de desarrollo legal.

Por tanto, no puede afirmarse que no haya una garantía jurisdiccional de los derechos por el simple hecho de que no exista una jurisdicción constitucional específica, que en nuestras Constituciones decimonónicas no llegó a establecerse nunca. El sistema de las reclamaciones por «infracciones» de la Constitución que reguló la de 1812 no tiene ningún valor de antecedente de una justicia constitucional especializada.

**190.**  
*Reglamentación y Nueva Planta.*

**191.**  
*Los nuevos derechos procesales declarados en la Constitución.*

**192.**  
*Formas de la garantía jurisdiccional.*

**193.**  
*Infracciones de la Constitución.*



Se obligaba a las Cortes a que en sus primeras sesiones tomaran en consideración las infracciones de la Constitución «que se les hubieran hecho presentes, para poner conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieran contribuido a ello» (artículo 372). En la práctica, el asunto más notorio que se examinó por este procedimiento fue el caso *Fitzgerald* que estudió V. FAIRÉN. Pero, como ha podido establecer claramente M. LORENTE, los desarrollos de la Constitución condujeron todos, por una parte, a la articulación del derecho de petición y, por otra, a la regulación general de la responsabilidad de los empleados públicos.

#### 194.

*Control de la constitucionalidad de las leyes y otras alternativas para garantizar jurisdiccionalmente los mandatos constitucionales.*

Por otra parte, es notorio que la garantía de la eficacia de lo prevenido en los preceptos de una Constitución no precisa necesariamente el establecimiento de un sistema de justicia constitucional específico. La no atribución a los tribunales de la función de controlar la constitucionalidad de las leyes no quiere decir que las prescripciones constitucionales carezcan totalmente de protección. Puede esta dispensarse a los derechos y libertades declarados en la Constitución, como decimos, desde órdenes jurisdiccionales distintos del constitucional. Es más, ya sabemos que los sistemas de control de la constitucionalidad nacen en Europa con la función principal de examinar la adecuación de las leyes a la Constitución. Su competencia para conocer de vulneraciones de los derechos fundamentales por otros actos de los poderes públicos es un añadido posterior, perfectamente prescindible, además, sin que se desfigure la esencia de la justicia constitucional. Algunas Constituciones, como la nuestra de 1978, han convertido el amparo de derechos fundamentales en una tarea muy importante del Tribunal Constitucional, pero insistimos en que dicha atribución no forma parte del diseño esencial de la jurisdicción constitucional, cuya competencia inicial se circunscribe con la teoría del legislador negativo que alude en Europa al examen de leyes que vulneren la Constitución.

La garantía de los derechos y libertades, antes y después de las Constituciones europeas vigentes, ha radicado principalmente en la jurisdicción ordinaria (penal y contencioso-administrativa predominantemente). Cuando la justicia constitucional se ha extendido a este ámbito ha reforzado garantías jurisdiccionales que ya existían, no las ha creado *ex novo*.

Por tanto, hemos de valorar el alcance de las garantías jurisdiccionales ordinarias de los derechos consagrados en las Constituciones decimonónicas para poder tener un criterio más seguro de la eficacia de las normas contenidas en los mismos.

1.º En cuanto al alcance del control contencioso-administrativo de las decisiones de los poderes públicos contrarias a los derechos consagrados en las Constituciones, puede establecerse lo siguiente.

Es paradójico que cuando se proclaman las excelencias del sistema constitucional norteamericano por haber extendido la tutela de las libertades, desde el principio, al control judicial de las leyes, se olvida que, en cambio, presentó durante más de siglo y medio un déficit enorme por lo que concernía al control de las decisiones del ejecutivo. Mientras que en Europa se avanzaba extraordinariamente en la sumisión de la actividad administrativa a los tribunales.

Comentando M. HAURIU en su *Précis de Droit Constitutionnel* las indicaciones que había hecho E. LAMBERT en su famoso libro *Le gouvernement des juges*, sobre los abusos de los jueces americanos en nombre del control de la constitucionalidad, señaló que ello se debía a la confusa delimitación de su función, al contrario de lo que ocurría en Francia. «Si en los Estados Unidos —decía— el control de constitucionalidad ha degenerado en un gobierno de los jueces es a causa de la ausencia de un régimen administrativo, y porque esta ausencia impide al juez quedar encerrado en el contencioso, accidente que no deben tener los países que poseen el régimen administrativo». El insigne decano de Burdeos subrayaba de esta manera que el contencioso-administrativo al servicio del control de la Administración Pública se presenta como una garantía alternativa de los derechos a la ofrecida en Estados Unidos con las fórmulas de control de la constitucionalidad de las leyes.

El entendimiento de la separación del poder ejecutivo y el judicial en América en el sentido de no admitirse el control por este de las decisiones de aquel es explícito en algunos textos escritos en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución por los padres fundadores. JEFFERSON le dice a John ADAMS en una comunicación de 1804: «nada en la Constitución ha dado a los jueces el derecho para decidir sobre el ejecutivo, como tampoco al ejecutivo para decidir sobre ellos. Ambas magistraturas son igualmente independientes en las esferas de acción respectivamente asignadas a cada una... La opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no solo en su propia esfera de acción, sino también en las del legislativo y el ejecutivo, haría del poder judicial un poder despótico». Tenía JEFFERSON en la cabeza su radical oposición a las ideas de MARSHALL a este propósito, pero progresó indiscutiblemente su influencia en la restricción del control judicial del ejecutivo.

### 195.

*El control contencioso-administrativo de las decisiones de los poderes públicos contrarias a los derechos proclamados en la Constitución.*

### 196.

*El contraste con las opciones norteamericanas de defensa de la Constitución.*

### 197.

*«Nada en la Constitución ha dado a los jueces el derecho a decidir sobre el ejecutivo.»*

**198.**

Las consecuencias de la separación de poderes para el control judicial del ejecutivo en Norteamérica.

El aludido criterio de separación (que refuerza muy notoriamente la política de algunos de los primeros presidentes, como Andrew JACKSON), que es atendido estrictamente por los tribunales, les impide enjuiciar las decisiones que la Constitución o las leyes encomiendan al ejecutivo. La doctrina resulta expresamente afirmada nada menos que en la primera sentencia del Tribunal Supremo relativa al control de la constitucionalidad de las leyes. Es *Marbury v. Madison*, precisamente, la ocasión que utiliza aquel Tribunal para subrayar que no es competencia de los tribunales el enjuiciamiento de las decisiones del ejecutivo y sus agentes. Dice la Sentencia que «el terreno de los tribunales es solo decidir sobre los derechos del individuo, no investigar cómo el ejecutivo o los agentes del ejecutivo desempeñan los deberes sobre los cuales tienen discrecionalidad. Las cuestiones de esta naturaleza, o que están, por la Constitución o por las leyes, sometidas al ejecutivo, no pueden ser nunca planteadas ante este Tribunal». De esta opinión del Tribunal Supremo deriva la doctrina de las *political questions*, que suponen una exención de control del poder ejecutivo por el judicial, solo excepcionada en lo sucesivo cuando una ley atribuye expresamente a los tribunales la tarea de control de decisiones del ejecutivo (Sentencia del Tribunal Supremo *Decatur v. Paulding*, de 1840). Aunque los controles judiciales del ejecutivo se incrementan con ocasión de la aplicación del *New Deal*, época en que la actividad de la Administración crece extraordinariamente (las motivaciones de esta ampliación se pueden seguir en la Sentencia *St. Joseph Stockyards v. United States*, de 1936), la revisión jurisdiccional de la acción administrativa no se produce sino a partir de la *Administrative Procedure Act*, de 1946, y no en relación con la total actividad del ejecutivo, sino respecto de las decisiones de las agencias independientes. Y aun así, la doctrina de la deferencia, aplicada originariamente al control de la constitucionalidad de las leyes, se trasladará al enjuiciamiento de la acción administrativa para evitar cualquier decisión judicial que pueda afectar a la libre gestión por la Administración de los intereses cuya tutela tiene encomendados.

**199.**

Las political questions.

**200.**

Los primeros controles judiciales del ejecutivo y sus desarrollos en el sistema norteamericano.

Los limitados márgenes dentro de los cuales ha de moverse el control judicial del ejecutivo determinan que las garantías con que cuentan los ciudadanos para combatir las decisiones administrativas que afectan a sus derechos sean bastante escasas. Considerando que es en la esfera ejecutiva en la que se sustancian fundamentalmente las relaciones directas entre el poder público y los ciudadanos, se puede concluir que el establecimiento de un sistema eficaz de garantías judiciales para resolver los conflictos que se sustancian entre ambos es completamente decisivo para establecer un balance serio del grado de reali-

zación jurídica que dichos derechos pueden tener en un sistema político determinado.

La realidad del constitucionalismo francés, y por su influencia del español y el resto del continente europeo, es radicalmente distinta. El poder despótico, necesitado de control, era el que ostentaba el rey, cabeza del ejecutivo. La liberación y el cambio revolucionario se expresaban en la consagración de la asamblea legislativa, detentadora del poder máximo de hacer leyes, a las que habrían de someterse todos los demás poderes públicos. La ley, expresión de la voluntad general, según la había concebido el pensamiento rousseauiano, aprobada por un Parlamento en el que están presentes los representantes del pueblo, se convierte en el centro del sistema constitucional. La ley es el instrumento de la Revolución. Los revolucionarios franceses no tienen el mismo sentimiento que los norteamericanos respecto de la posibilidad de que una ley ordinaria modifique los contenidos de la Constitución. Cabe la posibilidad de que tal efecto se produzca si nadie controla la adecuación del contenido de las leyes a las normas constitucionales. Pero, como observó el agudo Alexis DE TOCQUEVILLE, considerando que los franceses, a diferencia de lo que habían hecho los americanos, no habían establecido ninguna fórmula de control de la constitucionalidad de las leyes, «más vale conceder el poder de cambiar la Constitución del pueblo a unos hombres que representan perfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no se representan más que a sí mismos».

Pero la exclusión del control judicial de las leyes no ocurre en Francia solamente porque se residencia en la ley el poder soberano, sino también, como hemos dicho más atrás, porque la situación de desprestigio que tienen los jueces y tribunales a los ojos de los revolucionarios hacía completamente imposible que la Asamblea Constituyente pudiese, en modo alguno, entregarles el control de la constitucionalidad. Si se les prohibió incluso interpretar las leyes, implantándose el sistema de *référé législatif*, con más razones se exigiría su alejamiento de un texto como el constitucional lleno de conceptos vagos y de expresiones flexibles.

Esta misma actitud respecto de la justicia será justamente la que determine que la Asamblea se niegue también a entregar a los jueces ordinarios el control de las decisiones de la Administración. Tal apartamiento de la justicia ordinaria no supondrá, sin embargo, una exención completa del control de la actividad administrativa. Después de un debate largo y complejo, analizado muchas veces por la doctrina francesa posterior (LAFERRIÈRE, SANDEVOIR, CHEVALLIER, etc.), se acaba apro-

**201.**

*La inclinación por el control del ejecutivo, más que del legislativo en el sistema francés: razones.*

**202.**

*Contra el carácter no representativo de la magistratura.*

**203.**

*El apartamiento de la justicia ordinaria del control de la Administración.*

bando una propuesta el 6 de septiembre de 1790 que atribuye el contencioso-administrativo a los tribunales de distrito y a la propia Administración activa. Se aplica, al establecer esta solución, una regla que viene, por lo menos, del reinado de Luis XIII, y que cobra plena vigencia en el debate revolucionario sobre la justicia: «juzgar a la Administración es también administrar».

#### 204.

*Las «aperturas» del contencioso-administrativo francés.*

El *Conseil d'État* asume una función decisiva cuando recibe la responsabilidad de actuar en el orden contencioso-administrativo. Ciertamente, durante una época extensa que va desde la asignación de dicha responsabilidad hasta la Ley de 24 de mayo de 1872, que le delega definitivamente la función de resolver los recursos contencioso-administrativos (sistema de jurisdicción delegada), el Consejo debe ejercer sus competencias considerando muy de cerca la situación política de cada momento. Pero es en pleno siglo XIX cuando empiezan las sucesivas «aperturas» del contencioso-administrativo, basadas todas en la técnica de la desviación de poder, que permitirán sucesivamente a los órganos titulares de la función contencioso-administrativa controlar a la Administración por los vicios de competencia, de procedimiento, de desviación del fin u otros, en los que pudiera incurrir al adoptar sus decisiones.

De esta manera se va formando en Francia un orden específico de control de la Administración activa que sirve a los ciudadanos para reclamar frente a la vulneración de sus derechos, cuando las lesiones traen causa de la actuación de la Administración.

#### 205.

*La opción española sobre organización de lo contencioso-administrativo y sus desarrollos.*

En España, aunque la Constitución de Cádiz no se inclina claramente por la creación de un orden contencioso-administrativo separado de la justicia ordinaria, la solución dominante para el control de la actividad administrativa, a partir de la caída del absolutismo monárquico, es la intervención de órganos especializados establecidos dentro de la Administración activa (juzgados o tribunales privativos, o bien los propios órganos de la Administración activa decidiendo en sede contenciosa). Todo ello hasta que las Leyes de 1845 crean un contencioso-administrativo basado en el sistema francés, fundado, por tanto, en la regla de que juzgar a la Administración es también administrar, y atribuyendo la función contenciosa a órganos incardinados en el propio poder ejecutivo. El sistema español se apartaría progresivamente del francés a lo largo del siglo XIX, hasta concluir en su plena jurisdiccionalización (la Ley de 1888 lo hace con respecto de la primera instancia, y una Ley de 1904 transfiere las competencias del Consejo de Estado al Tribunal Supremo).

Los progresos del control de la Administración a través del sistema contencioso-administrativo serán decididamente menores en España que en Francia, por razones históricas y políticas de diverso orden que ya tenemos estudiadas. Pero la apertura de un sistema que permite a los ciudadanos reclamar por las violaciones de sus derechos infligidas por los poderes públicos quedará decidida desde mediados del siglo XIX. Una gran diversidad de situaciones jurídicas individualizadas, en las que resultan afectados derechos declarados en la Constitución, delimitados o regulados en las leyes y ejercidos por los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública, podrán ser sometidas, en caso de conflicto con la Administración, a la resolución de los tribunales.

El mejor ejemplo posible de intervención contencioso-administrativa para la protección de un derecho consagrado constitucionalmente lo ofrece el derecho de propiedad.

Su consagración como derecho individual se produce por primera vez en el artículo 17 de la Declaración francesa de 1789. Y en España, más que una declaración directa del derecho de propiedad como «inviolable y sagrado», lo que se formula en la Constitución de Cádiz es una limitación a los poderes públicos, al describir las potestades del rey del siguiente tenor: «No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular o corporación, ni turbarla en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuese necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos».

El contenido del derecho de propiedad se define, por tanto, recurriendo a su límite expropiatorio. Salvo la concurrencia de una causa de utilidad común que exija el sacrificio de la propiedad de un particular, esta se concibe como un derecho que confiere facultades ilimitadas de uso y disfrute de las cosas sobre las que recae. La Constitución de 1812 establece, por tanto, por primera vez una declaración de inviolabilidad del derecho de propiedad (como «inviolable y sagrado» había definido tal derecho el artículo 17 de la Declaración de 1789; en España la primera formulación de la propiedad como «inviolable» aparece en el artículo 9 de la Petición de Derechos que los Procuradores habían elevado el 28 de agosto de 1834). La afirmación positiva de la inviolabilidad del derecho de propiedad pasa a ser recogida en el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 17 de julio de 1836.

**206.**

*La protección contencioso-administrativa de derechos consagrados en la Constitución.*

**207.**

*En particular, la protección jurisdiccional del derecho de propiedad consagrado en las Constituciones.*

**208.**

*El contenido y límites constitucionales del Derecho.*

**209.**

*La protección de la propiedad en los demás órdenes jurisdiccionales.*

Es manifiesto que, sin perjuicio de las potestades expropiatorias que, aun antes del constitucionalismo, se reconocen a los poderes públicos, y a su regulación efectiva en el texto de 1836, la protección del derecho de propiedad es una materia de la que se ocupan, inicialmente, todos los órdenes jurisdiccionales, hasta que paulatinamente la competencia para su protección se va decantando hacia la jurisdicción contencioso-administrativa. Todos los jueces y tribunales se sienten habilitados directamente por la Constitución para intervenir frente a las vulneraciones del derecho de propiedad derivadas de la acción de los poderes públicos. Un poco más adelante veremos cómo estas intromisiones no justificadas son objeto de tipificación penal. Pero la interferencia continua de la jurisdicción civil en las acciones de los poderes públicos que perturban la propiedad privada tiene una prueba irrefutable en la Real Orden de 8 de mayo de 1839, que prohibió que los tribunales civiles pudieran admitir interdictos posesorios de manutención o restitución contra las disposiciones y providencias de diputaciones provinciales y ayuntamientos en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según la ley. Esta prohibición se extendería a la totalidad de la actividad administrativa (Reales Decretos de 26 de junio de 1846, 27 y 31 de julio de 1847).

**210.**

*Sentencias y Reales Decretos de conflictos que aplican directamente la Constitución.*

A pesar de que cuando se establece en España la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mediante Ley de 2 de abril de 1845, los asuntos relativos a la expropiación de bienes se atribuyen a su competencia, la intervención de los tribunales ordinarios siguió siendo absolutamente común en el período, principalmente para conocer de contenciosos provocados por la desamortización eclesiástica y civil. Estos asuntos darían lugar a muchos conflictos entre los tribunales ordinarios y los de hacienda, como puede seguirse por lo establecido en las Reales Órdenes de 14 de junio de 1848 y 25 de enero de 1849. Pero la eliminación de las intervenciones de los tribunales ordinarios necesitará otras medidas legislativas, que se adoptan efectivamente en las Leyes de Contabilidad, de 20 de febrero de 1850 y 25 de junio de 1870.

De la época considerada se dictan muchos Reales Decretos resolutorios de conflictos de jurisdicción, surgidos de la intervención de los jueces y tribunales civiles en asuntos administrativos, en cuyos fundamentos se invoca expresamente la Constitución (el Real Decreto sobre competencia de 19 de agosto de 1846 justifica la prohibición de interdictos acordada por la ya citada Real Orden de 1839 en la «independencia establecida por la Constitución entre la autoridad civil y la administrativa»; el Real Decreto sobre competencias de 14 de sep-

tiembre de 1849 invoca el principio de responsabilidad ministerial establecido en la Constitución; el Real Decreto de 15 de julio de 1957 aplica directamente los derechos electorales reconocidos en la Constitución, etc.).

El control final contencioso-administrativo sobre las decisiones de contenido expropiatorio fue sustituido por una intervención judicial previa a partir del Decreto de 26 de noviembre de 1868, cuyo criterio en este sentido ratificó el artículo 14 de la Constitución de 5 de junio de 1869 («Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención de los interesados»). Aunque la intervención judicial previa desaparece con la nueva regulación de la expropiación que lleva a cabo el artículo 10 de la Constitución de 30 de junio de 1876, se mantiene en esta la penalización del despojo o confiscación de bienes llevados a término sin seguir procedimientos expropiatorios (en la Constitución de 1868, artículo 13; en la de 1876, artículo 10).

Pese a que la regulación de la expropiación dominante en el siglo XIX, desde la Ley de 17 de julio de 1836 a la de 10 de enero de 1879, es la que otorga a la institución el carácter de potestad administrativa controlable a posteriori por la jurisdicción contencioso-administrativa, el derecho de propiedad, que no contará con una amplia regulación positiva y general hasta la promulgación al final del siglo del Código Civil, fue, seguramente, el derecho más garantizado por todos los órdenes jurisdiccionales, que aplicaron, como parámetro para medir la legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos contrarias a aquel derecho, la prohibición general establecida en la Constitución de privaciones del mismo no justificadas en causa de utilidad pública o practicadas sin indemnización previa.

Otros supuestos, muy variados, de aplicación directa de preceptos constitucionales, pueden constatarse en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>) de 8 de marzo y 9 de julio de 1870, o (Sala 4.<sup>a</sup>) las de 20 de octubre de 1870, 18 de enero de 1872, 18 de mayo, 26 de junio, 14 de noviembre de 1872, 19 de febrero, 26 de febrero, 21 de marzo y 28 de junio de 1873, etc. También Reales Decretos Sentencias del Consejo de Estado de 18 de septiembre de 1875.

2.º La protección jurisdiccional de los demás derechos declarados en las Constituciones decimonónicas, principalmente el de libertad personal en sus diferentes manifestaciones, corresponderá principal-

**211.**

*Intervención judicial  
previa para la  
protección de la  
propiedad.*

**212.**

*El derecho más  
garantizado  
judicialmente.*

**213.**

*Otros ejemplos.*

**214.**

*La protección del  
derecho de libertad  
personal.*



mente a lo largo del siglo XIX a la jurisdicción penal más que a la contencioso-administrativa.

Muchos preceptos constitucionales desde la Constitución de 1812 establecen directamente garantías jurisdiccionales de la libertad, especialmente frente a la detención ilegal. El artículo 287 estableció que: «Ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y, asimismo, un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el momento mismo de la prisión». Otros preceptos regulaban también el derecho de los arrestados expuestos a disposición judicial, configurando un derecho de hábeas corpus (artículo 290), o consagraban la inviolabilidad de domicilio (artículo 306), etc., como componentes de la libertad personal. Estas declaraciones de derechos se presentarán más reducidas en las Constituciones conservadoras de los años siguientes, y, por el contrario, recibirán una expresión más pormenorizada en la Constitución de 1869 que los declara en términos que recogerá sustancialmente también la de 1876. Al derecho básico de inviolabilidad personal, con sus diferentes manifestaciones, se añade el de secreto de correspondencia; el de no ser privado de bienes de un modo temporal o permanente; el derecho a no ser trasladado de residencia; por supuesto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio; y, desde la Constitución de 1869, también el derecho de reunión.

### 215.

*Hábeas corpus. Inviolabilidad de domicilio. Traslado de residencia y otros derechos.*

### 216.

*Tipificación directa en la Constitución de algunas infracciones penales.*

Las infracciones cometidas por los poderes públicos respecto de algunos de estos derechos se tipifican directamente en la Constitución como infracciones penales. Las detenciones ilegales están sancionadas con pena inmediata «al secretario de despacho que firme la orden y el juez que la juzgue», en el artículo 172 de la Constitución de 1812. El mismo derecho, así como la inviolabilidad de domicilio y otros de libertad personal, estaban garantizados en la Constitución de 1869 tipificándose las infracciones como delito de detención arbitraria o allanamiento de morada (artículos 2 a 5). El mismo criterio se mantiene en los artículos 4, 6 y otros de la Constitución de 1876.

### 217.

*Régimen constitucional de los derechos de reunión y asociación.*

También se configuran en términos penales los límites de algunos derechos y libertades. Como hemos establecido más atrás, los de reunión y asociación no se reconocen hasta un momento bastante tardío en el constitucionalismo decimonónico (particularmente hasta la Constitución de 1869 no se declara con carácter general el derecho, criterio que también recoge la de 1876). El marco general es de prohibición, salvo excepciones establecidas en las leyes. Estas excepciones aparecen, en principio, en el Código Penal de 9 de julio de 1822, que con-

tiene todos los criterios a aplicar, en el caso de reuniones ilegales. También, naturalmente, las reglas para determinar esa ilegalidad, definiéndose los escasos supuestos de reuniones legales por excepción. La misma tónica de reconducir las infracciones hacia la represión penal es la que mantiene la denominada «Ley de Reuniones Patrióticas» de 1 de noviembre de 1822, que condiciona extraordinariamente las clases de reuniones a las que pueden acudir los ciudadanos, estableciéndose, para los que sobrepasen los bordes que la ley marca, sanciones penales.

Las garantías jurisdiccionales de las libertades civiles proclamadas en las Constituciones de la España decimonónica son reales y efectivas. Los preceptos constitucionales que se han referido, así como los debates parlamentarios de los que surge su redacción, revelan la inequívoca intencionalidad de que tengan eficacia directa y sean invocables ante los tribunales.

Desde luego, cuando se ha de aplicar la represión penal a conductas de autoridades y funcionarios que menosprecien o violenten el contenido de la libertad habrá que tener en cuenta un obstáculo mantenido con bastante regularidad durante todo el siglo XIX: la autorización previa para procesar a autoridades y funcionarios. La Constitución de Cádiz se había expresado contra dichas autorizaciones previas, considerándolas una interferencia de la autoridad política en la Justicia, contraria también al principio de separación de poderes y residuo del sistema de avocaciones tan usado durante el Antiguo Régimen. Pero estas prevenciones desaparecen a partir de la Constitución de 1837, implantándose paulatinamente las autorizaciones previas para procesar en determinadas resoluciones reales. De ello es expresiva la Real Orden de 27 de febrero de 1840 mediante la que la reina gobernadora ordenaba a los jueces que «levanten mano desde ahora en las causas formadas» contra algunos alcaldes, habiendo de reclamar la colaboración, primero, y la autorización, más tarde, de los jefes políticos. La Ley para el Gobierno de las Provincias de 2 de abril de 1845, la Real Orden de 27 de marzo de 1850, el Real Decreto de 29 de abril de 1857 y otras normas, perfeccionarán el régimen de las autorizaciones previas para procesar. Se mantendrá y proyectará más allá del siglo XIX incorporado al artículo 77 de la Constitución de 1876.

Todas estas dificultades pudieron repercutir en la cantidad de procesos abiertos por violación de las libertades de los ciudadanos garantizadas en la Constitución, e incluso en el contenido de las sentencias. Pero nada de ello empece a la eficacia de las declaraciones constitu-

**218.**

*La represión penal de autoridades y funcionarios por violación de las libertades.*

**219.**

*Autorizaciones para procesar.*

cionales de los derechos de libertad personal y a la existencia real de un sistema de garantías jurisdiccionales de carácter penal.

**220.**

*Progresos de la jurisprudencia decimonónica en la aplicación directa de la Constitución para la salvaguarda de algunas libertades.*

Si se repasa la jurisprudencia del período puede constatarse (como hicieron en su momento J. M. ROMERO MORENO, P. PÉREZ TREMPs y F. SANTAOLALLA LÓPEZ) que durante la primera mitad de siglo es menos frecuente que la jurisprudencia invoque directamente la Constitución para justificar la valoración de la conducta y la decisión adoptada en la sentencia. Pero desde 1870 puede encontrarse una jurisprudencia relativamente abundante del Tribunal Supremo que invoca directamente la Constitución para la protección de los derechos fundamentales, aunque también utilice simultáneamente sus desarrollos legislativos, cuando existen. Ejemplos de esta jurisprudencia son las Sentencias de 28 de diciembre de 1870, 24 de abril y 14 de julio de 1871, 10 de febrero de 1872, 10 de febrero y 10 de marzo de 1873, 12 de diciembre de 1874, 19 de noviembre de 1883, 9 de junio y 11 de julio de 1885, 29 de diciembre de 1886, 2 de julio de 1887, etc.

**221.**

*Jurisprudencia que aplica directamente la Constitución en materia de inviolabilidad de domicilio.*

Un ejemplo ilustre de toda esta jurisprudencia lo ofrece la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1888, cuya argumentación fundamental reproduciremos como colofón de todo lo expuesto. Se refiere a un supuesto en el que un alcalde había ordenado la entrada y registro de un domicilio particular en aplicación de un reglamento para la administración y cobranza del impuesto de consumos. El Tribunal establece que el alcalde, al ordenar el registro de la casa, incurrió en el delito previsto y penado en el número 2.<sup>o</sup> del artículo 215 del Código, «en relación con el artículo 6 de la Constitución del Estado». La Sentencia argumenta su decisión en términos que conviene transcribir:

«Considerando que la inviolabilidad del domicilio de todo español o extranjero residente en España está sancionada y garantizada por el artículo 6 de la vigente Constitución del Estado, como antes lo estaba por el artículo 5 de la de 1869, sin otra diferencia que la referente a la excepción del precepto general, que en la del 69 estaba limitado, fuera de los casos urgentes de incendio, inundación u otros análogos, por decreto de juez competente, y en la vigente del 76, con excepción del precepto constitucional, los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes, cuya disposición ratifica el artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Considerando que la necesaria armonía en que han de estar la ley fundamental del Estado, que declara y sanciona los derechos individuales, y los artículos del Código que castigan las infracciones de aquellos, exige que el artículo 215 del Código, que se refiere a los delitos come-

tidos contra el artículo 6 de la vigente Constitución, que era el 5 de la del 69, se entienda que comete el delito previsto y penado en el repetido artículo 215 el funcionario público que, no siendo autoridad judicial, o no procediendo en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes, ejecutan los hechos que en el mismo se determinan...».

Señalaremos, para concluir, que algunas de las últimas sentencias citadas fueron dictadas en recursos de casación por infracción de ley, lo que, por un lado, desmiente la impresión manifestada por alguna doctrina de que las infracciones de la Constitución no eran invocables en casación y, por otro, es una evidente expresión del reconocimiento de valor normativo a dicho texto superior.

### III. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

#### 1. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: POSICIONES DEL LEGISLADOR, LOS JUECES Y TRIBUNALES Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

##### A) Delimitación y caracteres de lo vinculante

La regla establecida en el artículo 9.1 de la Constitución de 1978, según la cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», es la expresión más acabada, aunque no sea la única que el texto ofrece, de su valor normativo. Esta circunstancia fue inmediatamente subrayada por la doctrina, que la difundió con no poca satisfacción por la superación definitiva del constitucionalismo programático, y fue ratificada con toda precisión y seguridad por una jurisprudencia que no ha dejado de declararla desde el primer momento.

La regla indicada significa, por tanto, que «la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática». Lo cual «se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1» (STC 80/1982).

Las consecuencias que la jurisprudencia extrajo inmediatamente del carácter normativo de la Constitución fueron importantes y de diferente proyección, aunque muy matizadas con ocasión de la aplicación de las reglas contenidas en algunos preceptos concretos. Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional apreció que el grado de vinculación de los poderes públicos a las normas constitucionales no era uniforme en todos los supuestos. Hay normas, en este sentido,

#### 222.

*El carácter vinculante general de las normas constitucionales: artículo 9.1 CE.*

#### 223.

*Consecuencias de la fuerza vinculante de la norma constitucional, según la jurisprudencia.*

que gozan de «vinculatoriedad inmediata» y otras en el que el valor normativo «necesita ser modulado» (STC 80/1982). Lo primero ocurre con las prescripciones de los artículos 14 a 38, lo segundo, con lo establecido en los artículos 39 a 52 para cuya efectividad plena es preciso la «mediación del legislador ordinario».

El carácter vinculante de la norma constitucional lo ha entendido la jurisprudencia en un doble sentido porque no solo determina «la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano» (SSTC 18/1984, 53/1985...). La obligación indicada es de todos los poderes públicos: afecta «al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas» (STC 18/1984); en el concepto de poderes públicos están «incluidos, naturalmente, los autonómicos» (STC 46/1990). Y la obligación de acatamiento que han contraído implica el compromiso de hacerlos prevalecer por encima de cualquier otra prescripción normativa, de modo que el ordenamiento entero debe ser interpretado conforme a la Constitución [la sujeción indicada «impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella» (la jurisprudencia constitucional reitera estos principios desde las SSTC de 2 de febrero y 30 de marzo de 1981, entre muchas)].

Normas constitucionales, en fin, son las que recoge el texto positivo de la ley fundamental y no cualesquiera otras situadas fuera de la misma, por mucha tradición y arraigo que tengan o puedan manejarse para defenderlas. El Tribunal Constitucional ha puesto especial empeño en esta afirmación para desalojar del ordenamiento cualquier regla incompatible con la Constitución cuya vigencia trate de justificarse en situaciones o derechos históricos de cualquier clase. No cabe mantener posiciones jurídicas que, por más tradición que tengan, resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales. Refiriéndose, en particular, a los derechos de los territorios que integran el Estado, el Tribunal Constitucional ha dicho que «la Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conservan unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones “históricas” anteriores. En este sentido, y desde luego, la actuali-

#### 224.

*Obligaciones positivas y negativas derivadas de la vinculación.*

#### 225.

*Normas constitucionales son las que recoge formalmente el texto, no otras anteriores e históricas.*

zación de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales» (STC 76/1988).

Otras expresiones generales del valor normativo de la Constitución pueden encontrarse a lo largo de su texto. Señaladamente en los artículos 53.1 («los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos»), artículo 103.1 (la Administración actúa sometida a «la ley y el Derecho»), artículo 161.1, en cuanto atribuye al Tribunal Constitucional conocer recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, cuestiones de inconstitucionalidad, conflictos y otras actuaciones de los poderes públicos que pueden resultar contrarios a las disposiciones constitucionales; artículo 163 que obliga a plantear cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por parte de los jueces y tribunales que estimen que una ley, aplicable al caso de que están conociendo «pueda ser contraria a la Constitución». Afirmación del carácter rígido de la norma constitucional, protegida por procedimientos especiales de reforma frente a las modificaciones operadas por el legislador ordinario (artículos 166 a 169). Y cláusula derogatoria extensiva a «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Constitución», lo cual es una manifestación de su plenitud normativa como *lex posterior* máxima, cuyo reconocimiento, como veremos un poco más adelante, queda abierto al juez ordinario que puede, sin duda, apreciar y declarar la derogación de leyes y cualquier otra norma anterior y contraria a las determinaciones constitucionales de aplicación directa.

El carácter normativo de la Constitución, deducido principalmente de la declaración general del artículo 9.1 sobre la vinculación a la misma de todos los poderes públicos y de los ciudadanos, no debe confundir, sin embargo, sobre la gran heterogeneidad de contenidos y efectos de las normas constitucionales. Ni la eficacia de aquellas es siempre idéntica ni el grado de vinculación de los poderes públicos tiene un nivel uniforme.

La mejor expresión del diferente grado de vinculación de los poderes públicos es la que puede verse en el artículo 53 CE. Distingue, al menos, tres niveles de vinculación en relación con los derechos fundamentales. Los recogidos en el Capítulo Segundo del Título I «vinculan a todos los poderes públicos». Los reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera de dichos Capítulo y Título gozan de una tutela especial ante los jueces y tribunales porque pueden defenderse utilizando un procedimiento «basado en los principios de preferencia y

**226.**

Otras menciones específicas en el texto de la CE sobre su valor normativo.

**227.**

Los grados de lo vinculante y la escala de la eficacia.

**228.**

Los tres niveles de vinculación establecidos en el artículo 53 CE.

**229.**

*Principios rectores de la política social y económica.*

sumariedad», que termina con el recurso de amparo que puede plantearse ante el Tribunal Constitucional. Y, en fin, los «principios rectores de la política social y económica», entre los cuales se encuentran derechos tan básicos en el Estado social como el derecho a la salud (artículo 43.1) o a la seguridad social (artículo 41), se conciben con una fuerza de obligar al legislador y a los jueces bastante más debilitada, puesto que su «respeto y protección... informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», aclarando el párrafo 3 del artículo 53 que «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Se deduce de estas precisiones, no siempre afortunadas en su expresión ni tampoco claras, que aun teniendo carácter normativo todas las disposiciones que la Constitución contiene, su eficacia y aplicabilidad presentan muy diversos grados.

**230.**

*La variable fuerza vinculante de las disposiciones constitucionales depende de su completitud.*

La variable fuerza vinculante que presentan las normas constitucionales depende casi siempre de su completitud: algunas contienen enunciados que conforman reglas jurídicas perfectas y completas; otras, sin embargo, no incorporan reglas acabadas, de modo que el constituyente, por razones que no explicaremos ahora, ha utilizado enunciados vagos que hacen más difícil determinar el contenido normativo de sus preceptos o, en otras ocasiones, no ha querido, simplemente, perfeccionarlo, dejándolo abierto a regulaciones ulteriores que encomienda al legislador ordinario. En el primer sentido indicado, el artículo 12 de la Constitución que declara que «los españoles son mayores de edad a los dieciocho años», o el artículo 17.2 que prescribe que el detenido preventivamente tiene que ser puesto a disposición judicial «en el plazo máximo de setenta y dos horas», contienen normas autosuficientes y expresan reglas completas que han de ser atendidas por los poderes legislativo y ejecutivo y aplicadas y salvaguardadas por el poder judicial. En cambio, en el lado opuesto, hay preceptos constitucionales que reclaman, para ser plenamente aplicables, una intervención del legislador. Ocurre así para la delimitación de algunos deberes constitucionales (artículo 30.2: «La ley fijará las obligaciones militares de los españoles...») y también de un número amplio de derechos (como en los casos de los artículos 32: «la ley regulará las formas del matrimonio...», 34.1: «se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley», 43: la ley establece «los derechos y deberes» de los ciudadanos respecto de las prestaciones y servicios sanitarios, etc.).

**231.**

*Normas constitucionales completas e incompletas.*

Como todas las disposiciones constitucionales son normas jurídicas, todas vinculan a los poderes públicos. Pero en muy diferente grado. Analizaremos por ello a continuación, separadamente, la posición respecto del texto constitucional en la que, en términos generales, se sitúan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

## B) Mandatos, encomiendas, límites y otras manifestaciones de la vinculación legislativa

El legislador está vinculado siempre negativamente por todas las prescripciones constitucionales, de manera que no debe establecer regulaciones que las contradigan o que dificulten su aplicación o que no propendan al desarrollo de los valores y principios en que la Constitución se inspira. También está vinculado positivamente por las disposiciones de aquella, pero en muy diferentes grados de intensidad:

1.º En ocasiones muy reiteradas la relación entre la Constitución y la ley se configura como un *mandato* que aquella dirige al legislador. Con esta clase de disposiciones la Constitución apela al legislador para que complete las previsiones de algunos de sus preceptos, bien relativos al funcionamiento de las instituciones del Estado (ley electoral —artículo 68—, ley reguladora de las modalidades del referéndum —artículo 92—, el estatuto de los funcionarios públicos —artículo 103.3—, la organización y funciones del Consejo de Estado —artículo 107—, etc.), bien al ejercicio de algunos derechos. Esta exigencia última se ha considerado en el constitucionalismo tradicional más aplicable a los derechos de prestación (trabajo —artículo 35—, salud —artículo 43—, seguridad social —artículo 41—, etc.), pero en la actualidad está absolutamente generalizada la idea, que analizaremos un poco más adelante, de que también los derechos de libertad básicos requieren regulaciones legislativas para poder ser ejercidos en plenitud [los ejemplos van desde la libertad de comunicación —artículo 20.1.d)— al derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 24.1—, que requiere la regulación por ley de los órganos judiciales y los procesos, así como el establecimiento de las infraestructuras necesarias; o el derecho a la educación —artículo 27— que igualmente reclama regulaciones legales y la implantación de servicios administrativos para poder ser ejercido].

De los mandatos al legislador dimanan siempre obligaciones de hacer. Pero no siempre son estas jurídicamente perfectas, porque ni la Constitución ni, complementándola, la regulación de la justicia cons-

### 232.

*Vinculación negativa del legislador.*

### 233.

*Manifestaciones de los mandatos directos al legislador.*

### 234.

*Mandatos al legislador y obligaciones derivadas del mandato.*



titucional han establecido remedios para hacer exigibles dichas obligaciones.

Algunas aperturas, sin embargo, se han establecido ya para reducir dicho déficit. El Tribunal Constitucional ha apreciado que algunos derechos de libertad, como el de comunicar libremente las ideas por televisión, no puede quedar impedido por el hecho de que no exista una regulación legal específica, siempre que con el ejercicio de aquel derecho no se perturben los intereses generales ni se lesionen los derechos de terceros (SSTC 31 y 47/1994, 281 y 307/1994, 12/1995, 47/1996, etc.). Algunas omisiones del legislador producen discriminaciones prohibidas por el artículo 14 de la Constitución. La impugnación de estas vulneraciones es ocasión para demandar también el cumplimiento de la obligación de regular omitida por el legislador. En este sentido, la violación por parte del legislador del derecho a la salud, el medio ambiente, la vivienda o la educación por razones de sexo, condición económica o cualquier otro factor discriminatorio prohibido, puede determinar la posibilidad de ejercer acciones en las que se reclame la regulación (cfr. STC 103/1983, de 22 de noviembre).

Las restricciones a la legitimación en los recursos de inconstitucionalidad puede resultar, en parte, paliada por la posibilidad abierta de que los jueces y tribunales planteen cuestiones de inconstitucionalidad (artículo 163 CE) acordadas en el marco de procesos de los que estén conociendo. Es bastante difícil, sin embargo, que estos procesos puedan versar, precisamente, sobre una omisión indebida del poder público: el artículo 29 LJCA limita el ámbito de las acciones por inactividad a los supuestos, entre otros, en que se reclame el derecho a una prestación concreta definida «en una disposición general que no precise actos de aplicación...». Dicha disposición podría ser la Constitución misma, pero si se ha configurado plenamente el derecho cuyo reconocimiento se reclama no estaremos en el caso de que precise una regulación legal complementaria y no podrá reprocharse, por tanto, una omisión al legislador.

2.º El segundo tipo de vinculación del legislador a la Constitución estará representado por las remisiones que esta hace a su favor para que regule determinados derechos o instituciones, pero sin reconocerle una libertad plena. Esta técnica tiene un apoyo constitucional explícito en el artículo 53.1 que, al referirse a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I, dice de ellos que «solo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». Es conocido que la referencia al «contenido esencial» de los derechos procede

### 235.

*Violación de la Constitución por inactividad.*

### 236.

*Acciones contenciosas por inactividad.*

### 237.

*Las remisiones de la Constitución a la ley para la regulación de los derechos.*

del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, del que lo importó nuestra Constitución, siendo inmediatamente tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional para definir los límites de las regulaciones legales de los derechos fundamentales.

Muy pronto explicó aquel Tribunal qué debía entenderse por contenido esencial. Lo hizo en la Sentencia 11/1982, relativa al derecho de huelga, cuyo razonamiento ha sido usado ulteriormente en infinidad de ocasiones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional posterior (SSTC 13/1984, 196/1987, 71/1994, 161/1997, etc.). Para definir el contenido esencial, dijo el Tribunal en aquella ocasión, pueden seguirse «dos caminos». «El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho... Constituyen el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciendo al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a ser comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía puede llegarse».

**238.**

*El contenido esencial de los derechos como límite de la regulación legal.*

**239.**

*El límite del contenido esencial según la jurisprudencia constitucional.*

**240.**

*La sucesiva imposición de límites a la libertad de disposición del legislador: de la teoría de la garantía institucional a la noción de contenido esencial.*

El contenido esencial, en lo que ahora nos interesa destacar especialmente, opera como un límite a la libertad de disposición del legislador. Esta restricción ha supuesto un cambio fundamental respecto del constitucionalismo decimonónico en el que, como tenemos estudiado, la definición del contenido de los derechos estaba encomendado al legislador sin condicionamientos. El establecimiento ulterior de controles de la constitucionalidad de las leyes no fue bastante para reducir aquella libertad dispositiva, puesto que, cuando se empleaba sin vulnerar regulaciones materiales establecidas en la propia Constitución, ningún límite podía oponérsele. Para corregir esta situación surge, en la época de la Constitución de Weimar (y de la cabeza polémicamente genial de C. SCHMITT), la idea de que existen instituciones fijadas en la Constitución que tienen una significación y contenido que no puede ser confundido, desconocido o desfigurado por el legislador. SCHMITT ideó con tal finalidad la noción de garantía institucional, no para aplicarla a los derechos, sino principalmente a instituciones que, como la autonomía municipal, no estaban configuradas como derechos fundamentales en la Constitución. Pero la idea se extendió luego a la protección de los derechos fundamentales. Y cuando en la Ley Fundamental de Bonn se estableció la noción de contenido esencial de los derechos fundamentales estaba haciendo, en realidad, una aplicación específica a estos de lo que la técnica de la garantía constitucional había pretendido desde su formulación: imponer límites a la capacidad legítima de regulación atribuida al legislador.

En la actualidad, en consecuencia, el límite del contenido esencial, aunque referido en el artículo 53.1 CE solo a los derechos, actúa también respecto de otras instituciones que no se configuran en la Constitución como derechos fundamentales.

Esta situación ha dado lugar a no poca confusión respecto de la significación y relaciones entre derechos y garantías, a las que habremos de referirnos después.

**241.**

*Las reservas a favor de las leyes orgánicas: el artículo 81.1 CE.*

Otro límite importante a la legislación es la reserva de determinadas regulaciones a leyes orgánicas precisamente, retirándolas de la disponibilidad del legislador ordinario. La reserva de ley del artículo 53.1, ya analizado, tiene que entenderse referida a una ley orgánica cuando se regule el «desarrollo de los derechos fundamentales o de las libertades públicas». Esta reserva específica, que se establece en el artículo 81.1 CE, ha planteado algunos problemas serios de interpretación en los que no nos detendremos ahora. Se han referido, sobre todo, a la fijación del sentido del concepto «desarrollo» que, en principio, puede ser entendido como alusivo solamente a aquellas nor-

mas que llevan a término una regulación general del derecho o libertad concernido y lo hacen de modo directo, delimitando su contenido. La jurisprudencia constitucional ha terminado por matizar el alcance de la reserva refiriéndola no solo a las regulaciones que entrañen un «desarrollo directo», sino también a la que afecten a «aspectos sustanciales» del derecho o libertad concernido (STC 101/1991).

La reserva de ley orgánica es una especificación importante sobre las reservas de ley del artículo 53.1. El ámbito material es el mismo, sin perjuicio de que se precisará ley orgánica para el «desarrollo» de los derechos fundamentales y bastará ley ordinaria cuando la intervención del legislador solo pretenda lo que aquel precepto denomina regulación del ejercicio. Los linderos de ambas nociones no son nada fáciles de establecer.

Además de las consecuencias indicadas, la reserva de ley orgánica produce otras respecto de las intervenciones normativas sobre la materia reservada. Dado que la ley orgánica es un instrumento normativo específicamente estatal, las materias reservadas a su regulación quedan excluidas de la legislación autonómica. Y, por razones distintas, también están fuera del alcance de las disposiciones del Gobierno con valor de ley, tanto sean decretos-leyes (artículo 86.1 CE) como decretos legislativos (artículo 82.1 CE).

3.º El tercer grado de vinculación entre los mandatos de la Constitución y el legislador se produce cuando la tarea que aquella confía a este no está especialmente condicionada. La Constitución se limita, en estos casos, a establecer pautas de conducta para los poderes públicos, orientaciones políticas, o «fines del Estado», como los ha llamado SCHEUNER en su clasificación de las normas constitucionales. En verdad, este tipo de normas fueron las que empezaron a llamarse «programáticas» a partir de la Constitución de Weimar, noción que, sin embargo, no suele emplearse entre nosotros por el pasado recuerdo de la legislación «fundamental» franquista, y por la equiparación de este tipo de prescripciones constitucionales a enunciados vacíos de cualquier contenido normativo. Lo cual es en extremo exagerado e incierto: las normas programáticas también son normas, aunque con una fuerza vinculante debilitada porque son incompletas y, además, porque no obligan a que el legislador lleve a término regulaciones con contenidos predefinidos.

En este sentido, dice el artículo 53.3 de la Constitución que algunos de sus preceptos «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Tal característica es propia de

**242.**

*El «desarrollo» de los derechos fundamentales.*

**243.**

*La fijación de «fines» y la técnica de las normas programáticas.*

**244.**

*Los derechos de definición legal.*

los denominados derechos de prestación, de carácter económico y social, aunque las normas constitucionales de contenido programático no se constriñen a ese solo reducto. Se aplica a los derechos que no cuentan con una garantía constitucional directa y cuya configuración positiva depende del legislador, que puede orientar sus regulaciones de acuerdo con diversas opciones políticas. Su libertad podría extenderse incluso a no regularlos, si se acepta, como establece la STC 35/1985, de 20 de febrero, que «la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo Tercero, del Título I de la Constitución, hace improbable que una norma cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no entender, aisladamente considerado, el mandado a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta».

**245.**

*La libertad del legislador para definir los derechos económicos y sociales.*

Cuando el legislador regula esta clase de derechos, la jurisprudencia constitucional tiene advertido que es legítimo que lo haga apreciando libremente el contexto social y económico, circunstancias estas que, combinadas con su valoración de las necesidades que deban ser atendidas, conducirán a que precise «el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento» (STC 65/1997, también 38/1995, 114/1987, etc.).

**246.**

*Derechos de «configuración legal».*

Estas normas constitucionales pueden limitarse a formular enunciados genéricos o establecer directrices más concretas destinadas al legislador, aunque mantengan también en este caso su libertad dispositiva. Cuando a través de ellas se delimita y precisa el contenido de algunos derechos puede hablarse, como hace a veces nuestra jurisprudencia constitucional, de derechos de configuración legal. Esta categoría puede emplearse para designar el fenómeno de la regulación legal de derechos económicos y sociales, ya mencionado, o también para señalar que lo dispuesto en las leyes debe considerarse parte integrante del contenido constitucional del derecho. Por ejemplo, la Constitución no dice nada acerca de las clases de procedimientos o recursos a través de los cuales puede hacerse efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, pero, una vez regulado por la ley, su vulneración o desconocimiento implican una lesión del precepto constitucional que reconoce el derecho. Del mismo modo, el artículo 27.10 no determina el contenido de la autonomía universitaria, pero una vez delimitado por las leyes surgen de él derechos que pueden ser reclamados como de naturaleza constitucional (cfr. SSTC 23/1982, 30/1985, 15/1990, etc.).

El diverso grado de eficacia que las normas constitucionales pueden presentar en relación con el legislador según sean autoejecutivas o autosuficientes o precisen su colaboración para ser completadas, no repercute en su invocabilidad ante los tribunales, pero sí en la posibilidad de que estos puedan reconocer a los ciudadanos derechos derivados de las mismas. El artículo 53 y otros de la Constitución marcan perfectamente estas pautas de la eficacia de las normas constitucionales.

### C) Constitución y jueces

De las siguientes maneras es posible agrupar las normas constitucionales atendiendo a la diferente intensidad con que vinculan a los jueces y tribunales.

1.º Los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, artículos 14 a 38 (de la igualdad ante la ley a la libertad de empresa), atribuyen, como mínimo, facultades de defensa frente a la acción de los poderes públicos que los limiten o desconozcan. Esta defensa puede ser ejercida siempre ante los tribunales ordinarios. La mención en el artículo 53 de algunos concretos preceptos constitucionales no excluye que el mismo régimen sea extensivo a otros situados fuera del Título I, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones. De esta clase son, por ejemplo, el derecho al sufragio (artículo 68), el acceso a archivos y registros (artículo 105), o a la acción popular en materia penal (artículo 125).

2.º Algunos de los derechos reconocidos en el mencionado Capítulo Segundo, el artículo 14 y todos los de la Sección Primera, son tutelados por los tribunales utilizando un procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad, que, en su caso, abre la posibilidad de recurrir finalmente en amparo ante el Tribunal Constitucional. Las normas constitucionales que regulan estos derechos son, por tanto, autoejecutivas, al menos en cuanto que reconocen derechos de defensa [no será infrecuente que incluyan también derechos de prestación, cuya exigibilidad no podrá articularse del mismo modo: v. gr., el derecho a establecer medios de comunicación ex artículo 20.1.d)]. El procedimiento jurisdiccional especial, a través del cual puede reclamarse protección urgente y preferente, fue regulado, simultáneamente con la aprobación de la Constitución, por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 27 de diciembre de 1978. Ahora sus requerimientos principales están incorporados a la Ley regu-

#### 247.

*La extensión general de la garantía jurisdiccional de los derechos.*

#### 248.

*Las garantías reforzadas mediante procedimientos preferentes y sumarios. El recurso de amparo.*

ladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998.

**249.**

*Reservas de jurisdicción específicas en materia de derechos.*

Al margen de lo establecido en el artículo 53.2 sobre la protección especial de los derechos de la Sección Primera del Capítulo Segundo, Título I, algunos preceptos constitucionales reservan específicamente a los jueces determinadas intervenciones. En concreto, la privación de la libertad (artículo 17 CE), la interceptación de comunicaciones y el registro domiciliario (artículo 18 CE), el secuestro de las publicaciones (artículo 20 CE), la disolución de asociaciones (artículo 22 CE), etc.

**250.**

*La garantía jurisdiccional de los derechos económicos y sociales.*

3.º Respecto de los demás derechos o «principios rectores de la política social y económica», relacionados en el Capítulo Tercero del Título I, el artículo 53.3 indica que «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». La fórmula constitucional no es afortunada, como ha criticado unánimemente la doctrina. Es, por lo pronto, bastante inexacta, porque, sin duda, todos los preceptos constitucionales pueden ser invocados ante los tribunales. Servirán, en el más limitado de los casos, para orientar la interpretación de las normas o para que los tribunales hagan valer, al aplicarlos, el sistema de valores en que la Constitución se asienta. La invocabilidad ante los tribunales, siempre posible, está confundida en el precepto transcrito con la configuración de los derechos económicos y sociales como derechos subjetivos perfectos, que requiere casi siempre una intervención regulatoria complementaria del legislador.

**251.**

*La función de los jueces y tribunales ordinarios respecto del control de las normas inconstitucionales.*

4.º Una última perspectiva desde la que puede analizarse la eficacia de las normas constitucionales respecto de los jueces y tribunales es la de su competencia para decidir acerca de la aplicación de las normas contrarias a la Constitución. Respecto de las que tengan categoría inferior a la ley, la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es general (artículo 1 LJCA, de 13 de julio de 1998) e incluye la posibilidad de utilizar la Constitución misma como parámetro de control [artículo 62.1.a) y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y artículo 70.2 LJCA citada]. Por lo que concierne a las normas con rango de ley, debe distinguirse entre las anteriores y las posteriores a la Constitución. Estas plantean en todos los casos, cuando son contrarias a las determinaciones de aquella, un problema de constitucionalidad que, en nuestro sistema, solo puede ser decidido por el Tribunal Constitucional, que tiene el monopolio de exclusión de las normas con rango de ley. A los jueces ordinarios les cabe hacer, no obstante, juicios positivos y negativos respecto de la constitucionalidad de las leyes posteriores. Positivos, porque la adecuación a la Constitución y la

interpretación, en su caso, conforme a la misma, son requisitos imprescindibles para la aplicación judicial de la ley. Negativos porque, si no la consideraran compatible con la Constitución, el juez o tribunal deberá plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (artículo 163 CE). Las leyes anteriores a la Constitución plantean un problema distinto. La Constitución en este caso actúa como *lex posterior* que deroga todas las normas anteriores incompatibles con la misma. La disposición derogatoria de la Constitución contiene tres apartados. El primero y el segundo acuerdan expresamente la derogación de una relación específica de leyes. Y el apartado tercero establece: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». La derogación ocurre en todos los casos en que las leyes, o cualquier otra norma, regulen materias en las que la Constitución es de aplicación directa (como veremos que ocurre en materia de derechos fundamentales y con buena parte de sus disposiciones organizativas). La falta de vigencia de las normas anteriores puede ser concluida por cualquier operador jurídico y, desde luego, por los jueces y tribunales ordinarios. Cuando el artículo 163 de la Constitución obliga a estos a plantear cuestiones de constitucionalidad respecto de normas con rango de ley, advierte que debe tratarse de una norma «aplicable al caso» de que esté conociendo el órgano judicial, circunstancia aquella que, por definición, no puede darse en la hipótesis de que la norma haya sido derogada.

Este enunciado tan simple de las consecuencias derogatorias de la Constitución ha planteado, sin embargo, algunos problemas aplicativos de interés. Derivan, sobre todo, de entender que la contradicción con la Constitución de normas aprobadas con anterioridad a la misma, no solo genera un problema de derogación, sino también de inconstitucionalidad. Esto último porque, para decidir sobre la incompatibilidad de una ley con la Constitución será preciso habitualmente hacer un análisis de las contradicciones existentes y, para ello, se requerirá determinar el alcance de algún precepto constitucional o establecer interpretaciones del mismo. En realidad, lo que está principalmente en cuestión al calificar la contradicción posible de las leyes anteriores contrarias a la Constitución como un vicio de constitucionalidad y no de derogación, es la seguridad y certeza en la configuración del ordenamiento. En los sistemas constitucionales europeos, y desde luego en el nuestro, sobre la constitucionalidad de las leyes decide el Tribunal Constitucional, que adopta resoluciones únicas y válidas con carácter general en todo el territorio respecto de la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico. Si la incompatibilidad de las normas anteriores se configura como un problema de simple derogación, podrán interve-

**252.**

*La derogación e inconstitucionalidad sobrevinida de las normas preconstitucionales. Competencia para declararla.*

**253.**

*Los fundamentos de la inconstitucionalidad sobrevinida.*

**254.**

*Concentración de la declaración de inconstitucionalidad en el TC y carácter difuso de la declaración de derogación.*



nir en decidirlo todos los jueces y tribunales, que estarán habilitados para adoptar la solución que consideren más adecuada y que, eventualmente, puede no ser la misma que la seguida por otros órganos jurisdiccionales. La situación resultante sería de disparidad y de desigual aplicación territorial de una misma norma preconstitucional.

Teniendo en cuenta estos problemas, algunos sistemas constitucionales comparados han seguido a ultranza la técnica de la derogación (Alemania) y otros han preferido la de la inconstitucionalidad sobrevenida (Italia), invocándose expresamente en este caso por el Tribunal Constitucional las razones de seguridad jurídica y coherencia en la formación del ordenamiento ya expresadas.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional ha utilizado una curiosa fórmula mixta, consistente en considerar que las normas anteriores e incompatibles con la Constitución plantean un problema de derogación, que puede ser resuelto por la jurisdicción ordinaria; pero, al mismo tiempo, puede entenderse que suscitan también cuestiones de constitucionalidad cuya solución es posible remitir al Tribunal Constitucional. La doctrina básica al respecto se estableció por primera vez en la Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, justamente la primera que resolvió un recurso de inconstitucionalidad, fijándose desde entonces las siguientes precisiones:

«Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación con las preconstitucionales, los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma, o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad —es decir, el que actúe previamente un juez o tribunal al que se le suscite la duda— no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, solo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los jueces y tribunales integrados en el poder judicial, los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que, por ello, son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al poder judicial el enjuiciar al poder legislativo en el ejercicio de su fun-

**255.**

*Opciones en Alemania e Italia.*

**256.**

*La posición del TC sobre derogación e inconstitucionalidad sobrevenida.*

**257.**

*El valor erga omnes de las declaraciones de inconstitucionalidad sobrevenida y los efectos de las declaraciones de derogación: STC 4/1981, de 2 de febrero.*

ción peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional.

Por último, conviene señalar también que la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución, en conexión con su disposición derogatoria. De esta forma, la sentencia del Tribunal Constitucional —dado su valor *erga omnes*— cumple una importante función que es la de depurar el ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse».

Esa doctrina sobre la inconstitucionalidad sobrevenida ha sido mantenida, sin modificaciones significativas, en toda la jurisprudencia ulterior, entre la que pueden señalarse las Sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1981, 19 de julio de 1982, 7 de abril de 1987, 3 de marzo de 1988, 14 de octubre de 1987, 20 de julio de 1989, 2 de noviembre de 1992, 27 de mayo de 1993, 13 de octubre de 1997, 17 de marzo de 2003, etcétera.

5.º En la mayor parte de los casos, la relación de los jueces con la Constitución aparece enmarcada por los mandatos y regulaciones específicas que lleva a cabo el legislador. La forma más ordinaria de vinculación de los jueces y tribunales a la Constitución es su sometimiento al imperio de la ley (artículo 117.1 CE). En este extremo la posición de aquellos se aproxima a la de la Administración Pública, que también resulta ordinariamente delimitada por lo que las leyes establecen para cada caso, ya que son las leyes las que concretan los mandatos constitucionales y definen el contenido de los intereses públicos.

#### D) El sometimiento a la Constitución de la Administración Pública

Concluiremos definitivamente este apartado, en el que hemos analizado las peculiaridades de la vinculación de los poderes públicos a las determinaciones constitucionales (artículo 9.1), aludiendo a las características que presenta en el caso de la Administración Pública.

La vinculación de la Administración a la Constitución es inmediata, como ocurre con el resto de los poderes públicos, en relación con las normas de aplicación directa. Pero su posición jurídica aparece, además, enmarcada por dos principios generales: la reserva de ley y el

#### 258.

*El sometimiento de los jueces al imperio de la ley.*

#### 259.

*La vinculación de la Administración a la Constitución.*

**260.**  
*Las normas  
 integrantes de la  
 legalidad.*

principio de legalidad. La primera confía precisamente a la ley los pronunciamientos regulatorios primarios o esenciales respecto de innumerables materias. El poder ejecutivo está excluido de intervenciones de tal carácter. Si acaso, en las materias reservadas a la ley, podrá contribuir a la complementación y desarrollo de las regulaciones en la medida en que la ley le habilite para hacerlo. El principio de legalidad, por su parte, tiene en el constitucionalismo vigente una estructura muy compleja, ya que implica no solo el sometimiento de la Administración a las determinaciones de la Constitución y de la ley formal, sino también a otras normas generadas en ordenamientos externos (el internacional o el comunitario europeo), en ordenamientos infraconstitucionales (el autonómico o el local) y asimismo a los principios generales que, positivizados o no, forman parte integrante del ordenamiento jurídico. Al lado de todo este complejo mundo de la legalidad, se sitúa la jurisprudencia cuyo papel para la determinación del Derecho, la seguridad y certeza de las reglas jurídicas aplicables a las situaciones controvertidas, es creciente y decisivo. El artículo 103.1 de la Constitución se acoge perfectamente a esta concepción amplia de la legalidad cuando proclama el sometimiento pleno de la Administración Pública «a la ley y al Derecho». Es este acatamiento de la legalidad el que tienen que controlar los tribunales, por determinación de lo establecido en el artículo 106.1 CE.

**261.**  
*La jurisprudencia  
 forma parte de la  
 legalidad.*

## 2. TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

### A) En general

**262.**  
*Variación.*

De lo expuesto en los apartados anteriores ya se deduce la gran variedad de tipos de normas que la Constitución acoge. Esta es una característica singular de la ley fundamental que no suele aparecer en la legislación ordinaria. Al menos expresada con tanta heterogeneidad. Tan solo en los Estatutos de Autonomía, por su condición de normas de cabecera de ordenamientos secundarios, pueden encontrarse estructuras dispositivas que, en algunos extremos, tienen la misma apariencia.

**263.**  
*Obligaciones de  
 hacer, límites a los  
 poderes, cláusulas  
 generales de  
 libertad, pautas de  
 interpretación del  
 ordenamiento,  
 declaraciones de  
 derechos, derechos  
 de libertad y de  
 prestación.*

Escudriñando con cuidado el texto constitucional aparecerá a buen seguro un panorama, casi imposible de sistematizar, de tipos diferentes de normas. Desde el punto de vista de los mandatos al legislador que los preceptos constitucionales contienen, hay normas que fijan obligaciones jurídicas de hacer, otras que operan como límites a la actuación del legislativo, y otras que señalan fines o programas de actuación. Desde la perspectiva de los derechos hay normas

constitucionales que contienen cláusulas generales de libertad o fijan pautas para la interpretación del ordenamiento entero (artículo 10.1: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»); otros declaran derechos inmediatamente eficaces, autoejecutivos y protegibles por los tribunales (v. gr., artículos 17, 18, 24, etcétera); entre los derechos consagrados los hay de libertad, que preservan una esfera autónoma de actuación a los ciudadanos y les confieren las facultades necesarias para defenderlos, mientras que otros son exclusivamente de prestación, y, en fin, la mayoría de los regulados han de entenderse al mismo tiempo como derechos subjetivos y como obligaciones de actuación o de prestación para los poderes públicos (artículos 24, 27...).

Si nos atenemos a la estructura de las normas, algunas están formuladas como reglas, que describen determinadas situaciones para las que prescriben unas consecuencias jurídicas determinadas. Otras contienen principios, con enunciados muy diversos: a veces expresan valores; en ocasiones recogen pautas de aplicación de las reglas constitucionales y siempre tienen enunciados mucho menos prescriptivos.

Si consideramos la materia a la que se refieren, es posible mantener la distinción clásica entre disposiciones relativas a derechos y normas organizativas. La Constitución vigente mantiene esta dicotomía. Pero para la regulación de los derechos, más extensa y pormenorizada ahora que nunca en nuestra historia, maneja un arsenal de recursos técnicos como los ya explicados. Y para la regulación de la organización se aleja mucho de la plantilla del constitucionalismo europeo decimonónico, dedicada exclusivamente a dibujar el contenido y el equilibrio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Se comprende bien que, ante este panorama, abunden en la doctrina los ensayos de la clasificación y sistematización de los tipos de normas constitucionales. El esfuerzo y el mérito mayores son seguramente de la doctrina alemana. No diremos de ellos que han resultado completamente inútiles, pero, desde luego, son incompletos y, salvo lo que valgan a efectos académicos, poco ayudan para reconducir la heterogeneidad de las disposiciones constitucionales a categorías con regímenes uniformes, ya que, dentro de cada una de ellas, vuelven a estallar los matices resistiéndose a quedar encerrados en marcos conceptuales inadecuadamente rígidos.

**264.**

*La estructura de las normas: reglas, principios, valores.*

**265.**

*Normas sobre derechos y normas organizativas.*

**266.**

*Sobre los ensayos de clasificación de las normas constitucionales.*

**267.**

*La distinción entre derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador, principios y fines del Estado en la doctrina alemana.*

Este problema aparece en cualquier ensayo de clasificación que se maneje. Pero utilizando uno que ha tenido a la vista nuestra doctrina, el de SCHEUNER, bastará con recordarlo y describirlo para apreciar enseguida su insuficiencia. Distingue el citado autor entre derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador y principios fundamentales y fines del Estado. La regulación de los derechos fundamentales es, sin embargo, la más importante y extensa de las relativas a derechos que lleva a cabo la Constitución, pero, junto a aquellos se reconocen otros derechos y libertades con regímenes bastante diferenciados. Ya nos hemos aproximado parcialmente a este problema que hemos de retomar más adelante. Las garantías institucionales se presentan actualmente, en su mayoría, como contenidos de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, de manera que no resulta fácil tratar de agruparlas como una categoría técnica absolutamente independiente. Los mandatos al legislador, por su parte, de cuyos rasgos ya hemos dado cuenta, son, a su vez, una subcategoría de las manifestaciones que presenta la relación de la Constitución con la ley. Y los principios, en fin, en nuestra Constitución tampoco son una categoría única ya que se usa este concepto para designar instituciones que poco tienen en común, como veremos enseguida.

La clasificación de tipos de normas constitucionales vale, desde luego, como criterio general para organizar las regulaciones constitucionales en grandes bloques materiales y aproximarse mejor a conocer su contenido. Pero debe perderse toda esperanza de que sirva para agrupar instituciones con regímenes idénticos.

Con esta precaución, adscribimos nosotros las normas constitucionales a los siguientes bloques típicos.

## **B) Reglas y principios**

**268.**

*Ejemplos de normas con estructura de reglas en la CE.*

Considerando la estructura de las normas constitucionales, puede observarse que algunos preceptos están formulados como reglas y otros como principios. En materia de derechos, la prohibición de las detenciones preventivas por más de setenta y dos horas (artículo 17 CE) o la prohibición de registros domiciliarios sin autorización judicial (artículo 18.2), son reglas. En materia de organización, la estructura de las disposiciones constitucionales es la que adoptan tradicionalmente las reglas jurídicas: «El Rey es el Jefe del Estado» (artículo 56.1); «Las Cortes Generales representan al pueblo español» (artículo 66.1); «Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos legislativos» (artículo 85); «El Gobierno

dirige la política interior y exterior» (artículo 97), etc. Pero otras muchas normas constitucionales tienen la estructura propia de los principios. Así es, ordinariamente, cuando la propia Constitución llama principios a los contenidos de algunas de sus normas. Pero también cuando, sin usar dicha denominación, puede comprobarse que el contenido de la disposición constitucional no es establecer una regla, sino consagrar un valor o bien jurídico con el propósito de que sea realizado en la mayor medida posible. Las reglas presentan una estructura repetidamente coincidente: enuncian un supuesto de hecho y establecen una consecuencia jurídica. Los principios tienen contenidos menos precisos; se expresan como «mandatos de optimización» (R. ALEXY) de determinados valores, de modo que al interpretarlos y aplicarlos se dé a aquellos la mayor efectividad posible. En la Constitución hay normas autocalificadas de principios que, en verdad, no lo son por su estructura, y también otras con las características de los principios aunque no utilicen tal denominación específica. Esto último ocurre, por ejemplo, con mucha frecuencia, en materia de derechos fundamentales. Derechos como el de igualdad (artículo 14), vida (artículo 15), honor e intimidad (artículo 18) o tutela judicial efectiva (artículo 24), están regulados en clave principal.

La cuestión de diferenciar reglas y principios, que no es de por sí simple, aún se presenta más complicada por la circunstancia de que, por un lado, la Constitución utiliza el concepto principios con muy diversas significaciones; y, por otra parte, porque junto a los principios algunos preceptos recogen lo que ellos mismos denominan valores.

A los valores se refiere el artículo 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Por lo que se refiere a los principios, el precepto que los menciona de modo más general es el artículo 9.3: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Pero no es el único precepto que utiliza el término «principios». El Capítulo Tercero del Título I se titula «De los principios rectores de la política social y económica»; el artículo 103.1 se refiere a los «principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación»; el artículo 103.3 alude a los principios de «mérito y capacidad»; el 117.5 recoge el principio de unidad jurisdiccional; el 124 el principio de «unidad de actuación y dependen-

**269.**

*Ejemplos de normas con estructura de principios.*

**270.**

*La estructura de las reglas y la de los principios: diferencias.*

**271.**

*Principios y valores.*

**272.**

*Los principios en la Constitución: variantes.*

cia jerárquica» en la organización del Ministerio Fiscal; el artículo 132 los «principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad» del dominio público. Junto a estas menciones más significativas deben situarse, de acuerdo con lo ya indicado, todas aquellas normas que sin utilizar el término «principios» tienen la estructura propia de los principios y no la de las reglas jurídicas.

Ni que decir tiene, porque resulta evidente, que ni siquiera todos los significados del término principios en la Constitución pueden considerarse equivalentes.

### 273.

*Diversidad de la significación del concepto de principios.*

Nuestra doctrina ha intentado establecer una distinción, entre valores y principios, con éxito más que escaso considerando, por una parte, las dificultades de establecerla en términos teóricos y, por otra, la poquísima ayuda que el Tribunal Constitucional ha prestado para hacerla posible. J. LEGUINA ha utilizado un criterio de diferenciación, bastante asentado entre algunos filósofos del Derecho, que atribuiría a los valores constitucionales la función de establecer ideas jurídicas básicas o estructurales, y a los principios la concretización de los valores constituyéndose en instrumentos para su realización. Otras propuestas de diferenciación, como las de PECES-BARBA y PRIETO SANCHÍS, tampoco han sido secundadas suficientemente, de modo que bien se justifica el pesimismo manifestado por F. RUBIO sobre la utilidad de tal pareja de conceptos, o la conclusión de M. ATIENZA de que nada hubiera cambiado sustancialmente en la Constitución si no se hubiera utilizado el concepto de «valores». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como ya se ha señalado, empezó, en su primera época, por no apreciar ninguna diferencia entre valores y principios, a los que se atribuía por igual la función de «informar» el ordenamiento jurídico. En este sentido lo hizo inmediatamente la Sentencia 21/1981, de 7 de julio, secundada luego por las SSTC 27/1981, 103/1983, 65/1990, 66/1990, 67/1990, que sostienen una línea jurisprudencial que no ha cambiado sustancialmente. La jurisprudencia se refiere muchas veces a los valores llamándolos principios (SSTC 63/1982, 122/1983, 18/1984, 83/1984, 156/1986, 113/1994, 107/1996). Y también es frecuente, en el sentido que hemos indicado, que considere que muchas normas que regulan derechos contienen principios (como ocurre con el artículo 10 CE), o encierran «valores que se encuentran en la base» de la Constitución, como ha dicho de otros muchos preceptos constitucionales. Esta jurisprudencia, que enfatiza el lado principal o axiológico de las regulaciones de derechos, es expresión de la consideración del doble carácter que tienen los derechos fundamentales, que presentan junto a sus contenidos individualistas otros de carácter

### 274.

*Diferencias entre principios y valores, según la doctrina.*

### 275.

*Principios y valores en la jurisprudencia del TC: ¿son nociones distintas?*

objetivo. Nos referiremos a ello con más detenimiento en el apartado siguiente.

La distinción entre principios y reglas, por una parte, y principios y valores, por otra, ha sido una cuestión disputada que ha merecido mucha atención de los teóricos del Derecho en los últimos años. Algunas de las exposiciones han llegado a resultados bastante satisfactorios que la doctrina está siguiendo en general.

Particularmente, por lo que nos interesa ahora, la de R. ALEXY. En su teoría de los derechos fundamentales se incluye un enjundioso ensayo de distinción entre principios y reglas, por un lado, y de precisión de la función de los valores, por otro.

Ha de partirse de que una diferenciación formal y material de principios y normas, que aparecen tan entrelazados en el texto constitucional y en la interpretación jurisprudencial, como ya se ha visto, resulta extremadamente difícil de establecer en términos absolutos. Pero aun desde este punto de partida, ALEXY defiende que los principios son normas que prescriben que algo —un valor o un bien jurídico— debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible, considerando el entorno y las circunstancias del caso. Dado este ideal de realización máxima que siempre conllevan los principios, se califican por el autor citado como «mandatos de optimización», expresión esta con la que subraya que no resulta siempre imprescindible que el contenido del principio se aplique estrictamente y en plenitud, sino que pueden ser perfectamente válidos diferentes grados de cumplimiento. Es posible, por tanto, una realización parcial, posibilidad que no se da, sin embargo, en las normas calificadas como reglas; en este caso, se opera según la técnica de la subsunción que determina que, si se da el supuesto de hecho previsto en la norma, ha de extraerse inmediatamente la consecuencia jurídica correspondiente. La diferente flexibilidad con que puede procederse a la aplicación de principios y reglas se manifiesta especialmente cuando dos reglas colisionan entre sí. Se aplicará en tal caso una en perjuicio de la otra, considerándose normalmente inválida la norma desplazada. Las colisiones entre principios, sin embargo, se resuelven de un modo menos radical. En este caso es posible que uno de los principios tenga aplicación preferente sobre otro, pero tal inclinación no determinará que el principio desplazado sea inválido. De lo que se concluye que no hay principios que tengan una prevalencia absoluta sobre otros. El criterio técnico para interpretarlos y aplicarlos no es el de la subsunción, propio de las reglas, sino el de la ponderación que servirá para decidir, atendidas

**276.**

*Los principios como mandatos de optimización: ALEXY.*

**277.**

*La diferente flexibilidad en la aplicación de reglas y principios.*

**278.**

*Colisiones entre principios.*



las circunstancias del caso, cuál de los principios de utilización posible debe ser aplicado.

**279.**

*Ponderación, utilización de los valores.*

Para que esta elección entre varios principios posibles no se convierta en un ejercicio completamente subjetivo, puede entrar en juego la técnica de los valores, como propone ALEXY. Perteneciendo los valores al terreno de lo axiológico, se podrán encontrar en ellos criterios para establecer qué es «lo mejor». Y una vez hallado lo mejor, se podrá aplicar el principio correspondiente para transformar lo que es un valor puramente axiológico en una regla de conducta; es decir, para convertir «lo mejor» en «lo debido».

**280.**

*Límites de la técnica de la ponderación.*

Esta clase de ponderaciones suelen suponer la apertura de la interpretación constitucional a debates de orden moral, externos a la Constitución. Pero esa circunstancia no debe ser negada porque es una consecuencia inevitable del recurso a la técnica de los principios. Como los principios son mandatos de optimización de determinados valores, al interpretarlos hay que dar la máxima efectividad al valor de que son portadores, para lo cual tendrán que usarse las ideas dominantes acerca de lo que tal valor significa. Los únicos límites obvios a tales operaciones interpretativas son los que imponen favorecer la democracia, la libertad y el pluralismo, el respeto al texto interpretado, el contexto jurídico en el que la situación se produce y el marco constitucional en el que la norma interpretada se inserta. En todo caso, dada la manifiesta ambigüedad de alguno de estos criterios, es imprescindible el recurso a las soluciones que la jurisprudencia va estableciendo en cada caso concreto, hasta fijar líneas de interpretación estables que tengan que ser seguidas por todos los órganos jurisdiccionales y por los operadores jurídicos en general. El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, que proclama el artículo 5 LOPJ, y la incorporación de las interpretaciones sobre el alcance de determinados principios procedentes de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicada a partir del artículo 10 CE, son decisivos.

**281.**

*Los criterios que han de utilizarse para la ponderación: el caso concreto; las mejores soluciones para la realización del valor; el valor más digno de protección; no establecer prioridades absolutas.*

No obstante todo lo anterior, es posible aproximarse algo más a las reglas que tienen que utilizarse para aplicar la ponderación. Lo que se trata de determinar es el máximo de efectividad que puede darse en un caso concreto al valor que cada principio representa. Desde este marco general, son diferentes las situaciones que pueden presentarse cuando se produce una colisión entre valores o en los supuestos en que, por el contrario, el valor que ha de optimizarse no tiene oposición alguna. En este último supuesto habrá de darse la efectividad máxima al valor. En cambio, cuando sea preciso ponderar entre distintos valo-

res en presencia, podrán utilizarse hasta, al menos, tres criterios para objetivar al máximo la operación: en primer lugar, tener en cuenta singularmente las características del caso concreto, y aplicar entre las soluciones posibles las que resulten más sencillas y faciliten más, por tanto, la realización del valor; en segundo lugar, es necesario identificar el valor más digno de protección, prefiriendo, en caso de que alguno de ellos tenga que ser parcialmente sacrificado, el que ponga en juego aspectos más próximos a su significación esencial; y, en tercer lugar, no dar nunca prioridad absoluta a un valor sobre otro, resolviendo sobre la aplicación mayor o menor de uno u otro, pero no estableciendo alternativas excluyentes.

Pese a todo, las dificultades para el manejo seguro de la ponderación en base a valores son ingentes. La primera de todas ellas es la identificación exacta y delimitación de valores que han de realizarse al aplicar los principios que la Constitución consagra. Los que proclama su artículo 1.1 tal vez sean los más importantes, pero, desde luego, no son los únicos. Ya se ha visto que el Tribunal Constitucional ha dicho repetidamente que muchos principios actúan como valores. Y (lo que es más seguro aún y desarrollaremos en el apartado siguiente) muchos preceptos constitucionales relativos a derechos y libertades fundamentales presentan una vertiente objetiva (además de consagrar derechos de carácter individual) que agrupa, entre otros elementos, criterios axiológicos que tienen que ser respetados en cualquier ejercicio del derecho y, sobre todo, en las intervenciones de los poderes públicos que le afecten. La identificación y delimitación de estos valores no es tan fácil como cuando aparecen expresamente formulados.

Esta apelación constitucional a los valores y principios como estructurantes del ordenamiento y criterios para determinar el alcance y la interpretación de las regulaciones constitucionales, supone, sin duda, una seria quiebra del positivismo jurídico. Significa, nada menos, que la constatación de que la legalidad constitucional no se compone solo de declaraciones y normaciones expresas, sino de otros mandatos y valores que no siempre aparecen concretamente identificados, o, al menos, no han sido delimitados exactamente con la técnica tradicional de las reglas jurídicas. La integración de todas estas piezas del ordenamiento constitucional tiene que ser hecha por un «juez Hércules» (R. DWORKIN), capaz de hacer el esfuerzo de identificar todos los componentes jurídicos que deben intervenir en la solución justa.

Nos remitimos ahora a lo expuesto en el volumen II de este Tratado sobre la repercusión de todo ello en un cambio radical de la posición de la Justicia en los sistemas constitucionales del continente

**282.**

*La determinación de los valores. Principios que actúan como valores.*

**283.**

*La ruptura con el positivismo. La apelación a normas de variada estructura y origen: el juez Hércules.*

**284.**

La nueva posición de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico.

europeo, ya que su contribución a la determinación del Derecho es básica. Y también hemos de reenviar al lugar indicado para cuanto concierne al análisis de las consecuencias de dicho cambio de posición, en lo que respecta a la ordenación técnica de la jurisprudencia, exigiendo la máxima previsibilidad y estabilidad de las decisiones judiciales. Dado que el sistema de principios y valores les otorga un gran protagonismo en la concreción de las reglas de Derecho, es imprescindible que las resoluciones judiciales se establezcan y ganen firmeza en el marco de un sistema de precedentes que, hasta ahora, no se utilizaba entre nosotros.

**285.**

La ponderación de valores y su jerarquización en la doctrina alemana.

La jurisprudencia comparada ha empleado con cierta asiduidad el criterio de la ponderación de valores, que ha acabado conduciendo, cuando se ha aplicado en materia de derechos, a una cierta jerarquización entre ellos. La del Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, ha sido explicada por la doctrina en el sentido de establecer una jerarquización que situaría, en primer lugar, la dignidad humana y luego los derechos de libertad e igualdad (DÜRIG). En la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, la ponderación es un método reiteradamente utilizado. La idea y la práctica del *balancing test* surgió al hilo de la interpretación de la Primera Enmienda, sobre todo en relación con la libertad de expresión, y luego se ha convertido en una técnica común de interpretación constitucional. Una de sus consecuencias es el reconocimiento de una posición preferente (*preferred position*) de libertades como las de prensa, reunión, asociación y religión. La construcción de este test fue obra principal del Tribunal Supremo en las épocas de las presidencias de WARREN y de BURGER, aunque el reconocimiento de posición preferente de algunas libertades viene del voto disidente del juez HOLMES en *Hitlow v. New York*, de 1925, en relación con la libertad de expresión, y en la exposición de BRANDEIS en la Sentencia *Withney v. California*, de 1927, y se afirmará definitivamente en la famosa nota al pie número 4 de la Sentencia *United States v. Caroline Products Co.*, de 1938, en la que el Tribunal sostuvo que «la normal presunción de constitucionalidad cede ante la preferencia en nuestro sistema de las grandes e indispensables libertades garantizadas por la I Enmienda».

**286.**

La posición preferente de algunas libertades en la jurisprudencia del TS norteamericano.

Hasta entonces el Tribunal Supremo había utilizado para determinar la inconstitucionalidad de las leyes la regla denominada de la equivocación clara (*rule of clear mistake*), en un marco en el que se tendía a presumir la constitucionalidad de las normas, ya que los miembros del Tribunal Supremo habían sido tradicionalmente defensores del *self restraint* en este tipo de juicios. Pero a partir del reconocimiento de la

**287.**

La regla de la equivocación clara y la autorrestricción de la jurisprudencia.

doctrina de la *preferred position*, se sumó este test al viejo de la equivocación clara. Los Tribunales *Warren* y *Burger* harían amplio uso de la misma, desarrollando otros tests subordinados, como el de la *new equal protection*, o el del *substantive due process*, que permitirían alumbrar toda la decisiva jurisprudencia en materia de no discriminación (de la Sentencia *Brown v. Board of Education*, de 1954, a *Swan v. Charlotte-Mecklenburg*, de 1971, o *Regent of the University of California v. Bakke*, de 1978).

### C) Derechos y garantías

La consagración de los derechos de los ciudadanos en la Constitución no es ninguna experiencia nueva, como ya nos consta. Que la Constitución regule los derechos individuales es justamente lo que más sirve para caracterizarla como norma, según explicó el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789.

Es nuevo, sin embargo, en las Constituciones vigentes, y desde luego en la nuestra de 1978, el haber limitado la disponibilidad de la ley sobre los derechos. En todas las Constituciones liberales, que siguen en esto la pauta de la citada Declaración de 1789, los derechos son enunciados generales cuyo contenido debe ser definido por la ley. No es que la ley pueda negar todos los derechos, porque su reconocimiento en el texto constitucional permite, sobre todo en el caso de las llamadas libertades civiles, su ejercicio inmediato, pero, desde luego, sí tiene amplias posibilidades de regulación para delimitar, directa e indirectamente, las facultades que el derecho comprende.

La disponibilidad de los derechos para el legislador era, en último término, máxima, considerando que en aquellas Constituciones históricas no existía ningún sistema de control de las leyes materialmente inconstitucionales y tampoco se establecieron, en la mayoría de ellas, procedimientos de reforma que diesen rigidez a lo establecido en materia de derechos frente a cualquier modificación intentada por el legislador ordinario.

El dominio absoluto del legislador sobre los derechos proclamados en la Constitución se ha mantenido, por las razones anteriores, hasta la Constitución de 1978, sin más excepciones que los dos breves paréntesis marcados por las Constituciones de 1869 y 1931. En la primera porque llegó a establecerse la categoría de los *derechos ilegislables* (artículo 22), siguiendo un criterio de proscripción de intervenciones legislativas que procede del constitucionalismo americano,

#### 288.

*La limitación constitucional de la disponibilidad del legislador sobre los derechos.*

#### 289.

*Los derechos ilegislables.*

expresado en la I Enmienda («*Congress shall make no law respecting...*»), y que tomaron a préstamo directamente nuestros constituyentes, como estudió J. OLTRA. La Constitución de 1931 porque estableció un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y de protección de los derechos que restringió, el tiempo que duró, la libertad del legislador para regular e intervenir en materia de derechos fundamentales.

La justicia constitucional, que empieza a operar en los países centroeuropeos al término de la I Guerra Mundial, tomando experiencias que proceden de los últimos lustros del siglo XIX, no podía constituir, sin embargo, una panacea absoluta para proteger los derechos frente al legislador. Sin duda podrán corregirse sus ataques aberrantes contra la Constitución, cuando pretenda modificarla o desconocer sus declaraciones. Pero la existencia de una justicia constitucional no reduce, por su sola presencia, la enorme libertad de configuración de los derechos e instituciones constitucionales con que el legislador actúa.

Este problema lo había observado y debatido la doctrina de la época de Weimar (ANSCHÜTZ, THOMA, WOLFF), pero es C. SCHMITT quien desarrollará una teoría elaborada pensando en restringir la libertad dispositiva del legislador cuando sus normas regulan determinadas instituciones. Es la doctrina de la garantía institucional que expone por primera vez en 1928 y desarrollará luego en diversos estudios.

La doctrina de la garantía institucional no se orientó, sin embargo, en su formulación original, a la defensa frente a la ley de los derechos fundamentales, que SCHMITT consideraba incluso anteriores a la Constitución e indisponibles para el legislador. Se trata, en efecto, con la técnica de la garantía institucional, de reconocer que la Constitución dispensa una protección especial a determinadas instituciones con «el fin de hacer imposible su supresión por la legislación ordinaria». Esta garantía hace resistente el núcleo de la institución protegida a la inmisión del legislador, excluyendo la constitucionalidad de cualquier norma que dificulte la pervivencia de la institución o la regule de tal manera que la haga irreconocible o la transforme sustancialmente.

Las normas que regulan los derechos fundamentales en las Constituciones vigentes han recogido toda esa herencia técnica y ponen, por tanto, límites a la disponibilidad del legislador sobre aquellos derechos y establecen garantías para el caso de que no sean respetados.

Lo que resulta visible, sin embargo, en la configuración actual de los derechos fundamentales, es que las distancias entre estos y las garan-

### 290.

*La emergencia de la doctrina de la garantía institucional.*

### 291.

*Protección de instituciones para «hacer imposible su supresión por la legislación».*

tías institucionales se han acertado mucho, hasta el punto de que estas suelen considerarse como elementos integrantes de la estructura de cualquier derecho fundamental.

Tal aproximación se ha debido a la apreciación (la doctrina alemana es la que más ha insistido en ella: HÄBERLE, DÜRIG, SCHOLZ, STERN) de que todos los derechos consagrados constitucionalmente tienen una vertiente subjetiva y otra objetiva. Desde el punto de vista subjetivo confieren a los ciudadanos facultades de actuación y derechos de defensa. Desde la perspectiva objetiva la regulación constitucional de los derechos irradia muchas consecuencias: determina la necesidad de que existan ámbitos en los que los derechos subjetivos puedan ejercerse; contienen mandatos al legislador; consagran valores que orientan sus decisiones; imponen prestaciones a favor de los poderes públicos; en ocasiones implantan garantías a favor de determinadas instituciones sin cuya existencia no podría el derecho ejercerse (v. gr., libertad de cátedra como derecho, y autonomía universitaria como institución enmarcada en la vertiente objetiva del derecho: artículo 27.10 CE).

Esta perspectiva objetiva de los derechos constitucionalmente consagrados, que es aparentemente más visible en el caso de los derechos sociales, que siempre demandan una actividad prestacional de los poderes públicos, es lo mismo de evidente en la mayoría de los derechos de libertad, para cuyo ejercicio la doctrina tradicional no creía precisos otros instrumentos que la atribución a su titular de derechos de defensa frente a las posibles violaciones en que incurrieran los poderes públicos. Si se examinan con más atención los condicionamientos a que está sometido el ejercicio de los aludidos derechos, se comprobará, por ejemplo, que el derecho de libertad personal, que proclama el artículo 17 de la Constitución, no queda garantizado con solo reconocer a los ciudadanos un poder de reacción frente a cualquier agresión ilegítima, sino que es preciso también que el legislador arbitre procedimientos para que pueda ejercerse aquella defensa, como es, en el caso específico, el procedimiento de hábeas corpus previsto en el artículo 17.4 CE. La inviolabilidad de domicilio tampoco se configura constitucionalmente con un perfil exclusivamente subjetivo, sino que también reclama del legislador los medios adecuados para reaccionar contra su violación, articulando incluso la autorización del juez, prevista en el artículo 18 CE, para legitimar cualquier intervención. La libertad de enseñanza, tan esencial en el Estado social y democrático, sería imposible de practicar, por más énfasis que ponga el artículo 27 CE en proclamarla, si no existen instituciones donde ejercerla. Los básicos derechos procesales que consagra el artículo 24 CE

**292.**

*Aproximación entre derechos y garantías.*

**293.**

*Las vertientes subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales.*

**294.**

*El contenido y los efectos de la vertiente objetiva de los derechos.*

precisan que el legislador regule los procedimientos adecuados, provea las estructuras y determine las instituciones donde han de ejercerse, etc.

**295.**

*La vertiente objetiva aparece con la misma intensidad en los derechos individuales y en los de prestación.*

La vertiente objetiva de los derechos fundamentales aparece, pues, con la misma intensidad en derechos que se habían considerado tradicionalmente como derechos individuales, estructurados sobre la base de reconocer a los ciudadanos una esfera de libre actuación protegida por facultades de defensa que la propia Constitución considera parte esencial de los mismos. Esta clase de observaciones han fijado mucho la atención de la doctrina alemana de las últimas décadas, convencida, como ha dicho STERN, de que los contenidos no subjetivos de los derechos fundamentales constituyen el problema dogmático, relativo a los mismos, más necesitado de precisiones.

**296.**

*Las proyecciones objetivas de los derechos subjetivos: manifestaciones típicas.*

Acotando el campo de análisis al delimitado por las libertades de arte, ciencia, investigación y enseñanza, que reconoce el artículo 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn, SCHOLZ ha mostrado la gran proyección objetiva que, sin duda, se suma a su condición de derechos subjetivos individuales. Según SCHOLZ, las libertades citadas contienen: a) un derecho individual de defensa que protege, por ejemplo, la libertad de creación de cualquier artista; b) una garantía jurídica objetiva de la libertad del arte como ámbito vital en el que se desarrolla la libertad individual; c) una decisión axiológica a favor del arte, la ciencia y demás ámbitos que obliga a los poderes públicos a fomentarlos y protegerlos; d) en el caso de la enseñanza se añade una garantía institucional para algunas de sus proyecciones, destinada a proteger organizaciones como la universidad y su autogobierno.

**297.**

*Efecto de irradiación e interpretación; fijación de obligaciones y prestaciones a cargo del Estado; consecuencias de organización y procedimentales; derechos subjetivos.*

Los contenidos objetivos de los derechos fundamentales también los ha expresado STERN reconociendo: a) un efecto de irradiación de los derechos sobre todo el ordenamiento jurídico, que ha de ser integrado, interpretado y aplicado teniéndolos primordialmente presentes; b) fijación de obligaciones de protección y prestación a cargo del Estado; c) consecuencias de organización y procedimiento para hacerlos efectivos y garantizarlos; d) consecuencias jurídico-subjetivas entre las cuales el derecho a obtener subvenciones y otras clases de prestaciones y ayudas de los poderes públicos.

La técnica de las garantías institucionales, aparecida, como hemos dicho, en el período constitucional weimariano para limitar la libertad de decisión del legislador en relación con determinadas organizaciones básicas que la Constitución enuncia y protege, ha ganado nuevas proyecciones, a partir de medio siglo después, cuando la doctrina des-

cubrió que la versión objetiva de los derechos fundamentales presenta una variada estructura de obligaciones para los poderes públicos, de las que suelen formar parte también las garantías institucionales que protegen el desarrollo del derecho y sirven para fijar condiciones generales en las que el derecho puede ser ejercido. Esta vertiente institucional del derecho preocupa más a los legisladores de las últimas décadas que su proyección estrictamente individual. Por ejemplo, es notorio que las regulaciones del derecho de propiedad se dirige más a delimitar el ámbito en el que cada tipo de propiedad puede desenvolverse (por razones urbanísticas, medioambientales, agrícolas, etcétera) que a regular específicamente las facultades individuales de los propietarios. El legislador, cuando regula la propiedad, tiene más en cuenta su aspecto objetivo e institucional, que opera como un límite de su libertad dispositiva, que del aspecto subjetivo prácticamente reducido a la consideración de los supuestos en que el propietario puede ver reducidas sus facultades o ser legítimamente privado de ellas. De esta manera se corre el riesgo, denunciado también por la doctrina (HERZOG, DÜRIG), de sacrificar la perspectiva individualista de los derechos en beneficio de su proyección objetiva.

Retengamos ahora, sobre todo, que esta aplicación doble de la técnica de las garantías institucionales para proteger, por una parte, organizaciones que, como la autonomía local [artículo 137.c) CE], la autonomía universitaria (artículo 27.10 CE) o la independencia judicial (artículo 117), no se configuran inicialmente como derechos fundamentales, y también como componentes no subjetivos de los derechos fundamentales, ha terminado por provocar algunas confusiones serias a la doctrina. También ha permitido poner en cuestión la utilidad de seguir aceptando expansiones de la aplicación de la técnica de la garantía institucional.

Antes de exponer estas últimas orientaciones doctrinales será oportuno recordar la inmediata acogida y el fulgurante éxito que la dogmática de la garantía institucional ha tenido en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Aunque las primeras alusiones a las garantías institucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son las contenidas en la Sentencia de 13 de febrero de 1981, es la Sentencia de 28 de julio del mismo año la que primero estableció un concepto de garantía institucional, muy utilizado y repetido ulteriormente: «Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normalmente organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las

**298.**

*La vertiente institucional de los derechos y la función del legislador.*

**299.**

*¿Crisis de la técnica de la garantía institucional?*

**300.**

*Aplicaciones de la técnica de las garantías institucionales en la jurisprudencia constitucional.*



instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en estas la configuración constitucional concreta se difiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar».

Esta concepción de la garantía institucional se aplicó a la autonomía de las corporaciones locales, protegida en la Constitución como una institución fundamental, a los efectos de determinar la compatibilidad con la misma de la legislación de régimen local, en la medida en la que preveía intervenciones y tutelas sobre la organización y actividad de las corporaciones locales, atribuidas aquellas a determinados órganos de la Administración del Estado. A falta de una regulación constitucional directa, y más o menos pormenorizada, de los contenidos de la autonomía local, su protección con una garantía institucional implica que al regularla el legislador ordinario no puede desconocer sus elementos componentes esenciales.

No entraremos ahora en las valoraciones del Tribunal a tal propósito. Bastará recordar que consideró aquellas intervenciones y tutelas, en su mayoría, incompatibles con la garantía institucional de la autonomía local, test que ha repetido luego en otras sentencias importantes sobre el mismo asunto como las de 27 de febrero de 1987, 22 de diciembre de 1988, 4 de julio de 1991, entre otras muchas.

La aplicación más temprana de la técnica de la garantía institucional fue la que llevó a cabo la Sentencia de 13 de febrero de 1981, en relación con determinados aspectos de la libertad de enseñanza y de creación de centros que regula el artículo 27 de la Constitución. En esta Sentencia aparece también la distinción entre los aspectos subjetivos y objetivos de los derechos fundamentales. Entre estos últimos, como hemos señalado ya, pueden integrarse como elementos estructurales las garantías institucionales del Derecho. En el marco de los derechos relacionados con la enseñanza ha sido donde el Tribunal ha puesto especial énfasis en declarar la perfecta compatibilidad entre derechos fundamentales y garantías institucionales. En la Sentencia de 27 de febrero de 1987 el Tribunal Constitucional dice que «derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles, o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constitu-

### 301.

*Los componentes esenciales de las instituciones, que permiten su reconocimiento.*

### 302.

*Aspectos subjetivos y objetivos de los derechos en la jurisprudencia.*

yen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como, por ejemplo, la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales».

Esta doble consideración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos y garantías institucionales ha tenido muy amplias proyecciones en la jurisprudencia constitucional relativa a la interpretación del artículo 20, especialmente en relación con la libertad de expresión y de información, que son derechos individuales con los que el Tribunal Constitucional considera vinculada la garantía de la opinión pública libre. La Sentencia de 31 de marzo de 1982 indicó que el derecho recogido en el artículo 20.1 CE es, «ante todo, un derecho de libertad», pero hay que tener en cuenta que también «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático». Esta idea, expresada reiteradamente en otras sentencias, se resume de nuevo en la Sentencia 104/1986, afirmando que «no debe olvidarse que el artículo 20 CE, además de los derechos subjetivos de expresión e información, garantiza el derecho de todos a recibir información, y tiene una dimensión de garantía de una institución fundamental cual es la opinión pública libre que trasciende a lo que es común y propio de otros derechos fundamentales».

El doble carácter de los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos y garantías de un determinado ámbito de libertad que irradian consecuencias sobre todo el ordenamiento jurídico y proyectan obligaciones sobre los poderes públicos, ha sido reiteradamente expresado por la jurisprudencia constitucional desde la Sentencia de 14 de julio de 1981, que, al estudiar el caso sometido a su consideración, se refirió al «doble carácter que tienen los derechos fundamentales» del siguiente modo: «en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, pero al mismo tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho, y más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)». Tal vez, sin embargo, la explicación más depurada del «doble carácter» de los derechos fundamentales es la que se contiene en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de

**303.**

*Los derechos fundamentales como derechos subjetivos y garantías institucionales en la jurisprudencia del TC: el ejemplo del artículo 20 CE.*

**304.**

*El «doble carácter» de los derechos en otras SSTC.*

abril de 1985. Dice al respecto (aunque con algunos votos particulares, uno de ellos especialmente severo de RUBIO LLORENTE) que «los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de este (*vid.* al respecto artículos 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 CE), pero además los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del ordenamiento objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización política y jurídica; son, en fin, como dice el artículo 10 CE, “el fundamento del orden jurídico y de la paz social”. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente..., se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano».

### 305.

*La polémica doctrinal actual sobre la utilidad de la técnica de las garantías institucionales.*

La presencia de garantías institucionales en la regulación constitucional de los derechos fundamentales ha planteado a la doctrina, como antes advertíamos, algunos problemas que no tienen fácil solución porque más que cuestiones de interpretación constitucional (que, en punto a reconocer el «doble carácter» de los derechos fundamentales, es pacífica) suscitan la razonable duda de si merece la pena seguir utilizando la categoría de las garantías institucionales en este entorno específico de la protección de los derechos fundamentales, o es innecesaria esta proyección.

Las opiniones en este punto son extremas. Un sector muy cualificado de la doctrina alemana (es, por ejemplo, la posición que aparece en diferentes contribuciones al *Grundgesetz-Kommentar*, de MAUNZ y otros, como las de DÜRIG, HERZOG o SCHOLZ) se inclina, con carácter general, a utilizar restrictivamente la garantía institucional en relación con los derechos fundamentales, entendiendo que rara vez las garantías institucionales tienen una posición relevante en su configuración; prima en la regulación constitucional de los derechos la vertiente subjetiva, y las garantías objetivas que reclaman conjuntamente su protección ya resultan, en la normalidad de los casos, de prescripciones cons-

titucionales que no se configuran con la técnica de las garantías institucionales.

Entre la doctrina española, P. CRUZ VILLALÓN consideró hace años que la función que cumplieron en la época de Weimar las garantías institucionales como técnica de protección de los derechos fundamentales, restringiendo la libertad de disposición del legislador, es la misma que en el constitucionalismo actual (artículos 19 de la Ley Fundamental de Bonn y 53.1 CE) tiene la garantía del contenido esencial, de manera que la utilidad de mantener la técnica de las garantías institucionales como uno de los componentes objetivos de los derechos fundamentales decae indudablemente.

Un intento distinto de superar la misma clase de confusión fue el que desarrolló en su momento J. M. BAÑO. Partiendo justamente del fuerte desarrollo que la doctrina y la jurisprudencia habían reconocido a la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, BAÑO propuso una unificación dogmática general de la categoría de las garantías institucionales que englobaría todas las existentes en la Constitución, tanto las referidas a instituciones u organizaciones que no se configurarían como derechos, como aquellas otras que derivan de la regulación de algunos derechos fundamentales. Esta unificación permitiría establecer una sistematización de las normas constitucionales muy simplificada, en la medida en que todo lo que no fueran normas de carácter organizativo serían garantías institucionales.

En último término, lo más importante quizá sea determinar si merece la pena seguir aplicando la dogmática de las garantías institucionales a los derechos fundamentales. Probablemente es cierto, como ha subrayado A. GALLEGO ANABITARTE, que las proyecciones objetivas de los derechos fundamentales, sobre todo en cuanto que se irradian por todo el ordenamiento e imponen obligaciones y límites a la acción del legislador, ya resultan directamente de los preceptos constitucionales que reconocen dicho aspecto objetivo de los derechos, sin que sea preciso utilizar, al menos ordinariamente, la técnica de las garantías institucionales, que no añade siempre otras consecuencias jurídicas relevantes. Esta visión de las prescripciones constitucionales postularía, por tanto, una utilización restrictiva de las garantías institucionales, para aplicarlas limitadísimo en materia de derechos y reservarlas, casi exclusivamente, para la protección de organizaciones o instituciones no reconocidas en la Constitución como derechos fundamentales.

**306.**

*Garantía institucional y garantía del contenido esencial: funciones similares.*

**307.**

*Normas de organización y garantías.*

**308.**

*Utilización restrictiva de las garantías institucionales.*

**309.***Nuestra posición.*

Realmente, la doctrina está acorde con la significación objetiva de los derechos fundamentales y las consecuencias que de ello se derivan. También la jurisprudencia. No nos parece a nosotros que la utilización de categorías nacidas en otro contexto y con otra finalidad, como es el caso de las garantías institucionales, estorbe mucho o induzca a confusión, en un marco dogmático en el que la doctrina científica se muestra tan consciente de su significación.

Concluido el análisis anterior, haremos ahora algunas consideraciones complementarias, necesariamente sucintas, sobre otras características de las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales.

**310.***Las diferentes regulaciones de los derechos en la CE.*

La Constitución utiliza diferentes conceptos para referirse a los derechos de los ciudadanos. El Título I se denomina «De los derechos y deberes fundamentales». La Sección Primera del Capítulo II del mismo Título se titula «De los derechos fundamentales y libertades públicas». La Sección 2.<sup>a</sup> vuelve a denominarse «De los derechos y deberes de los ciudadanos». Y el Capítulo III se titula «De los principios rectores de la política social y económica», entre los que se encuentran algunos derechos tan básicos como el derecho a la seguridad social (artículo 41), a la salud (artículo 43), al medio ambiente (artículo 45), a la vivienda (artículo 47), etcétera.

**311.***No todos los derechos consagrados tienen la misma eficacia.*

Desde luego, como ya hemos examinado más atrás, no todos los derechos que aparecen relacionados en la Constitución tienen la misma eficacia, ni vinculan en el mismo grado a los poderes públicos. De estas diferencias da cuenta exactamente el artículo 53, que establece las siguientes categorías: a) Todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. A las limitaciones que se imponen a la intervención del legislador, y a la exclusión de determinadas formas de legislación, nos hemos referido ya más atrás. b) Los derechos que, dentro del Capítulo Segundo, se regulan en el artículo 14 y en la Sección 1.<sup>a</sup>, son, además, objeto de protección especial por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. c) Los principios relacionados en el Capítulo Tercero informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

**312.***¿Qué derechos son fundamentales?: Delimitación.*

La Constitución no contiene criterios claros para decidir a qué derechos puede llamarse fundamentales. Sin duda son los que se proclaman y garantizan directamente por ella. Como, desde luego, es prescindible que las garantías consistan en la articulación de un procedimiento jurisdiccional preferente y sumario, también deben considerarse derechos fundamentales todos los susceptibles de ser invocados ante los jueces y tribunales y defendidos ante ellos. Ese criterio de delimitación reconduciría la categoría de los derechos fundamentales a los incluidos en el Capítulo Segundo del Título I. Quedarían excluidos del concepto, por tanto, los denominados principios rectores del Capítulo Tercero.

Pero esta delimitación debe tener en cuenta dos importantes circunstancias: primera, que existen preceptos constitucionales ubicados fuera del Título I, que también declaran, sin duda, derechos fundamentales porque tienen una estructura semejante a la de los derechos reconocidos en dicho Título. Por ejemplo, el derecho al sufragio del artículo 68, el derecho de acceso a la función pública del artículo 103.3 (que al menos sirve para completar la configuración del derecho contenida en el artículo 23.2 CE), el de acceso a los archivos y registros del artículo 105, o la acción popular en materia penal del artículo 125. Ninguno de estos derechos tiene una protección jurisdiccional reforzada, pero todos pueden ser invocados ante los tribunales aunque no siempre de la regulación constitucional de los mismos surjan derechos subjetivos perfectos. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta también la importante cláusula del artículo 10.1 de la Constitución. Proclama que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, son fundamento del orden político y de la paz social. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad no son derechos fundamentales en sentido estricto, pero, al instituirse expresamente como fundamentos del orden político y de la paz social, expresan una concepción general de las relaciones de las personas con el Estado, que da prioridad a aquellas sobre este, convirtiendo su respeto en base esencial de la convivencia democrática. Las prescripciones del artículo 10.1 son una verdadera cláusula general de libertad que preside el ordenamiento jurídico y proyecta consecuencias sobre todo él. No es posible fundar pretensiones concretas de defensa de derechos en el artículo 10, pero desde luego sus prescripciones tienen un valor interpretativo general, reconocido sin duda en la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, STC 91/2000).

A la estructura de las normas que regulan derechos fundamentales nos hemos referido ya en un apartado anterior, en el sentido de que

**313.**  
*Derechos  
fundamentales  
ubicados fuera del  
Título I CE.*

**314.**  
*La cláusula del  
artículo 10.1 CE: la  
dignidad de la  
persona.*

**315.**  
*El artículo 10.1  
como cláusula  
general de libertad.*

muchas de ellas se configuran más como principios que como reglas. También están explicadas las relaciones de estas regulaciones constitucionales con el legislador y los demás poderes públicos. Añadiremos a este último propósito que la jurisprudencia constitucional, aun admitiendo que todos los derechos tienen límites inmanentes, que ningún derecho es ilimitado (por todas, SSTC 28/1999, 201/1999), exige que las restricciones que el legislador acuerde persigan siempre la salvaguardia de intereses generales que sean reconducibles a un bien o valor jurídico constitucionalmente garantizado.

Otro aspecto vinculado al contenido normativo de las disposiciones sobre derechos fundamentales es el de su eficacia entre particulares. Aunque el Tribunal Constitucional ha aceptado desde el primer momento la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en algunos supuestos en los que la vulneración de los mismos no procede de un sujeto público, ni es debida a una decisión legislativa (como ocurre en el ámbito de las relaciones laborales —SSTC 1/1998, 140/1999, 224/1999, 153/2000, etc.— o de las relaciones internas en el marco de asociaciones o corporaciones —SSTC 218/1988, 56/1995, 104/1999—), con carácter general la doctrina y la jurisprudencia tienden a negar dicho efecto horizontal. Los apoyos de la posición negativa están en lo establecido en el artículo 41.2 LOTC, que no reconoce la posibilidad de plantear el recurso de amparo contra actuaciones de particulares, y también en la concepción tradicional de los derechos fundamentales como facultades de actuación o posiciones jurídicas protegidas frente a la acción de los poderes públicos.

De cualquier manera, las mayores diferencias entre los preceptos constitucionales relativos a derechos se han cifrado tradicionalmente tomando como referencia la posición que se atribuye a la ley en relación con cada uno de ellos. Esta perspectiva ha servido para distinguir los derechos civiles y políticos de los derechos de prestación. En la Constitución vigente estos últimos estarían confinados en los artículos 39 a 52, y reclamarían en todos los casos una acción positiva del legislador para configurarlos como verdaderos derechos subjetivos exigibles. En cambio, tal necesidad no se produciría en relación con los derechos consagrados en el Capítulo II, artículos 15 a 38.

Aunque la distinción pueda mantenerse con carácter general, deberá tenerse en cuenta lo que hemos indicado más atrás sobre las consecuencias objetivas de las declaraciones de derechos, y las obligaciones que derivan para el legislador para facilitar su disfrute. Esta proyección objetiva de los derechos ha permitido afirmar a la doctrina que la concurrencia del legislador es, en relación con determinados

### 316.

*La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales.*

### 317.

*Intervención del legislador en los derechos civiles y los de prestación.*

derechos civiles, tan necesaria como puede serlo para el ejercicio de los derechos de prestación. No hay muchos derechos de los denominados civiles que no requieran, a su vez, una actividad prestacional de los poderes públicos. Recuérdense los ejemplos del derecho al proceso (artículo 24 CE) o a la educación (artículo 27), para constatarlo.

#### D) Normas de organización de los poderes y reglas sobre competencias, reenvíos y desconstitucionalización

La parte organizativa es la más extensa de la Constitución.

De las normas organizativas de la Constitución, aun incluso de las de las Constituciones liberales del siglo XIX, la doctrina no ha dudado nunca que sean inmediatamente eficaces. Tampoco cabe poner en discusión la aplicabilidad directa de la mayor parte de las reglas organizativas que la Constitución vigente enuncia a partir del artículo 56. Pero será necesario hacer algunas observaciones relevantes que matizan seriamente esta afirmación general.

Las normas organizativas de la Constitución pueden dividirse en tres bloques. El primero, mucho más extenso que los otros dos, se refiere a la organización de los poderes del Estado. Sin perjuicio de las novedades que en este punto aporta una Constitución tan moderna como la española, que ha podido beneficiarse de la experiencia de la aplicación de las Constituciones europeas aprobadas después de la II Guerra Mundial, sus contenidos no son muy distintos de las primeras Constituciones decimonónicas: se refieren a la Corona, en primer lugar, y regulan ulteriormente la organización y competencias de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

El segundo bloque de disposiciones organizativas se refiere a la organización territorial del Estado. Comienza en el artículo 137 y, por una parte, alude en tres breves preceptos (140 a 142 inclusive) a la Administración local, y en poco más de una docena al régimen de las Comunidades Autónomas. La estructura dispositiva de estas reglas es completamente distinta de las agrupadas en el bloque anterior, sobre todo porque su contenido consiste en un reenvío a una norma ulterior (las leyes reguladoras del régimen local, en el primer caso, y los Estatutos de Autonomía, en el segundo) para que definan la organización, las competencias y el régimen jurídico de las indicadas instituciones territoriales. Dado este reenvío general, nuestra Constitución ofrece la notabilísima peculiaridad de no definir de modo completo la organización del Estado y ni siquiera establecer pautas absolutas a seguir

#### 318.

*La aplicación directa de las normas constitucionales de carácter organizativo.*

#### 319.

*Clasificación de las normas constitucionales sobre organización.*

#### 320.

*Normas sobre organización territorial del Estado: características.*

#### 321.

*Las carencias de la definición constitucional de la organización territorial del Estado.*



por las disposiciones a las que se remite, a las que se deja opción para decidir entre diversas soluciones posibles, como enseguida se verá. Por razón de esta singularidad, algún autor ha visto en la peculiaridad de esta clase de disposiciones organizativas sobre la estructura territorial del Estado, una verdadera desconstitucionalización (P. CRUZ VILLALÓN).

El tercer bloque de disposiciones organizativas es el más estrecho de los tres, aunque no el menos relevante. Está enunciado en un solo precepto incluido en el Capítulo Tercero del Título III de la Constitución relativo a los «Tratados internacionales». Se trata del artículo 93 que permite la celebración de tratados «por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». De la activación de esta posibilidad, tal y como el Estado español hizo en 1985, resulta la inmediata incorporación del Estado a una organización supranacional dotada de un ordenamiento jurídico propio, formado atendiendo a reglas de competencia y procedimiento absolutamente autónomas, servido por instituciones propias completamente diferenciadas de las del Estado. Esta organización peculiar, que es la de la Unión Europea, tiene relevancia constitucional para los Estados miembros en la medida en que sus decisiones tienen eficacia inmediata en todo el territorio de aquella y sus normas prevalecen, en caso de conflicto, sobre las propias del Derecho interno.

En punto a la referencia a las consecuencias constitucionales de nuestra integración en una organización supranacional de tanta relevancia jurídica, política y económica, como la europea, el texto de la Constitución de 1978 no ha podido ser más parco, conformándose también con un reenvío que, en principio, parece desconstitucionalizar completamente la materia aceptando su regulación por normas infraconstitucionales.

Nos enfrentaremos un poco más adelante con la significación jurídica del proceso de integración comunitario europeo, y valoraremos en particular si las normas primarias del Derecho comunitario tienen también valor constitucional y no son el resultado de una desconstitucionalización, sino de un modo diferente de desarrollar el poder constituyente originario.

Dejamos, por tanto, para más adelante el indicado análisis del bloque de reglas constitucionales relativas a la integración europea, analizando ahora tan solo los rasgos generales de los otros dos.

### 322.

*La remisión constitucional a organizaciones supranacionales.*

### 323.

*La asunción constitucional de la organización comunitaria europea.*

Las normas relativas a la organización del Estado, contenidas en la Constitución, son, como ya se ha dicho, las que más se parecen a las regulaciones organizativas de las Constituciones tradicionales. Además de tratar de la Corona (Título II), ordenada según los criterios de la monarquía parlamentaria, la mayor parte de los preceptos se refieren a la organización y funciones de los tres poderes tradicionales del Estado. En ninguna parte de la Constitución se proclama el principio de separación de poderes, pero es claro que se asume en términos generales atribuyendo a cada uno de aquellos la función específica de legislar (artículo 66.2), de ejecutar lo legislado (artículo 97) y de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3).

El legislativo recibe la denominación de «Cortes Generales», a cuya estructura en dos Cámaras dedica la Constitución los artículos 66 a 80. En ellos se establecen las reglas fundamentales para la elección de los diputados y senadores, remitida en cuanto a su pormenor a una ley electoral, a la que se confía el desarrollo de todas las reglas concernientes al ejercicio del derecho de sufragio, la celebración de las elecciones y la designación de los representantes.

Por su parte, el complemento de lo que establecen los artículos 71 y siguientes en materia de organización y funcionamiento de las Cámaras, son los reglamentos de cada una de ellas aprobados en su seno por mayoría absoluta.

La función primordial de las Cortes Generales, que es la aprobación de las leyes, es tratada también directamente en la Constitución. Aunque los artículos 81 a 92 contienen las reglas fundamentales sobre la formación de las normas con rango de ley, no son menos relevantes que estos preceptos aquellos otros de la Constitución en los que esta establece la disciplina de las relaciones entre normas. Muy especialmente lo que concierne al régimen de los tratados internacionales y su sometimiento a la Constitución, en los artículos 95 y 96; la significación y funciones de los Estatutos de Autonomía (en el artículo 147); las competencias estatales en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan (artículo 149.1.8.<sup>ª</sup>); la competencia del Estado en materia de legislación mercantil, penal y penitenciaria, procesal, laboral, y legislación administrativa básica (artículo 149.1.6.<sup>ª</sup>, 7.<sup>ª</sup>, 18.<sup>ª</sup>); el establecimiento del principio de prevalencia del derecho estatal sobre el de las Comunidades Autónomas así como la regla de la supletoriedad de aquel (artículo 149.1.3.<sup>ª</sup>); las relaciones entre la Constitución y la ley ordinaria, expresada en los preceptos relativos a la reforma constitucional

**324.**  
*Corona.*

**325.**  
*Separación de poderes en la CE.*

**326.**  
*Cortes Generales: el legislativo.*

**327.**  
*Funciones de las Cortes Generales.*

**328.**  
*La disciplina de las relaciones entre normas en la CE.*

(artículos 166 a 169), la declaración de respeto a los derechos históricos de los territorios forales en la disposición adicional 1.<sup>a</sup>; y la posición de la Constitución como *lex posterior* con efecto derogatorio sobre cualquier otra norma anterior que se oponga a lo establecido en la misma (disposición derogatoria, párrafo 3).

**329.**  
El poder ejecutivo.

Al poder ejecutivo se refiere la Constitución en los artículos 97 a 107, dedicando seguidamente otro grupo de preceptos a las «relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales». Además de la declaración general de competencia del Gobierno que cifra en «la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado», se declara como función típica del Gobierno la de carácter ejecutivo, atribuyéndole también el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97). Las normas organizativas indicadas precisan la composición del Gobierno, la designación y cese de sus miembros, la responsabilidad de los mismos, la función que dentro del Gobierno asume la Administración Pública y los principios generales de su régimen jurídico (respecto de esto último, artículos 103 a 107).

**331.**  
Del poder judicial en la CE.

El poder judicial (Título VI) se regula en el artículo 117 partiendo de la afirmación de que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» (artículo 117.1). El Título mencionado contiene muy pocas reglas relativas a los procedimientos judiciales, y algunas muy sucintas sobre la organización de la Administración de Justicia y del poder judicial. Respecto de lo primero, destaca la regulación del Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del mismo (artículo 122.2), y respecto de lo segundo la mención del Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1). El Tribunal Constitucional es objeto de regulación separada en el Título IX (artículos 159 a 165). A otro órgano judicial, los Tribunales Superiores de Justicia, se hace mención fuera del Título relativo a la Justicia, al tratar, en concreto en el artículo 152.1, de la organización de las Comunidades Autónomas.

**332.**  
Consejo General del Poder Judicial.

**333.**  
Tribunal Supremo.

**334.**  
Tribunal Constitucional.

**335.**  
Tribunales Superiores.

**336.**  
Ministerio Fiscal.

El otro órgano integrante del poder judicial al que se hace alguna referencia organizativa en el texto constitucional es al Ministerio Fiscal (artículo 124).

Todas las determinaciones normativas indicadas, en cuyo contenido no podemos detenernos en este lugar, reclaman su desarrollo por leyes a las que la Constitución se remite después de establecer los enunciados más generales.

La organización territorial del Estado ha tenido en la Constitución un tratamiento bastante diferente. Sin perjuicio de que se encuentre en ella un grupo de preceptos importantes relativos a la cuestión, lo singular es que ni de su lectura ni de sus prescripciones puede derivarse a ciencia cierta una imagen completa de la organización territorial del Estado. Esta circunstancia se debe a que la Constitución ha asumido, en materia de autonomías territoriales, un criterio, el denominado principio dispositivo, según el cual los territorios interesados en acceder a la autonomía pueden decidir, dentro de márgenes de libertad bastante amplios, la forma en que han de organizarse y las funciones y competencias que han de asumir.

Esta peculiaridad, equivalente a una verdadera desconstitucionalización de la estructura territorial del Estado, proviene del seguimiento de las opciones adoptadas a este propósito en la Constitución republicana de 1931.

La duda fundamental que se planteó en los debates constituyentes de aquel período histórico fue la de decidir la generalización del sistema de autonomías en todo el territorio español o, por el contrario, transformar en regiones autónomas solamente a aquellas provincias que, por razones históricas o políticas de cualquier orden, lo reivindicasen. Los términos del dilema, que terminó decantándose por no imponer la federalización total del país, sino por dejar a cada territorio que dispusiera libremente sobre su acceso a la autonomía, están expresados en el Preámbulo del Anteproyecto de Constitución presentado por la Comisión Jurídica Asesora. Decía al respecto: «Las provincias han adquirido, en el curso de un siglo, personalidad y relieve que nadie puede desconocer; y en la mayor parte del territorio nacional nadie protesta contra esa organización ni reclama otra. Hubiera sido, pues, arbitrario, trazar sobre el papel una república federal que por lo visto no apetece a la generalidad del pueblo a quien habría de serle impuesta. Mas con igual claridad en otras regiones españolas han surgido o apuntan anhelos de una personalidad autónoma, en términos tan vivos, con razones tan fuertes y con apasionamiento tan considerable, que el cerrar los caminos a su expansión sería sobre una injusta negación del sentido de libertad, una insigne torpeza política. He aquí por qué la Comisión ha preferido, en vez de inventar un federalismo uniforme y teórico, facilitar la forma-

**337.**  
*Organización territorial del Estado.*

**338.**  
*Principio dispositivo.*

**339.**  
*Desconstitucionalización de la estructura territorial del Estado.*

**340.**  
*El problema de la generalización del sistema de autonomías territoriales: el ejemplo de la Constitución de 1931.*

**341.**  
*Los modelos históricos de Weimar y Constitución austriaca.*

ción de entidades que, para alcanzar una autonomía mayor o menor, habrán de encontrar como arranque su propio deseo». Aunque los constituyentes tuvieron a la vista las soluciones organizativas federales de las Constituciones de Weimar y austríaca, se abstienen de usar el término federal para aplicarlo al Estado que la nueva Constitución ha de organizar. Este texto fundamental de 1931 permitiría la transformación en regiones autónomas de aquellos territorios que lo desearan, y el mantenimiento del régimen centralizado tradicional de los territorios que se sintiesen cómodos en dicha situación. Esta fórmula híbrida de organización política sería la que el artículo 1 de la Constitución denominará «Estado integral, compatible con la autonomía de los municipios y las regiones».

**342.**

*La diferenciación del grado de autonomía en la Constitución de 1931.*

La consecuencia de esta remisión constitucional a la voluntad de las provincias respecto de la organización territorial final del Estado sería la configuración del acceso a la autonomía y la determinación de las competencias de los territorios autónomos como materias disponibles para ellas. Pese a las críticas que la fórmula suscitó (ORTEGA Y GASSET, entre otros, propuso una enmienda a la totalidad del proyecto argumentando que se derivaba de él «una división en dos Españas diferentes: una compuesta por dos o tres regiones ariscas; otra, integrada por el resto más dócil al poder central»), sería la que se consagrara definitivamente. De esta manera el acceso a la autonomía dependía de la iniciativa de las provincias, que serían las encargadas de elaborar un estatuto de autonomía en el que quedaría establecida la organización y competencias de la región autónoma. Los estatutos eran finalmente aprobados por las Cortes.

Este es, con muy pocas variaciones, el modelo que, respecto de la organización territorial del Estado, ha seguido la Constitución vigente, con la consecuencia de dejar indeterminada esa organización y remitida a una voluntad externa a la del poder constituyente, ejercida para cada caso por las provincias que tengan interés en transformarse en Comunidades Autónomas dotándose, a tal efecto, de un estatuto de autonomía que precise su organización y competencias.

**343.**

*El principio dispositivo en la Constitución de 1978.*

El principio dispositivo, que vuelve a ser en la Constitución de 1978 el pivote sobre el que giran todas las decisiones sobre la creación de Comunidades Autónomas, está concebido en términos tan amplios y flexibles que de su ejercicio puede resultar el establecimiento de Comunidades con estructura, funciones y competencias, muy diferentes.

En términos muy sucintos, pueden señalarse, en concreto, las siguientes variantes legítimas a las que conduciría el ejercicio del poder dispositivo que la Constitución habilita:

1.º La Constitución ha renunciado a designar directamente los territorios autónomos que integran el Estado (es de notar que el regionalismo italiano que tomó ejemplo de la regulación española de 1931, la corrigió en este punto para enumerar las regiones que formarían parte del Estado). No está, por tanto, en la Constitución el mapa regional de España. Depende de la iniciativa de los territorios interesados, normalmente las provincias, la decisión de transformarse o no en Comunidades Autónomas. Esta libre disposición solo queda matizada en dos preceptos: el artículo 143, que exige que las provincias que decidan unirse para constituir una Comunidad Autónoma tengan «características históricas, culturales y económicas comunes»; y si la pretensión es de una provincia en solitario, que tenga esta «entidad regional histórica». La segunda restricción aparece en el artículo 144 que permite a las Cortes complementar o sustituir la iniciativa autonómica de algunos territorios para posibilitar su transformación en Comunidades Autónomas, en defecto del impulso de aquellos.

2.º Aun en el caso de que los datos anteriores hubieran quedado explicitados en la Constitución o desvelados inmediatamente en la práctica, como, en efecto, ocurrió a partir de los Pactos Autonómicos de 31 de julio de 1981, el principio dispositivo proyectaba sobre el sistema otras incertidumbres no menores: sin perjuicio de que la Constitución permite a todos los territorios españoles acceder a la autonomía, no pone ningún plazo específico para adoptar la decisión pertinente, lo que implica una especie de prolongación en el tiempo del poder constituyente que no acabaría de definir el modelo territorial en un marco temporal concreto. Lo que, en definitiva, supone que el Estado como conjunto tendría que adaptarse a una doble razón organizativa, centralizada y autonómica a la vez, aplicando a cada parte de su complejo organismo técnicas de actuación y de organización completamente diferentes. Esta ambivalencia, como antes hemos visto, fue expresamente buscada por los constituyentes de 1931 y heredada por los de 1978, sin que, en este último caso, existan en los debates constitucionales explicaciones concretas de la aceptación de la herencia.

3.º Aun cuando de los aplazamientos dichos no resultaran demasiados problemas para el funcionamiento y reestructuración del Estado, el principio dispositivo tendría que ejercerse dentro de un marco constitucional que abocaba necesariamente a la disparidad

**344.**

*La indefinición del mapa autonómico español en la Constitución.*

**345.**

*El plazo para la transformación autonómica: indeterminado.*

**346.**

*Cierre temporal de la reconstrucción del Estado.*

**347.**

*Las disparidades entre territorios en materia de competencias.*

entre las Comunidades Autónomas que se constituyeran, al menos desde el punto de vista de las competencias que podrían asumir como propias. El artículo 148.2 de la Constitución restringía durante un período de cinco años el acceso a la autonomía plena de los territorios que no hubieran plebiscitado en el pasado Estatutos de Autonomía, o no se hubieran esforzado en seguir el procedimiento especial de acceso a la autonomía regulado en el artículo 151 del texto constitucional.

**348.**

*Fundamentos constitucionales de la disparidad competencial entre autonomías.*

Aun en el marco de esta importante diferenciación, impuesta directamente por la Constitución, deja esta a los Estatutos de Autonomía la plena decisión sobre las competencias que asumen [artículo 147.1.d)]. La opción implica aceptar que no existiría uniformidad sobre las materias atribuidas a las competencias autonómicas. La misma disparidad puede darse en materia de organización, puesto que el artículo 152.1 solo prescribe la implantación de determinados órganos (básicamente la Asamblea legislativa), en las Comunidades que accedieran a la autonomía plena. No en las demás. La disparidad podría llegar al límite de que unas Comunidades Autónomas disfrutaran de competencias de carácter legislativo y otras no. Todo lo cual, en definitiva, repercute de regreso sobre las competencias retenidas por el Estado, sobre los modos de ejercicio de las mismas y sobre la adaptación de las estructuras centralizadas al nuevo orden autonómico, que solo podría practicarse de forma heterogénea y parcial.

**349.**

*Las transferencias de servicios: significación de las Comisiones Mixtas.*

4.º El principio dispositivo afectaría, por tanto, a la transformación del aparato centralizado del Estado para acomodarlo a la nueva ordenación autonómica. También corresponde a los Estatutos de Autonomía, por determinación del artículo 147.1.d) de la Constitución, la ordenación de las transferencias de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas. Siguiendo también el modelo de 1931, la operación se confía a Comisiones Mixtas integradas paritariamente por representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas. La función de las Comisiones incluye la interpretación de los textos constitucional y estatutario para determinar el alcance de las competencias autonómicas, circunstancia que repercutiría en la mayor o menor amplitud de las operaciones de transferencias de servicios. También el desmontaje del Estado centralizado, dependiente del ritmo de los trasposos de servicios, sería variable dependiendo de cada Comunidad Autónoma. Todo lo cual es una nueva fuente de singularidad y de heterogeneidad, que plantea problemas evidentes respecto del ejercicio de las funciones públicas y la atención correcta de los intereses generales.

5.º Para añadir, en fin, heterogeneidad al sistema resultante, el artículo 150.2 de la Constitución permite que el Estado transfiera o delegue a las Comunidades Autónomas competencias de titularidad estatal. Lo cual también puede ser una decisión adoptada para casos concretos (como ocurrió inicialmente con las transferencias generales acordadas en favor de las Comunidades valenciana y canaria en 1982), de cuya aplicación resultará un elemento de diferenciación añadido, con las mismas repercusiones ya explicadas.

Todas estas importantísimas reglas de organización no están contenidas en la Constitución, como venimos explicando, sino reenviadas a textos infraconstitucionales. El más importante y rígido es el Estatuto de Autonomía. Pero, por debajo de él, la definición de la estructura definitiva del Estado y el reparto de competencias depende de regulaciones que, en último término, son de tan escaso rango como pueden ser los acuerdos adoptados en el seno de las Comisiones Mixtas de transferencias de servicios, lo que implica no solo que la Constitución deba ser completada, en punto a la organización territorial del Estado, con los resultados de los reenvíos a que aludimos, sino que la definición de aquella, una vez alcanzada, sea indeciblemente frágil en cuanto dependiente de iniciativas de reforma que afectan a normas menores sin ninguna rigidez frente a su modificación.

Durante los primeros años de aplicación de la Constitución, los poderes públicos tuvieron especial empeño en corregir algunas de las peores consecuencias de la libre utilización del principio dispositivo, procurando la máxima uniformación posible de la organización y competencias de las Comunidades Autónomas, los procesos de trasposos de servicios y las reformas estructurales que la Administración del Estado debía acometer.

El primer impulso en este sentido lo dio el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías hecho por encargo del Gobierno y del principal partido de la oposición y publicado el 19 de mayo de 1981. Este Informe, junto con otro de 7 de julio del mismo año relativo a la Financiación de las Comunidades Autónomas, dio lugar a los Pactos Autonómicos, de 31 de julio de 1981, donde se establecieron los principios que han servido de base para la organización y funcionamiento del Estado de las Autonomías durante un cuarto de siglo.

A partir de 2004 el Estado autonómico español empezó a girar de nuevo hacia la heterogeneidad y la asimetría, que no solo era perfectamente posible, por lo ya explicado, sino que incluso podía considerarse como un efecto pretendido por la consagración del principio

**350.**  
*Transferencias  
extraestatutarias de  
competencias.*

**351.**  
*La función  
normativa y la  
fuerza dispositiva  
de los Estatutos.*

**352.**  
*Los Pactos  
Autonómicos de  
1981 y 1992:  
tendencia a la  
uniformidad.*

**353.**  
*2004: el inicio de la  
asimetría.*



dispositivo cuyas consecuencias desactivaron los Pactos citados de 1981 y los sucesivos de 1992. El cambio se empezó a propiciar por el simple conducto de las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía, lo que supone otra magnífica demostración de cómo una norma infraconstitucional puede disponer sobre elementos principales de la estructura territorial del Estado que deberían estar consignados en la Constitución misma.

La influencia de estas regulaciones constitucionales, decididas en normas de rango infraconstitucional y en virtud de la parcial desconstitucionalización de la materia, sobre el texto mismo de la Constitución como norma, son tan relevantes que no solo sirven para completar la ordenación de un elemento estructural esencial del Estado, sino que tienen fuerza suficiente como para terminar exigiendo una adaptación de la Constitución a la realidad de hecho derivada de las regulaciones infraconstitucionales.

Explicaremos algo mejor este último aserto con un ejemplo específico: el Senado fue configurado en el artículo 69 de la Constitución como «Cámara de representación territorial». Sin embargo, dicho precepto previó que se integraría principalmente por cuatro senadores designados por cada provincia, a los que se sumaría uno designado por cada Comunidad Autónoma y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. En consecuencia, el Senado no se estructuró como una Cámara de representación de las Comunidades Autónomas. La justificación de esta opción constitucional fue bastante lógica en principio porque, de acuerdo con las previsiones del Título VIII, era perfectamente posible que solo algunos territorios se transformaran en Comunidades Autónomas, manteniéndose para los demás el régimen centralizado tradicional. Sin embargo, al generalizarse el sistema de autonomías y regularse el régimen y competencias de las Comunidades Autónomas en términos de uniformidad, debido al impulso de decisiones infraconstitucionales adoptadas en virtud de las remisiones contenidas en el Título VIII, la configuración constitucional del Senado dejó de tener sentido y se hizo notorio que dicha Cámara debía ser configurada como de representación de las Comunidades Autónomas esencialmente. Al sistema, configurado como autonómicamente uniforme, le faltaba una pieza esencial de participación de las Comunidades Autónomas en la actividad legislativa y de control de los poderes estatales.

Este déficit constitucional, provocado por medidas de desarrollo adoptadas en virtud de habilitaciones contenidas en la propia Constitución, pero imprecisas e indeterminadas en cuanto a sus resultados,

### 354.

*La justificación histórica de la configuración del Senado en el artículo 69 CE y su reforma para asimilarlo a una Cámara que represente a los Gobiernos autonómicos.*

se hizo tan notorio que alrededor de la reforma del Senado, para adaptarlo a las indicadas exigencias representativas, se forjó uno de los consensos más cerrados de todas las fuerzas políticas e instituciones desde que se aprobó la Constitución de 1978.

## IV. LA SUPERIORIDAD NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO

La Constitución se sitúa en un plano jerárquicamente superior al de la ley. Sus normas no pueden ser desconocidas, violentadas o modificadas de cualquier manera por el legislador ordinario. El propio texto constitucional provee las garantías necesarias para la expulsión del ordenamiento jurídico de cualquier norma que incumpla dicha exigencia. El texto constitucional puede ser violentado tanto por regulaciones que contradigan materialmente las disposiciones contenidas en el mismo, como por el establecimiento de modificaciones o reformas intentadas por cauces distintos de los establecidos en la propia Constitución para la reforma legítima de sus previsiones.

El garante final de la superioridad de la Constitución es el Tribunal Constitucional. Al atribuir la Constitución a este órgano el monopolio del enjuiciamiento de las leyes, ha optado por un sistema de justicia constitucional denominado habitualmente «concentrado», cuya raíz coincide con el pensamiento kelseniano que hemos explicado más atrás, y cuya primera implantación práctica verdaderamente operativa se produce en la Constitución austríaca. Este modelo organizativo se ha considerado como alternativo y diferente del denominado sistema «difuso», propio del constitucionalismo norteamericano, que permite el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes a cualquier órgano judicial que deba aplicar sus prescripciones a un caso concreto. No obstante ser exactas las diferencias indicadas, ni el sistema español, ni ninguno de los establecidos actualmente en Europa, son tributarios estrictos del modelo concentrado, ya que se permiten diversas clases de intervenciones a los jueces ordinarios para garantizar la aplicación de la Constitución incluso en relación con las regulaciones legislativas.

La protección judicial de la Constitución se produce, pues, frente a las leyes que la contradicen materialmente o contra las leyes que pretenden reformarla sin seguir los cauces predeterminados para ello. Para analizar el alcance de la protección, estudiaremos la organización general de aquellas garantías jurisdiccionales y, ulteriormente, los lími-

#### 355.

*Superioridad de la Constitución y expulsión del ordenamiento de las normas que la contradigan.*

#### 356.

*El papel del TC: control concentrado.*

#### 357.

*Control difuso de la constitucionalidad.*

tes de las reformas constitucionales acordadas por el legislador así como la legitimidad de otras modificaciones de la Constitución producidas sin seguir los cauces formales de la reforma.

## 2. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA INTEGRIDAD Y SUPERIORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. SOBRE LA CONCENTRACIÓN Y LA DESCENTRALIZACIÓN DEL SISTEMA: LAS DECISIONES DE LOS JUECES ORDINARIOS SOBRE INTERPRETACIÓN E INAPLICACIÓN DE LAS LEYES

La Constitución española ha implantado un sistema de justicia constitucional concentrado. El órgano al que está atribuida es el Tribunal Constitucional, al que dedica la Constitución todo el Título IX. No nos interesa ahora la descripción completa de su organización y funciones. La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que regula dicho Tribunal, afirma que es el «intérprete supremo de la Constitución, es independiente de todos los órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica». Además «es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional». Este órgano único es el que ostenta el monopolio, atribuido directamente por la Constitución, de conocer de los recursos de inconstitucionalidad y declarar, en su caso, la inconstitucionalidad de las leyes, bien con ocasión de conocer de recursos interpuestos directamente contra aquellas [artículo 161.1.a) CE], bien al examinar las cuestiones de constitucionalidad que puedan plantear ante él cualesquiera otros órganos judiciales ordinarios (artículo 163 CE).

Tales atribuciones exclusivas, y el carácter único del órgano, permiten extraer la consecuencia inmediata de que nuestra Constitución se ha adscrito al modelo austríaco kelseniano de justicia constitucional. Sin embargo, como coincide en concluir la doctrina que ha estudiado este extremo (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, F. RUBIO, P. PÉREZ-TREMPES, R. PUNSET, entre otros muchos), no es cierto que se haya seguido entre nosotros el indicado modelo en la medida en que se parte de aceptar una amplia intervención del juez ordinario en los procedimientos de depuración de la legislación contraria a la Constitución.

El sistema kelseniano de justicia constitucional, construido conforme a un esquema lógico de una coherencia abrumadora, atribuye exclusivamente al Tribunal Constitucional la función de analizar la constitucionalidad de las leyes y de cualquier otra norma que pueda resultar contraria a la Constitución, incluidos, por tanto, los reglamentos aprobados por la Administración. Los jueces ordinarios no pueden

### 358.

*El TC según la Constitución y la LO 2/1979.*

### 359.

*El modelo de control de la constitucionalidad español es mixto entre el concentrado y el difuso.*

### 360.

*Los principios del modelo kelseniano.*

intervenir en ninguna de estas tareas. Es posible afirmar, por ello, que los jueces no aplican la Constitución, sino las leyes. La Constitución no es un parámetro que utilicen ordinariamente para sus decisiones, sino sus desarrollos legislativos. Esta configuración de la relación de los jueces con la Constitución pone en duda el valor normativo vinculante general de aquella, ya que de tenerlo habría de repercutir en la inviolabilidad de sus disposiciones ante la justicia ordinaria y determinaría la posibilidad de que los jueces y tribunales pudieran formarse un juicio sobre la validez de la legalidad ordinaria, al confrontarla con aquellas disposiciones. Aunque el juicio no pudiera concluir nunca en una declaración de inconstitucionalidad, confiada a la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, al menos sería posible que el juez o tribunal pudiera hacer una valoración preliminar de las normas que interpretara como inconstitucionales, aunque fuera a los solos efectos de plantear el problema ante el órgano competente para resolverlo.

Al no admitirse esta posibilidad en el sistema austríaco-kelseniano, puede concluirse que más que estar subordinada la ley a la Constitución, quien está sometido a la Constitución es el legislador que, al dictar normas, debe necesariamente acatar las prescripciones de aquella. Los jueces ordinarios más que vinculados por la Constitución lo están por el legislador. Este, en el esquema lógico kelseniano, presenta dos facetas: la de legislador positivo, que es el que hace la ley, función que radica en el Parlamento; y como legislador negativo, que es el que expulsa la ley del ordenamiento, función que corresponde al Tribunal Constitucional. Al actuar este como verdadero legislador, ejerce una función distinta de la jurisdiccional. No resuelve ningún caso concreto. Hace un juicio abstracto sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución. No se integra tampoco el Tribunal Constitucional en el orden jurisdiccional general, sino que es un órgano constitucional diferenciado y especializado. Al no ejercer jurisdicción, tampoco hace propiamente jurisprudencia que vincule a los jueces y tribunales ordinarios. Lo que obliga a estos últimos no son los razonamientos del Tribunal, sino lo que decide, el fallo de la Sentencia, que es donde se contiene la decisión positiva o negativa respecto de la ley que se ha enjuiciado.

Este esquema de organización de la justicia constitucional trae consigo, en la concepción kelseniana, innumerables ventajas, como, por ejemplo, la especialización del órgano encargado de resolver los recursos de inconstitucionalidad, o el reforzamiento de su carácter democrático al designarse sus miembros por órganos políticos representativos, en lugar de proveer la designación utilizando el procedimiento

**361.**

*El papel de los jueces ordinarios en el modelo kelseniano.*

**362.**

*En el sistema austríaco-kelseniano quien está sometido a la Constitución es el legislador, más que la ley misma.*

**363.**

*La significación del legislador negativo como verdadero legislador.*

**364.**

*El reforzamiento del carácter democrático del órgano jurisdiccional. De control.*

propio de la magistratura de carrera. Pero la ventaja más importante que se persigue con la estricta concentración de la justicia constitucional, es la de apartar completamente de dicha función a los jueces y tribunales ordinarios. En la obra de KELSEN, cuyos extremos en este punto hemos examinado más atrás, es explícita esta intención, justificada por la tradicional prevención europea frente al gobierno de los jueces, y a las tendencias existentes en la práctica judicial de los primeros años del siglo xx según la cual la justicia ordinaria tendía a autoatribuirse, aun sin que tuviera expresamente confiada la competencia para hacerlo, el control de la constitucionalidad de las leyes. El apartamiento de los jueces ordinarios de las tareas de control de constitucionalidad de las leyes aseguraba al mismo tiempo la sumisión de aquellos a la ley y, en correlación estricta, su sometimiento a la voluntad de los parlamentos democráticamente elegidos. El modelo centralizado de justicia constitucional se enfrenta a la objeción sobre la legitimación democrática para decidir sobre las leyes, procurando que los miembros del Tribunal sean designados por un procedimiento que tenga la mayor intensidad democrática posible. Por otro lado, procura la seguridad jurídica y la mayor certeza sobre la validez de las normas, evitando que puedan pronunciarse sobre ellas todos los tribunales. La decisión es, en el modelo centralizado, de uno solo, tiene efectos *erga omnes* y vincula a todos los órganos jurisdiccionales.

**365.**  
*Apartamiento de los jueces ordinarios del control de la constitucionalidad: motivos.*

**366.**  
*Características del sistema concentrado español.*

Las Constituciones europeas ahora vigentes se han separado del sistema concentrado estricto matizándolo para permitir algunas intervenciones de la justicia ordinaria en materia de control de la constitucionalidad. El modelo español tal vez se haya inclinado más que ninguno de los europeos actuales en atribuir un importante papel al juez ordinario.

**367.**  
*El TC no está integrado en el poder judicial.*

Ciertamente la Constitución de 1978 ha establecido un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que debe calificarse de concentrado. La configuración del Tribunal Constitucional permite concluir que es un órgano que no está integrado en el poder judicial, como, advirtió él mismo en un Auto de 5 de noviembre de 1980. Pero un análisis más detenido de la regulación de la justicia constitucional en España revelará enseguida que no se ha atribuido el monopolio de la misma a dicho Tribunal. El nivel de concentración se presenta rebajado porque el denominado «monopolio de rechazo» de las normas inconstitucionales que se atribuye a dicho Tribunal se limita a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, restricción que deja espacio para reconocer un papel señaladamente importante a la justicia ordinaria.

Desde este punto de vista, puede decirse que el monopolio de rechazo se refiere a las leyes, lo que implica que los tribunales ordinarios pueden declarar inconstitucionales normas de rango inferior a la ley: desde luego, en todo caso, los reglamentos de la Administración; pero también los decretos legislativos en cuanto se excedan de la delegación conferida al Gobierno por la ley, según permite el artículo 82.6 CE. Además la Constitución puede ser utilizada directamente por los tribunales como parámetro para decidir la validez de cualquier clase de actos jurídicos, públicos o privados [si son de la Administración Pública, artículos 62.1.a) y 2 y 63.1 LRJAP, y artículo 70.2 LJCA]. De modo explícito dice el artículo 6 LOPJ que «los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa». Por otro lado, la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, que alcanza a jueces y tribunales ordinarios, les exige precisamente que lleven a término un enjuiciamiento de la ley a los efectos de decidir si es o no contraria a la Constitución. En caso positivo la usarán como parámetro de decisión. En caso negativo deberán plantear una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, como les obliga a hacer el artículo 163 CE (desarrollado en los artículos 65 y siguientes LOTC). Por tanto, los jueces y tribunales siempre llevan a cabo un enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes, porque deben aplicarlas si son constitucionales o plantear al Tribunal Constitucional la posibilidad de que las expulse del ordenamiento en caso de que consideren que no lo son.

También tienen siempre los jueces ordinarios la importante función de valorar la compatibilidad con la Constitución de las leyes anteriores a la misma, a efectos de no aplicar, declarándolas derogadas, las que se opongan a algún precepto de aquella (disposición derogatoria, 3 CE). Y, por último, es extraordinariamente importante la función que corresponde a todos los jueces y tribunales ordinarios de interpretar, de conformidad con la Constitución, las normas que deban aplicar a los asuntos de que están conociendo. Lo cual, obviamente, les obliga a manejar su texto y a extraer de él, utilizando las técnicas jurídicas idóneas, todas las consecuencias debidas.

Analizado el alcance del monopolio desde la perspectiva de las competencias que se atribuyen al Tribunal Constitucional, puede delimitarse su alcance del siguiente modo:

— Le corresponde el control de la constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley y reglamentos parlamentarios

**368.**

*El «monopolio de rechazo» de las normas inconstitucionales, solo se refiere a las leyes.*

**369.**

*La aplicación directa de la Constitución por los jueces y tribunales ordinarios.*

**370.**

*El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley por los tribunales ordinarios: consecuencias.*

**371.**

*Apreciación de la derogación de las leyes incompatibles.*

**372.**

*El alcance del monopolio del control de la constitucionalidad que corresponde al TC.*

del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como de los tratados internacionales (artículo 27.2 y concordantes LOTC).

**373.**

*Tratados.*

— También el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (artículos 95.2 CE y 78 LOTC).

**374.**

*Decisiones parlamentarias.*

— El control de las «decisiones o actos sin valor de ley» de las Cortes o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas «que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» (artículo 42 LOTC). Asimismo, conoce de las violaciones que se produzcan en los derechos y libertades originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes (artículo 43 LOTC). Hay que tener en cuenta que cuando dichos actos son de carácter administrativo o están sometidos al Derecho Privado son recurribles ante los tribunales ordinarios.

**375.**

*Competencias institucionales.*

— Control de las decisiones adoptadas por el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial que invadan las atribuciones de cualquiera de dichos órganos (artículos 59.3 y 73 LOTC). Igualmente contra la mayor parte de estas decisiones pueden habilitarse acciones judiciales ordinarias.

**376.**

*Control de la constitucionalidad de disposiciones infralegales.*

— Enjuiciamiento y decisión sobre las disposiciones de carácter inferior a la ley, resoluciones o actos estatales y autonómicos que vulnere el orden de competencias establecido en la Constitución, los Estatutos o las leyes que formen parte del bloque de constitucionalidad (artículos 60 y siguientes LOTC). Este monopolio en materia de conflictos de competencias tampoco es exclusivo porque cabe la impugnación de las disposiciones y actos correspondientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

**377.**

*Disposiciones sin fuerza de ley de las CC.AA.*

— Control de las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas, que prevé el artículo 161.2 CE (artículos 76 y 77 LOTC), que tampoco se configura como un monopolio absoluto, dada la posibilidad de impugnar las mismas disposiciones y actos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De lo que se concluye, en fin, desde otra perspectiva de análisis, lo ya expresado sobre la compartición de los jueces y tribunales ordinarios de la función de asegurar plenamente la justicia constitucional.

El límite, para los jueces y tribunales ordinarios, en esta tarea cooperadora con la justicia constitucional, es no poder rechazar la aplicación de las leyes, y menos declarar directamente su inconstitucionalidad.

lidad. La única excepción se refiere a las leyes preconstitucionales que, cuando son contrarias a la ley fundamental, pueden considerar derogadas.

Esta posición de la justicia ordinaria, que es inequívoca en el texto de la Constitución y en la regulación de la justicia constitucional, que ha llevado a cabo la LOTC, empezó a cambiar, sin embargo, de una manera a nuestro juicio importantísima, en cuanto que el modelo se puso en práctica y, sobre todo, años después, por influencia del Derecho comunitario europeo. Los cambios radican nada menos que en el reconocimiento al juez ordinario del poder de rechazar la aplicación de la ley en algunas hipótesis, aunque no esté a su alcance declararla inconstitucional.

Estas aperturas o expansiones de la función constitucional del juez ordinario tienen los siguientes fundamentos:

#### A) **La aplicación expansiva del principio de interpretación de las normas conforme a la Constitución**

La regla de la interpretación conforme a la Constitución de cualquier norma que los jueces y tribunales deban aplicar a un caso concreto, ha nacido inmediatamente al lado de la implantación del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. La idea kelseniana según la cual el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, que se limita a establecer en sus fallos declaraciones sobre la incompatibilidad de una norma con la Constitución, no ha llegado posiblemente a aplicarse en la práctica, en términos estrictos, nunca. Siempre se ha reconocido a los tribunales encargados de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes la posibilidad de buscar remedios alternativos a la declaración de inconstitucionalidad, con la consiguiente anulación, que es la opción más traumática de todas las que un tribunal puede adoptar en relación con una ley. Anular una ley es siempre una decisión preocupante, que produce vacíos en el ordenamiento jurídico, afecta a la seguridad jurídica e, incluso puede quebrantar la confianza en el Parlamento. De aquí que los tribunales encargados de tal clase de juicios hayan aplicado siempre criterios restrictivos para adoptar decisiones anulatorias. Se ha partido habitualmente de una especie de presunción general favorable a la constitucionalidad de la ley. Desde la perspectiva del tribunal que actúa, esta presunción se expresa con una actitud autorre restrictiva (*self-restraint*). El Tribunal Supremo norteamericano ha utilizado desde antiguo una variante típica del *self restraint*, que es la doctrina de la deferencia que, entre

#### **378.**

*La expansión de la función constitucional del juez ordinario.*

#### **379.**

*Consecuencias del principio de aplicación de todo el Derecho conforme a la Constitución.*

#### **380.**

*Autorrestricción judicial, deferencias y regla de la equivocación clara.*



otros extremos, implica que ha de presumirse la constitucionalidad de las leyes salvo cuando se aprecie que el legislador ha incurrido en una equivocación clara (*rule of clear mistake*, teorizada inicialmente por J. P. THAYER, y completada por O. W. HOLMES —«las previsiones de la Constitución no son fórmulas matemáticas»—, FRANCKFURTER —distinción entre *original intent* y las cláusulas abiertas aplicando la deferencia en el caso de estas últimas— y otros grandes jueces de la historia norteamericana).

La alternativa más plausible para flexibilizar el rigor y evitar las consecuencias de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes es permitir que el Tribunal Constitucional no se limite a actuar como un simple legislador negativo, sino que entre a considerar la posible significación de los preceptos de la ley que enjuicia, interpretándolos de un modo que sea compatible con la Constitución, con lo que evitará tener que anularlos. Esta orientación de la justicia constitucional ha dado lugar a una gran expansión de las denominadas sentencias interpretativas.

**381.**

*Las sentencias interpretativas.*

La doctrina suele establecer una distinción, que es clara en la teoría pero difícilmente visible en la práctica, entre sentencias interpretativas y manipulativas. Las primeras aplican los métodos habituales de interpretación para extraer de la ley todas sus posibles significaciones. Las manipulativas, en cambio, evitan declarar la invalidez de una ley alterando su tenor literal, dando por no puesto algún inciso, añadiendo o suprimiendo alguna palabra, etc. La doctrina en general suele estar de acuerdo en la afirmación de que los Tribunales Constitucionales europeos usan tanto ese tipo de sentencias que, desde luego, no puede decirse que su trabajo principal sea actualmente el de actuar como legislador negativo (E. AJA). Esta circunstancia ha provocado muchas críticas hacia la justicia constitucional, todas centradas en cuestionar su legitimación democrática para enmendar y aclarar la obra del legislador. Crítica que no es demasiado justa porque considerando que el Tribunal Constitucional tiene competencia para anular una ley, parece lógico que deba reconocérsele también para interpretarla, mucho más cuando la interpretación se usa para evitar la anulación, lo que es una decisión mucho más deferente con el legislador. Además, la interpretación, si es verdaderamente tal, no debe añadir ningún contenido normativo al texto de la ley, de manera que cuando se acude a ella el Tribunal Constitucional no termina de convertirse en un legislador positivo.

**382.**

*Interpretativas y manipulativas.*

*La crisis del «legislador negativo» y la fuerza emergente de la interpretación conforme a la Constitución.*

**383.**

*Las sentencias manipulativas compiten con el legislador positivo.*

El caso de las sentencias manipulativas es distinto, porque, estas sí varían propiamente el contenido dispositivo de la norma. Al hacerlo el

Tribunal compite con el poder legislativo directamente, formulando en positivo reglas de Derecho.

Las formas que puede tener la jurisprudencia creativa son difíciles de agrupar en conjuntos sistemáticos homogéneos. Una de sus manifestaciones más llamativas es la que alcanza a definir nuevos derechos no contemplados específicamente en la Constitución, con los que suele darse respuesta a necesidades generadas por avances científicos, tecnológicos, culturales y sociales. Esta tarea creativa de derechos está, a veces, facilitada por la propia Constitución cuando sus propias disposiciones han declarado que sus enunciados en la materia no excluyen la existencia de otros derechos garantizados o reconocidos. Por ejemplo, así se ha deducido de la Enmienda IX de la Constitución de Estados Unidos («La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada de tal modo que se nieguen o menoscaben otros que conserva el pueblo»), o el artículo 29 de la Constitución española de 1869 («La enumeración de los derechos consignados en este Título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente»). La jurisprudencia ha reconocido derechos no declarados expresamente en el texto constitucional de diferentes maneras. De nuevo en Estados Unidos, de las Enmiendas V y XIV, que tienen en principio un sentido eminentemente procesal, se han deducido derechos sustantivos (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo *Lochner v. New York*, de 1905, que reconoce la libertad de contratación; *Griswold v. Connecticut*, de 1965, sobre el derecho a usar anticonceptivos, o *Roe v. Wade*, de 1973, sobre el derecho al aborto, derechos todos ellos derivados del derecho a la *privacy*, que el Tribunal Warren desglosó de la cláusula del *due process*. La cláusula *equal protection* de la Enmienda XIV ha servido para dismantelar la segregación racial a partir de la Sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954). En Alemania la creación jurisprudencial de derechos ha partido de la cláusula establecida en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental en el que el Tribunal Constitucional ha visto el reconocimiento de un derecho general de libertad. Son cláusulas abiertas, que también se han derivado del artículo 2 de la Constitución italiana, o de la invocación de los «principios generales reconocidos en las leyes de la República», que contiene la Constitución francesa actual. En España, como ha estudiado F. DÍAZ REVORIO, el Tribunal Constitucional ha hecho ya una amplia demostración de cómo pueden especificarse nuevos derechos fundamentales no enunciados en la Constitución a partir de otros que sí lo están: por ejemplo, el derecho a mantener relaciones sexuales —STC 89/1987, de 3 de junio—; la libertad de procreación —STC 215/1994, de 14 de julio—; el derecho a optar entre el derecho civil de

**385.**

La definición jurisprudencial de nuevos derechos.

**386.**

Nuevos derechos y Enmienda IX de la Constitución estadounidense.

**387.**

La derivación jurisprudencial de derechos sustantivos a partir de derechos procesales.

**388.**

La creación jurisprudencial de derechos en la jurisprudencia constitucional alemana.

**389.**

.... y en la española.

casado o soltero —STC 184/1990—; objeción de conciencia de los médicos a la práctica del aborto —STC 54/1985—; el derecho a rechazar asistencia médica —STC 48/1996, de 26 de marzo—.

Lo que precisamos destacar ahora de la utilización de esta técnica de la interpretación conforme y sus consecuencias es que contribuye a variar esencialmente la posición del Tribunal Constitucional y la significación de sus sentencias. En la configuración kelseniana de la justicia constitucional, que ya hemos reseñado, aquel actúa como legislador negativo y son los fallos de sus sentencias los que contienen la decisión que vincula a los jueces y tribunales ordinarios lo mismo que si se tratara de una prescripción del legislador. El razonamiento jurídico o la interpretación que ha llevado al fallo no es un elemento relevante del sistema. Sin embargo, el recurso creciente a las sentencias interpretativas y manipulativas determina la absoluta necesidad de que los jueces y tribunales ordinarios estén atentos también al razonamiento interpretativo del Tribunal Constitucional, ya que si las leyes que este ha examinado no han sido declaradas inconstitucionales es por haberse podido interpretar del modo concreto que aquel ha señalado en sus razonamientos. Es por ello importante que los jueces y tribunales no solo queden vinculados por el fallo, sino que también lo estén por la *ratio decidendi*.

Esta corrección de la lógica pura del sistema de justicia constitucional concentrado está hecha, en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 5.1 LOPJ que atribuye valor vinculante para todos los jueces y tribunales a los preceptos y principios constitucionales «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

De cualquier manera, así como existe un monopolio de la función de exclusión de la ley, declarando su inconstitucionalidad, en modo alguno puede atribuirse al Tribunal Constitucional la exclusiva de interpretar las leyes (tiene atribuido el papel de «intérprete supremo de la Constitución», que defendió con gran ardor en su Sentencia de 5 de agosto de 1983, y, con más precisión, años después, en la Sentencia 30/2010, por el artículo 1.1 LOTC, pero no la condición de intérprete único), tarea aquella en la que pueden acompañarle los tribunales ordinarios. Pero no nos parece que también sea extensiva a los tribunales ordinarios la función de dictar sentencias manipulativas. Estas operaciones son asumibles, en tanto que suponen una modificación del texto legal, si proceden del Tribunal Constitucional que, al tener atribuido lo más, anular la ley, puede también hacer lo menos, que es alterar levemente su sentido. Pero la misma justificación es inaplicable a los tribunales ordinarios.

### 390.

Los tribunales ordinarios no solo quedan vinculados por los fallos de las sentencias del TC, sino también por la *ratio decidendi*.

### 391.

¿Monopolio de la función interpretativa?

Estas distinciones están más claras en la teoría, que acaba de exponerse, que en la práctica. Siendo inevitable reconocer a los jueces ordinarios la función de interpretar las leyes conforme a la Constitución, dicha tarea tiene que entenderse en los términos más amplios. Habitualmente la manera de aplicar la interpretación comprenderá no solo lo que estrictamente debe entenderse por tal, sino que muchas veces bordeará los márgenes de la manipulación o, incluso los sobrepasará. Es inevitable que eso ocurra considerando la enorme presión que se plantea al juez ordinario cuando surgen dudas sobre la compatibilidad con la Constitución de una ley que tenga que aplicar a un caso concreto. Será consciente, por una parte, de que el Tribunal Constitucional está más que sobrecargado de trabajo de modo que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad alargará la resolución final del asunto más allá de lo que toleran la justicia y la razón. Por otro lado, existe una tendencia general, de la que luego trataremos, que abandera más abiertamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pero que siguen también los Tribunales Constitucionales, a remitir a la justicia ordinaria la resolución del mayor número de asuntos que sea posible. En esta tesitura, es lógico que el juez ordinario establezca interpretaciones de la ley conforme a la Constitución que permitan aplicarla al caso.

Con ello la función de la jurisdicción ordinaria como justicia constitucional se amplía. Incluso, en algunas hipótesis perfectamente definibles, podría evitarse que, en último término, el juez tuviera que plantear cuestiones de constitucionalidad. E. GARCÍA DE ENTERRÍA propuso hace años reconocer a los jueces el poder de inaplicar directamente las leyes posteriores a la Constitución que fueran contrarias a los preceptos sobre derechos fundamentales contenidos en aquella. FERRERES COMELLA ha explicado con criterios muy razonados que la jurisdicción ordinaria debería poder dejar inaplicadas directamente leyes cuya invalidez resulte clara utilizando interpretaciones constitucionales ya establecidas por el Tribunal Constitucional.

## B) La influencia del Derecho comunitario europeo

El impulso más decisivo para la ampliación de las funciones del juez ordinario por lo que concierne al enjuiciamiento de las leyes, a los efectos de decidir sobre su inaplicación, ha venido, sin embargo, de la incidencia del Derecho comunitario europeo sobre los sistemas jurídicos de los Estados miembros. La tendencia del Derecho comunitario a fortalecer el papel de la justicia de los Estados no es solo una opción

### 392.

*Manipulación e interpretación de la ley por el juez ordinario.*

### 393.

*Tendencia a la expansión de la función constitucional de la justicia ordinaria.*

### 394.

*El papel de los jueces ordinarios de los Estados para la aplicación del Derecho comunitario.*

organizativa, sino una necesidad a los efectos de evitar el bloqueo del Tribunal de Justicia Comunitario por la excesiva acumulación de asuntos. El informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las comunidades europeas presidido por OLE DUE, presentado en enero de 2000, declara abiertamente que «el grupo no oculta que el aspecto esencial de las reformas propuestas es una mejor aptitud de los jueces nacionales para solucionar por sí mismos, con clarividencia, un número creciente de cuestiones que surgen en el ejercicio de sus competencias nacionales».

**395.**

*Los jueces ordinarios como jueces comunitarios.*

Los jueces de los Estados son requeridos para actuar como jueces comunitarios para lograr la máxima efectividad posible de las regulaciones procedentes de las instituciones europeas. Este papel tiene diferentes manifestaciones en cuya explicación completa no nos detendremos ahora. Desde el punto de vista de lo que nos está interesando en este momento, la función jurisdiccional europea de los tribunales estatales implica, en ocasiones, la necesidad de adoptar decisiones que afectan directamente a normas con rango de ley.

**396.**

*El enjuiciamiento de la compatibilidad de las leyes internas con el Derecho comunitario.*

Ciertamente las intervenciones del juez ordinario sobre la ley no se fundarán habitualmente en motivos de inconstitucionalidad, sino de contradicción con el Derecho comunitario o de ejecución de las consecuencias de lo establecido en el mismo. Pero son expresivas, en todo caso, de que la configuración del control de las leyes como una tarea de la que están excluidos los tribunales ordinarios está quebrando de una manera general y precipitada por la vía indicada.

Tres son, hasta el momento, las manifestaciones más expresivas de esta ampliación de la función de la justicia ordinaria: la inaplicación de leyes; la suspensión provisional de las mismas, y la exigencia de responsabilidad al legislador. Analizamos su alcance brevemente:

**397.**

*La inaplicación de las leyes contrarias al Derecho comunitario.*

1.º La competencia de los tribunales ordinarios para inaplicar leyes contrarias a cualquier regla de Derecho comunitario es una consecuencia del efecto directo y de la primacía de sus normas, a cuyo alcance trataremos más adelante.

**398.**

*La inaplicación afecta a normas de cualquier rango.*

El Tribunal de Justicia Comunitario tiene establecido reiteradamente en su jurisprudencia que los jueces de los Estados tienen que aplicar inmediatamente las normas europeas, aunque resulten contrarias a disposiciones internas, cualquiera que sea el rango de las mismas. Los jueces y tribunales ordinarios que deban inaplicar normas con rango de ley no deben aplazar esta decisión hasta que se pronuncie el Tribunal Constitucional sobre su validez, bien sea en un recurso directo,

bien con ocasión de una cuestión de constitucionalidad que aquellos puedan plantear.

Aunque algún tribunal estatal planteó objeciones a esta doctrina, el Tribunal de Justicia la reiteró en los términos más enérgicos y definitivos en la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978. Reproduciremos su argumentación que, aunque extensa, es clara y nos ahorra otras explicaciones: sería —dice el Tribunal— «incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que es necesario para eliminar las disposiciones legislativas nacionales que suponen eventualmente obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias». «Tal sería el caso si en la hipótesis de contradicción entre una disposición del Derecho comunitario y una ley nacional posterior, la solución de este conflicto quedara reservado a una autoridad distinta del juez llamado a asegurar la aplicación del Derecho comunitario, investido de un poder de apreciación propio». Concluye la sentencia diciendo que el juez ordinario tiene «la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando, en caso contrario, *inaplicada, por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior, sin que tenga que pedir o esperar a la eliminación de esta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional*».

Un poco más adelante analizaremos otras consecuencias de esta jurisprudencia en el marco de las relaciones entre la Constitución del Estado y la Constitución europea.

2.º El reconocimiento del poder de inaplicar las leyes por parte de los jueces ordinarios, cuando esté en cuestión la efectividad del Derecho comunitario, es en la jurisprudencia comunitaria bastante antigua. Está conectada con la doctrina de la primacía que se fija en la Sentencia *Costa/Enel*, de 15 de junio de 1964, y termina de perfilarse en la Sentencia *Simmenthal* ya mencionada. Reconocido este formidable poder de dejar inaplicada una ley, era más simple habilitar a los jueces para la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión de su eficacia cuando la aplicación inmediata pudiera resultar contraria al Derecho comunitario o perjudicar o producir efectos negativos sobre un proceso en curso.

**399.**

La Sentencia  
*Simmenthal*, de 9  
de marzo de 1978.

**400.**

Desarrollos de la  
jurisprudencia  
comunitaria sobre  
inaplicación de las  
leyes por los  
tribunales  
ordinarios.

**401.**

Sentencia  
Factortame de 19  
de junio de 1990

Sin embargo, el reconocimiento de que los tribunales de los Estados miembros tienen también la facultad de adoptar medidas cautelares relativas a la aplicación de las leyes, mientras se sustancian procesos en los que haya que dilucidar sobre la correcta aplicación del Derecho comunitario o sobre el desconocimiento de derechos reconocidos en el mismo, es más tardía porque no se confirma expresamente hasta la Sentencia *Factortame*, de 19 de junio de 1990.

En el caso, los tribunales ingleses habían negado la suspensión de la aplicación de una ley (la *Merchant Shipping Act*, de 1988) argumentando que de acuerdo con el Derecho inglés los jueces no pueden suspender las leyes del Parlamento. Sin embargo, recordando expresamente la jurisprudencia *Simmenthal*, el Tribunal de Justicia Comunitario dice, en la Sentencia citada, que «sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario, toda disposición de orden jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que tuviese por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario», porque el juez no haga todo lo necesario para excluir la aplicación de las disposiciones nacionales contradictorias, aunque sea de modo provisional. Establecido lo cual, enjuicia la regla del Derecho inglés que impide suspender las leyes del Parlamento y termina declarando que no puede ser invocada frente al Derecho comunitario. El fallo de la sentencia dice a este propósito que «el Derecho comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que, conociendo de un litigio que concierne al Derecho comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho nacional, debe excluir la aplicación de esta regla». Decisión final que el fundamento 21 de la Sentencia razona en los términos siguientes: «la plena eficacia del Derecho comunitario se encontraría completamente disminuida si una regla de Derecho nacional pudiese impedir al juez que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados en el Derecho comunitario. De ello resulta que si el juez, dadas las circunstancias, otorgaría medidas cautelares si no se enfrentase a una regla de Derecho nacional, está obligado a excluir la aplicación de esta regla».

**402.**

Consecuencias de  
la primacía y  
exigencias de la  
eficacia plena del  
Derecho  
comunitario.

Esta posibilidad de adopción de medidas cautelares se ha ido ampliando ulteriormente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que contiene desarrollos al respecto en los que no podemos detenernos ahora. Recordemos solamente que el segundo hito fundamental,

**403.**

La adopción de  
medidas cautelares:  
Sentencia  
Zuckerfabrick de 21  
de febrero de 1991.

en este proceso de ampliación de las facultades de los jueces ordinarios para adoptar medidas cautelares, fue la Sentencia *Zückerfabrick*, de 21 de febrero de 1991, que aborda la pertinencia de adopción de medidas cautelares sobre reglamentos comunitarios por los tribunales internos con ocasión de recursos dirigidos contra actos de sus propias Administraciones nacionales que apliquen reglamentos comunitarios de dudosa validez. Ulteriormente el ámbito de las medidas cautelares se amplió también en la Sentencia *Atlanta*, del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995, en la que, complementando lo establecido en *Zückerfabrick*, admite que los tribunales internos adopten medidas cautelares positivas. Contestando a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Administrativo alemán, el Tribunal de Justicia afirma la competencia de cualquier tribunal interno para adoptar medidas cautelares respecto de disposiciones o actos internos, dictados en desarrollo de un reglamento comunitario contra el que se ha planteado un recurso ante el Tribunal de Justicia, en tanto que este adopta una decisión final sobre su validez. Y en el apartado 28 de esta importante Sentencia se conciben las medidas cautelares a adoptar con la máxima amplitud: «La protección provisional o cautelar que las jurisdicciones nacionales deben asegurar a los justiciables, en virtud del Derecho comunitario, no debe variar, tanto si estos últimos piden la suspensión o la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado sobre la base del Derecho comunitario, como si solicitan medidas provisionales que configuren o regulen en beneficio de ellos situaciones jurídicas o relaciones jurídicas controvertidas».

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las facultades de la justicia ordinaria para adoptar medidas cautelares o definitivas de inaplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión se enfrenta a una jurisprudencia muy restrictiva del Tribunal Constitucional, que exige el previo planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión, salvo que se trate de casos que ya hayan sido objeto de una cuestión prejudicial previa y estén aclarados o no exista ninguna duda razonable sobre la interpretación (STC Pleno 78/2010, de 20 de octubre).

3.º La responsabilidad extracontractual del legislador por inaplicación o por vulneración del Derecho comunitario.

A partir de la Sentencia *Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991, el Tribunal de Justicia empezó a desarrollar una doctrina esencial sobre la responsabilidad de los legisladores de los Estados miembros, que ha contribuido a modificar la posición de los tribunales ordinarios en relación con las leyes. La ampliación consiste en que

**404.**

*Sentencia Atlanta de 9 de noviembre de 1995: alcance de las medidas cautelares.*

**405.**

*Responsabilidad del legislador por vulneración del Derecho comunitario*



cualquier juez ordinario puede apreciar la responsabilidad del legislador, y declararla con todas sus consecuencias, cuando incurre en un incumplimiento por omisión del Derecho comunitario o también en una vulneración de alguna norma de directa aplicación.

**406.**

*Responsabilidad por transposición de directivas fuera de plazo.*

*Francovich y Bonifaci* se refiere a una omisión consistente en la no transposición en plazo de una Directiva cuando de ella resulten derechos en beneficio de particulares, perfectamente identificables en la Directiva, cuya no incorporación al Derecho interno produzca una lesión a los ciudadanos afectados. El fundamento de la reparación de los daños por el Estado «encuentra directamente su fundamento en el Derecho comunitario», dijo el Tribunal, estableciendo además que aunque corresponde a los Derechos nacionales el establecimiento de las reglas conforme a las cuales dicha responsabilidad puede ser exigida, aquellas no pueden ser «menos favorables que las que contienen las reclamaciones parecidas de naturaleza interna y no pueden ser dispuestas de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la obtención de la reparación». Los Estados pueden tener establecidos sistemas de responsabilidad más severos y garantizados, pero los principios de la jurisprudencia *Francovich* se han convertido en un mínimo de inexcusable cumplimiento, como el propio Tribunal de Justicia confirmó enseguida en la Sentencia *Wagner Miret*, de 16 de diciembre de 1993, dictada en un recurso prejudicial planteado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Añade a la doctrina *Francovich* que existe responsabilidad no solo cuando no se transpone una Directiva, sino también cuando se haya hecho de modo que no se puedan cumplir adecuadamente los objetivos marcados en la misma. Los mismos principios vuelven a reaparecer en la Sentencia *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, particularizándose aquí a un supuesto de perjuicios en relaciones entre particulares. La doctrina se ha generalizado en una serie de sentencias importantes de los años noventa, como *Brasserie du Pêcheur*, de 5 de octubre de 1996; *Dillenkofer*, de 8 de octubre de 1996; *Hedley Lomas*, de 23 de mayo de 1996; etc.

**408.**

*Responsabilidad por infracción de normas dotadas de efecto directo.*

Esta última sentencia contiene una nueva apertura en materia de responsabilidad, porque se aplica a los incumplimientos por parte de los Estados de disposiciones europeas que disfrutaran de aplicación directa. Si la línea jurisprudencial que inaugura la Sentencia *Francovich* y *Bonifaci* se refería a la responsabilidad derivada de actos desprovistos de efecto directo, al Tribunal de Justicia le costó menos trabajo justificar la responsabilidad por infracción de una norma comunitaria con efecto directo. El abogado general Leger, en las conclusiones que

presentó en el citado caso *Hedley Lomas*, reflexionaba sobre esta cuestión de un modo técnicamente incontestable: «No veo cómo dicha acción de responsabilidad podría denegarse al particular que invoca el Derecho comunitario por la mera razón de que el causante del daño es un Estado miembro... en una comunidad basada en el principio de administración indirecta de los Estados miembros, en la que las competencias están tan estrechamente imbricadas entre estos y la Comunidad que a veces se hace difícil saber a quién imputar el daño, ¿pueden los Estados miembros quedar eximidos de toda responsabilidad? La respuesta a esta cuestión es aún más clara si se piensa en los supuestos en los que la Comunidad y un Estado miembro han concurrido en la producción del daño y en los que el Tribunal de Justicia contempló la posibilidad de una acción de responsabilidad contra el Estado miembro ante los órganos jurisdiccionales nacionales».

El extraordinario cambio de posición del juez ordinario en relación con el enjuiciamiento de la ley que resulta de estas facultades de reconocimiento de indemnizaciones por daños derivados de la acción u omisión del legislador, se deduce de la simple exposición de la jurisprudencia analizada.

Es aún más notable la cuestión si se considera que, sin citar de modo explícito la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo empezó a reconocer en los años noventa la responsabilidad del legislador por las lesiones patrimoniales causadas a concretos ciudadanos aun con ocasión de la aprobación de leyes cuya constitucionalidad había confirmado el Tribunal Constitucional. La posibilidad se planteó por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio, 25 y 29 de septiembre de 1987, 12 de febrero de 1988, dictadas en relación con las reformas funcionariales acordadas por el legislador entre 1984 y 1985, que el Tribunal Constitucional había considerado acomodadas a la Constitución aunque dejando abierto el debate sobre la posible indemnización de los perjuicios económicos que las reformas producían, cuyo análisis y resolución correspondía al Tribunal Supremo. La Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 30 de septiembre de 1992 termina denegando las indemnizaciones solicitadas como consecuencia de aquellas reformas. Pero poco después empezaría a reconocer la indemnizabilidad de lesiones directamente causadas por el legislador en las Sentencias de 5 de marzo de 1993, 27 de julio de 1994, 16 de diciembre de 1997, que han abierto una línea jurisprudencial secundaria luego por docenas de sentencias. Aquellas se referían, por cierto, a daños causados a empresas pesqueras por el Acta de Adhesión de España a la Comunidad Europea, que el legislador debió contribuir a

**409.**

*Sentencia Hedley Lomas.*

**410.**

*La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del legislador por incumplimiento del Derecho comunitario.*

corregir y no lo hizo. Un análisis más completo de toda esta jurisprudencia estatal y comunitaria sobre responsabilidad del legislador, los jueces y la Administración que resulta del Derecho comunitario podrá verse en el volumen final de esta obra. Un apunte supra volumen IV, páginas 193 y siguientes.

**411.**

*Críticas a la doctrina sobre responsabilidad del legislador.*

Algunos autores han saludado esta doctrina como un progreso jurídico debido a la influencia indirecta de la jurisprudencia comunitaria (R. GALÁN VIOQUE, C. ALONSO GARCÍA, E. GUICHOT, J. D. JANER TORRENS), y otros (E. GARCÍA DE ENTERRÍA) la han denostado calificándola de injustificable y carente de fundamento. La crítica es de interés, a los efectos que nos ocupan, porque además de poner al descubierto algunas debilidades de los fundamentos que emplea el Tribunal Supremo para declarar la responsabilidad, advierte que la jurisdicción contencioso-administrativa, al afirmar su competencia para decidir en la materia, se está interfiriendo en la potestad legislativa, condicionando su eficacia y, más aún, sustituyendo la voluntad del propio legislador, atribuciones estas que, por afectar a la esfera del dominio de las leyes, no aparecen asignadas expresamente a aquella jurisdicción en las leyes procesales vigentes.

**412.**

*La ampliación de las potestades del juez ordinario en relación con las leyes por efecto del Derecho comunitario.*

Esto último es innegable. Pero las normas procesales internas no son la única fuente normativa que delimita, actualmente, las atribuciones de la jurisdicción ordinaria. Hay que contar, al lado de ellas, con el Derecho comunitario europeo que, como ya hemos visto, acarrea muchas consecuencias modificatorias de las funciones de las instituciones estatales, entre las cuales la ampliación de las atribuciones de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, es incuestionable, a nuestro juicio, que los jueces ordinarios pueden declarar la responsabilidad del legislador por los daños que causan sus infracciones u omisiones de cumplimiento del Derecho comunitario. Así resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que hemos examinado y que vincula a los jueces nacionales. Podrá discutirse si esta nueva posición de la jurisdicción ordinaria, derivada del Derecho comunitario, puede hacerse extensiva a otros supuestos de enjuiciamiento de acciones u omisiones del legislador. En principio, no existe, para estas extensiones, ningún título expresado en las leyes procesales. Pero es imposible no considerar la influencia que los principios generales del Derecho comunitario tienen sobre los Derechos estatales, y la tendencia de las jurisdicciones internas a usarlos en todos los casos que tienen que resolver, evitando la aplicación de dos regímenes jurídicos distintos para problemas que desde un punto de vista social y jurídico son idénticos o muy similares.

Otra cosa será la crítica que pueda merecer la expansión del instituto de la responsabilidad civil convirtiendo a la jurisdicción en la administradora del presupuesto social del Estado.

De todas estas circunstancias, en fin, se deriva el creciente protagonismo del juez ordinario en relación con la ley, para someterla a enjuiciamiento y valoración y, en su caso, para inaplicarla.

Uno de los objetivos centrales que justificaron, como ya sabemos, el establecimiento de un sistema de justicia constitucional concentrada, que fue el apartamiento total de los jueces y tribunales ordinarios de la tarea de enjuiciar las leyes, está en franco proceso de desvalorización en los sistemas constitucionales actuales. Podrá decirse, con razón, que en gran medida la ampliación de las facultades de los jueces ordinarios en relación con las leyes deriva de la aplicación de principios de Derecho comunitario de cumplimiento obligatorio. Pero no es tan importante el fundamento del cambio radical de posición, como sus consecuencias, que son las dichas. Por otra parte, no podrá negarse que los principios de Derecho comunitario que se invocan son reglas cuya sustancia constitucional es inequívoca, por más que estén contenidos o se hayan hecho derivar de normas que siguen teniendo la forma de tratados internacionales, como son los que constituyen el Derecho comunitario originario.

En fin, aunque la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (que, a este respecto, estudiaremos más adelante) insiste en que el Derecho comunitario no es un parámetro que pueda ser utilizado para valorar la constitucionalidad de las leyes (la Sentencia de donde arranca la doctrina principal al respecto es la 28/1991, de 14 de febrero: «la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria»), no es siempre sencillo distinguir entre las cuestiones constitucionales y las cuestiones de Derecho comunitario que plantea la aplicación de las normas europeas o la resolución de los conflictos que se generan entre el Derecho comunitario y el interno.

Vamos a tratar de esta cuestión en un epígrafe inmediato posterior. Bastará notar ahora que también en el ámbito del Derecho comparado algunos Tribunales Constitucionales han roto con la idea de que el Derecho comunitario no pueda usarse como parámetro para el control de la constitucionalidad de las normas internas. En este sentido es innovadora y en cierta medida sorprendente la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de noviembre de 1994.

**413.**

*La ampliación de potestades de los jueces ordinarios ¿ponen en cuestión el sistema de justicia concentrada?*

**414.**

*El Derecho Comunitario no es un parámetro para valorar la constitucionalidad de las leyes*

**415.**

*Las posibilidades de control constitucional de las normas por vulneración del Derecho comunitario.*

Se afirma en ella que una ley regional que vulnera una norma comunitaria puede ser enjuiciada desde la perspectiva de su constitucionalidad. El argumento central es que la regulación contenida en aquella ley «representa un incumplimiento objetivo de las obligaciones que incumben al Estado italiano en virtud de su pertenencia a la Unión Europea y es ciertamente un caso de ejercicio ilegítimo de la potestad legislativa regional que, por consiguiente, ha de ser censurado a la luz de los principios 11 y 117 de la Constitución».

**416.**

*El riesgo de la desigual valoración de la adecuación de las normas al Derecho europeo.*

Una última consideración debemos añadir a lo expuesto sobre la nueva posición constitucional del juez ordinario. Con ella se reincorpora también al sistema de justicia constitucional un riesgo que el modelo centralizado o concentrado quiso evitar a ultranza: la inseguridad jurídica, la pérdida de certeza de las reglas de Derecho, la aplicación desigual de las normas en las diferentes partes del territorio del Estado según las valoren o interpreten los jueces y tribunales en su respectiva demarcación. Es decir, en fin, que con la misma velocidad con la que crece la responsabilidad del juez ordinario en relación con la valoración de las leyes, se acumulan también en el sistema jurídico general problemas que proceden de los modelos descentralizados de justicia constitucional. En estos no han sido resueltos atribuyendo a un Tribunal Supremo y único la función de «legislador negativo», sino asegurando la uniformación de la jurisprudencia, basada en las decisiones finales de aquel y en el acatamiento por toda la organización judicial de los razonamientos decisorios contenidos en sus sentencias, en la medida en que establecen las interpretaciones de las leyes conforme a las exigencias de la Constitución. La seguridad y la certeza se recuperan estabilizando y uniformando la jurisprudencia y exigiendo respeto a los precedentes.

**417.**

*La recuperación de la seguridad y certeza del Derecho.*

Como ya se ha comentado en el volumen anterior de esta obra (III, 2,C) el Tribunal Constitucional viene defendiendo cerradamente en su su jurisprudencia que la inaplicación de leyes postconstitucionales por incompatibilidad con la Constitución no puede ser decidido por el juez ordinario sino que es una función exclusiva del Tribunal Constitucional. Recuerden las SSTC 187/2012, de 29 de octubre, y 177/2013, de 21 de octubre, que «los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento jurídico legal,

vigente, la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional...»

### 3. REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN Y OTRAS TRANSFORMACIONES Y MUTACIONES DE LA MISMA

La Constitución española de 1978 es una Constitución rígida. Se separa con ello del criterio que más tiempo ha perdurado en nuestra historia constitucional de no establecer procedimientos especiales de reforma constitucional, dejando su texto disponible para ser cambiado por cualquier ley ordinaria. Ahora el Título X de la Constitución está dedicado a su reforma.

**418.**  
*La rigidez del texto constitucional de 1978.*

La iniciativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, o a las Asambleas de las Comunidades Autónomas (artículo 166 en relación con el artículo 87.1 y 2 CE). Se establecen dos procedimientos de reforma, uno simple u ordinario y otro especial o reforzado.

**419.**  
*Procedimientos de reforma.*

Según el procedimiento ordinario, regulado en el artículo 167, los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintas partes de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ellas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de diputados y senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. Si no se logra la aprobación recurriendo a dicho procedimiento, se podrá aprobar la reforma contando con el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado y el voto por mayoría de dos tercios del Congreso. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, se someterá a referéndum solamente en el caso de que lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

**420.**  
*Procedimiento ordinario del artículo 167 CE.*

El procedimiento reforzado se aplica a los proyectos que suponen una «revisión total» de la Constitución, o a los que propongan una modificación parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo II, Sección 1.ª del Título I, o al Título II. En este caso se exige la aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara y la disolución inmediata de las Cortes. Esta circunstancia determina la inmediata convocatoria de elecciones y serán las Cámaras elegidas las que ratifiquen la decisión y procedan al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Una vez aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida necesariamente a referéndum para su ratificación (artículo 168 CE).

**421.**  
*Procedimiento reforzado del artículo 168.*

No pretendemos llevar a término en este momento un análisis completo de lo que los preceptos relativos a la reforma constitucional significan. A los precedentes históricos de la idea de reforma constitucional nos hemos referido ya en un apartado anterior.

Ahora, a la vista de la opción de nuestro texto constitucional por establecer un bloqueo de sus preceptos frente a las vulneraciones en que pueda incurrir el poder legislativo ordinario, pretendemos complementar el análisis con algunas consideraciones que ayuden a comprender cómo la Constitución se va adaptando a la realidad, se transforma, como un cuerpo vivo, recibiendo nuevas influencias y principios de ordenación del Estado, o que disciplinan la actuación de los poderes públicos, o que enriquecen las garantías de los derechos. La Constitución, para mantener su posición en el vértice del ordenamiento y seguir siendo una norma jurídica verdadera y vinculante, donde se contienen las decisiones fundamentales sobre la organización de una sociedad determinada, precisa acomodarse continuamente a los cambios que se producen en dicha sociedad, ajustarse a la realidad en lo que concierne a la distribución del poder, a su ejercicio y a las garantías de la libertad de los ciudadanos.

**422.**

*Las adaptaciones de la Constitución a la realidad del momento.*

**423.**

*La reforma en la ideología constitucional del XIX.*

Los primeros constituyentes decimonónicos tuvieron casi siempre una fe ciega en que las adaptaciones que el tiempo impusiera a la Constitución podrían hacerse mediante reformas. Ni en la época de mayor adoración del mito constitucional, los representantes del pueblo llegaron a creer que los textos constitucionales que elaboraban fueran intocables o inmutables. A lo más que se llegó es a preocuparse por establecer un período de irreformabilidad de la Constitución, como, según hemos recordado en su momento, hizo nuestra Constitución de 1812, prohibiendo cualquier reforma durante un plazo de ocho años a partir de su promulgación. Pero el reconocimiento del poder del pueblo para poder cambiar la Constitución, en la medida en que fuera cuestionado, se incorporó como un derecho a la lista de los que se consignaron en la segunda Declaración francesa, la de 1793, cuyo artículo 30 decía: «El poder constituyente de un día no tiene ningún título para limitar el poder constituyente del porvenir».

**424.**

*Los cambios tienen que expresarse por escrito y siguiendo un procedimiento concreto.*

Lo que sí impone estrictamente la teoría constitucional que maneja la burguesía revolucionaria es que la adaptación de la Constitución a las circunstancias de cada momento se habría de practicar utilizando el procedimiento de reforma. Uno de los componentes esenciales de la idea de Constitución del primer período liberal es que debe ser una norma escrita. Se establece en un texto único y no tiene validez ningún

cambio que no se consigne por escrito, en el mismo texto, siguiendo el procedimiento específicamente establecido para ello.

Ya hemos visto cuantos ataques a este criterio normativista se producen a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Nos remitimos a lo dicho. En la actualidad las Constituciones parecen haber recuperado totalmente la idea original de que sus modificaciones tienen que ser consignadas por escrito y hechas valer utilizando los procedimientos de reforma. No obstante lo cual, es cada vez más evidente la decadencia de las reformas constitucionales en lo que concierne a la adaptación del texto constitucional. A ello ha contribuido, principalmente, la gran perfección técnica de los textos que se aprueban después de la II Guerra Mundial, y, sobre todo, la función del Tribunal Constitucional que procede a fijar interpretaciones de los preceptos constitucionales principales, que aclaran su sentido, evitan su petrificación, los acomodan a la realidad del tiempo en el que se aplican, resuelven las dudas que su comprensión plantea, etc. La interpretación ha sustituido en buena medida a la reforma. Y junto a la interpretación, otras formas de mutación constitucional que, como hemos de ver, permiten la incorporación de principios de rango constitucional, relativos a la organización del Estado o a las garantías de los derechos, que no llegan a plasmarse por escrito en los textos constitucionales.

Estas alternativas de adaptación de la Constitución a las circunstancias de su tiempo resultan particularmente interesantes para nuestro estudio en la medida en que la mayor transformación que se ha impuesto a las Constituciones de todos los Estados europeos, y desde luego a la nuestra, ha venido dada por el proceso de integración comunitaria europea, del que ha derivado la implantación de muchas reglas y principios que afectan al ejercicio de los poderes internos de modo decisivo. Casi ninguno de estos principios y reglas tiene reflejo expreso en el texto de la Constitución y, sin embargo, es innegable su eficacia y valor constitucional.

Expondremos, por tanto, primero, el alcance de la doctrina clásica de la reforma constitucional, para continuar seguidamente con la exposición de las transformaciones de la Constitución que no se plasman en reformas expresas de su texto.

El problema teórico más importante que plantea la reforma constitucional es el de su misma existencia como procedimiento formalizado. Si la reforma supone el cambio de una norma hecha por los representantes del pueblo soberano, parece evidente, desde el punto

**425.**

*¿La interpretación del texto constitucional ha sustituido parcialmente la función de las reformas?*

**426.**

*Las transformaciones derivadas del Derecho comunitario.*

**427.**

*La autolimitación del soberano frente a la reforma.*



de vista de la lógica política, que su propio autor puede cambiarla sin límite. Si la Constitución se ha hecho por una Asamblea legislativa integrada por representantes del pueblo y sometida ulteriormente a referéndum, lo más que pudiera exigirse para cambiarla es un acto de contrario imperio, que cumpla los mismos requisitos. La cuestión es, por tanto, explicar por qué razón se entiende que el poder soberano puede ser limitado para, una vez aprobada la Constitución, prohibir que pueda cambiarla. Desde la perspectiva del pensamiento de ROUSSEAU la autolimitación del soberano es imposible. Por tanto, también lo sería, para el filósofo ginebrino, cualquier prohibición o restricción de la reforma.

**428.**

*Las cláusulas de intangibilidad.*

En algunas Constituciones vigentes se mantienen, sin embargo, algunas cláusulas de intangibilidad. Es importante, por ejemplo, la del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn: «Es inadmisibile toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder*, o al principio de cooperación de los *Länder* en la legislación, o a los principios consignados en los artículos 1 y 20». También el artículo 89 de la Constitución francesa: «Ningún procedimiento de reforma puede ser iniciado o llevado adelante cuando se refiere a la integridad del territorio. La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión». O el artículo 139 de la Constitución italiana: «La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional».

Todos estos preceptos ¿tratan de una vinculación del poder constituyente de ayer al poder constituyente de mañana? De nuevo se plantea el famoso interrogante sobre el que BURCKHARDT centró el problema de la reforma constitucional: «¿Puede una constitución prescribir, obligando en Derecho, cómo puede ser cambiada?».

**429.**

*Las diferencias entre el poder constituyente y el de reforma.*

La respuesta, aceptada por la mayoría de la doctrina, radica en distinguir entre el poder constituyente y el poder de reforma. Si las cuestiones suscitadas por la restricción del cambio, o por su prohibición estricta, se plantean desde una perspectiva política es evidente que no puede ponerse el poder constituyente freno a sí mismo. Sin embargo, ha de entenderse que el poder constituyente actúa como poder político soberano. En este momento formula la Constitución e incorpora a ella convicciones, creencias, principios, criterios sobre organización de los poderes y garantías de los derechos. El poder de reforma actúa dentro de esta realidad, en la que también se han plasmado convicciones jurídicas diversas. Opera, por tanto, no como un poder político, sino como un poder sometido al Derecho constitucional dado. La configuración del poder de reforma como un poder distinto del poder

constituyente implica el sometimiento a Derecho del poder soberano. En este sentido es exacta la observación de KELSEN de que en el Estado constitucional el soberano es la propia Constitución. Como ha dicho entre nosotros P. DE VEGA, el hecho de que «el poder constituyente conserve siempre la facultad de derogar su propia obra, no significa que poder constituyente y poder de reforma coincidan».

De esta manera se explica que puedan establecerse procedimientos especiales para la reforma de la Constitución e incluso límites a la misma. Cláusulas, como las antes transcritas, de intangibilidad de algunos preceptos constitucionales, serían inoponibles al poder constituyente, pero su acatamiento resulta inobjetable por el poder de reforma, ya que este, por esencia, tiene que someterse a las reglas dadas en la Constitución vigente. La única alternativa para superar la intangibilidad, a través del poder de reforma, sería utilizar el método del doble escalón o grado, reformando primero la cláusula de intangibilidad. Pero no son pocos los autores que sostienen, como consecuencia lógica de la significación jurídica del poder de reforma, que aquellos límites explícitos serían jurídicamente insuperables.

Ni siquiera en los casos en que las Constituciones exigen que la reforma culmine con el sometimiento del proyecto aprobado por las Cámaras a referéndum, como ocurre necesariamente entre nosotros con el procedimiento de reforma reforzado del artículo 168 CE, la apelación al pueblo implica una reintroducción del poder soberano en la vida del Estado. El referéndum no es la ratificación de los actos del representante por parte del representado, no es tampoco un instrumento de control que permanece en manos del pueblo soberano, sino un acto del poder constituido. En la versión organicista del referéndum, la voluntad expresada en la consulta no es la del poder soberano y libre, sino la de un órgano estatal más.

Las Constituciones utilizan diferentes alternativas a los efectos de delimitar la competencia para llevar a término las reformas constitucionales. Entre ellas, la creación de una Asamblea especial; la reunión a tales efectos de las dos Cámaras; o el sometimiento a referéndum del proyecto. En cuanto a los procedimientos es normal el establecimiento de mayorías cualificadas, la imposición de una doble aprobación con un intervalo o por dos legislaturas diferentes, con elecciones generales de por medio.

Nuestra Constitución ha tomado, de todas estas opciones sobre competencia y procedimiento, las que ya hemos señalado más atrás. Lo más reseñable de las mismas no es, seguramente, lo establecido

**430.**

*Las cláusulas de intangibilidad son inoponibles al poder constituyente pero no al poder de reforma.*

**431.**

*El referéndum es un acto del poder constituido, de un órgano estatal más.*

**432.**

*Límites a la reforma.*

**433.***Iniciativa popular.*

sobre la iniciativa (aunque es sorprendente el no reconocimiento de la iniciativa popular, problema que se planteó en el debate constituyente y que se cerró con la negativa a aceptar una propuesta en su favor del diputado Fraga Iribarne), sino la existencia de dos procedimientos de reforma, uno de los cuales, el del artículo 168, extraordinariamente complejo, que plantea serias cuestiones técnicas. Por ejemplo, si lo que pretende es proteger bienes y valores políticos fundamentales, hay que reseñar que se omiten algunos que lo son, sin ninguna duda, como los reseñados en el artículo 10.1, mientras que se someten a tan complejo procedimiento otros preceptos que tienen importancia menor.

**434.***La significación constitucional de dos procedimientos.*

Por otro lado, el establecimiento de dos procedimientos conduce necesariamente a distinguir dentro de la Constitución grupos normativos que tienen un mayor valor que otros desde el punto de vista formal. Ello contribuye a delimitar en la Constitución una parte especialmente protegida, que sería una superlegalidad formal, cuyo sentido no es fácilmente explicable. Aunque en otras Constituciones se hayan declarado algunos preceptos como irreformables, la designación directa de los mismos los protege de un modo diferente, en concepto de valores superiores materialmente, que no pueden ser violados por las leyes.

**435.***Las adaptaciones sin reformas expresas.*

Las transformaciones y adaptaciones a la realidad del texto constitucional no se concretan todas en reformas expresas. Esta observación ya fue hecha por algunos autores alemanes de finales del siglo XIX que construyeron la doctrina de las mutaciones constitucionales. Está apuntada en la obra de P. LABAND, aunque la primera exposición sistemática puede atribuirse al mérito de G. JELLINEK.

**436.***La doctrina de la mutación constitucional en G. JELLINEK.*

La noción de mutación constitucional en los dos autores se refiere a las transformaciones informales que se producen en las Constituciones y que no son objeto de una reforma explícita. Conviene reproducir la conocida distinción de JELLINEK: «Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación». Según JELLINEK, mientras que la reforma constitucional siempre se produce de modo consciente e intencionado, la mutación es un cambio no intencionado que, además, no altera expresamente el texto de la Constitución. En la obra de JELLINEK se recogen bastantes ejemplos de mutaciones de las Constituciones de su tiempo. También alude a algunas

variantes de figuras afines como las convenciones constitucionales o la costumbre constitucional.

Partiendo de estas primeras exposiciones, algunos autores alemanes del siglo XX profundizaron en la idea de mutación constitucional, integrándola en la teoría de la Constitución elaborada en sus respectivas obras. Son destacables las aportaciones en este sentido de H. HELLER y de R. SMEND. En la obra del primero es fundamental la distinción entre lo que denomina la Constitución no normada (normalidad) y la Constitución normada (normatividad). La normación puede tener lugar, además, jurídica o extrajurídicamente. Existe tensión entre normalidad y normatividad porque el sistema constitucional siempre está pretendiendo adecuarse a la realidad. Estas adaptaciones requieren la continua transformación de la Constitución que se produce bien mediante la incorporación de elementos normados, o bien mediante mutaciones constitucionales, que permiten la traslación de la normalidad a la vida constitucional sin que se añadan a la Constitución elementos normados nuevos.

En la doctrina de SMEND es esencial el concepto de integración, con el que describe la dinámica del Estado y su constante renovación y adaptación a diferentes procesos que surgen de la vida de los ciudadanos, de la colectividad o de la vida del Estado. En esta visión teórica tiene una amplia cabida el concepto de mutación constitucional, porque contribuye a explicar que la integración no se lleva a término siempre mediante procedimientos formales, sino que reclama, por una parte, elasticidad y, por otra, el reconocimiento de criterios y principios que se forman espontáneamente en diferentes ámbitos políticos y sociales. Las instituciones jurídicas crean una dinámica propia mediante la que se autotransforman y complementan, que impulsa los procesos de mutación y los hace inevitables en una Constitución dinámica.

La exposición sistemática más acabada de la significación de las mutaciones constitucionales la llevó a cabo HSÜ DAU-LIN, en una monografía de obligatoria cita, hecha en la época de Weimar bajo la dirección de SMEND.

Su punto de partida es el análisis de las discrepancias que pueden existir entre las normas constitucionales y la realidad. Pueden coincidir ambas o presentarse disociadas. Este último caso marca el ámbito de las mutaciones constitucionales. El impulso de las mutaciones puede venir de cuatro fuentes: a) una práctica estatal formal que no viola la Constitución; b) la imposibilidad de ejercicio de determinadas atribu-

**437.**

*El desarrollo de la doctrina de las mutaciones en HELLER y SMEND.*

**438.**

*Los fundamentos de las mutaciones en la obra de HSÜ DAU-LIN.*

**439.**

*Las mutaciones por interpretación y por el desarrollo de prácticas contrarias.*

ciones consignadas en la Constitución; c) una práctica constitucional contraria a la Constitución; d) o una interpretación de la Constitución. Hsü explica los contenidos de cada una de estas variantes, ofreciendo ejemplos de todas ellas, analizando sus consecuencias jurídicas y determinando su compatibilidad con la Constitución. Las mutaciones consistentes en la interpretación constitucional ocurren, según el autor, «cuando las prescripciones constitucionales son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones y necesidades de la época, sin atenerse al tenor literal de la Constitución o sin tener en cuenta el sentido con el que dotó originalmente el legislador constitucional a las normas en cuestión». Esta clase de mutaciones por interpretación, y las mutaciones consistentes en prácticas estatales contrarias a la Constitución, llamadas por Hsü DAU-LIN revisiones materiales de la Constitución, son las más frecuentes en la práctica constitucional actual, y las que más nos interesa destacar para explicar las tensiones a las que actualmente está sometida la Constitución, para adaptarla a una realidad social aceleradamente cambiante y al importante proceso transformador que supone la integración europea. Entre dichas revisiones materiales comprende el autor todas las que ocurren mediante leyes que, aun siguiendo el procedimiento de reforma constitucional, no llevan a término una reforma expresa que se consigne en el texto mismo de la Constitución.

**440.**

*La justificación de la mutación constitucional.*

Respecto de la justificación de la mutación constitucional y su significación para la adaptación continua de la Constitución, Hsü DAU-LIN explica: «Hay, por un lado, mutaciones constitucionales que la Constitución permite y exige: son los complementos y desarrollos del sistema contenido en ella idealmente; y hay, por otro, mutaciones constitucionales que la Constitución ni quiere ni desea, pero que no pueden ser impedidas ni controladas por ella: son las mutaciones de su sistema o de algunas intenciones expresas o instituciones normadas en el sistema. Todas estas mutaciones siguen, sin embargo, su propio camino, su propio proceso, son constelaciones de la política práctica y de la vida estatal real; es decir, no dependen de si las normas o institutos jurídicos que experimentan la mutación sean concebidos como rígidos o elásticos, o sea, como resistentes o como dispuestos a la mutación. La explicación de ambos tipos de mutación constitucional es una y la misma: se fundamentan en la unidad de valores del Derecho constitucional; en el carácter incompleto de las normas constitucionales respecto de las necesidades vitales del Estado y su normación elástica, en la naturaleza de fin en sí mismo del Estado, en la autogarantía de la Constitución y la imposibilidad de control de los órganos supremos del Estado».

La aceptación general de las mutaciones constitucionales para conseguir la adaptación continua de las Constituciones, especialmente en sus vertientes de revisión material (acordada mediante leyes que generan cambios efectivos de la Constitución que no se traducen, sin embargo, en modificaciones de su texto, operación de la que seguramente son un buen e importantísimo ejemplo las leyes de ratificación de los Tratados Comunitarios europeos, dictadas de acuerdo con el artículo 93 CE), y de interpretación, sitúan al poder de reforma constitucional en una posición completamente diferente de la originaria que hemos estudiado antes. Aparentemente, todo el esfuerzo hecho por la doctrina científica para justificar los límites del poder de reforma se volatiza ahora en un marco jurídico que permite transformaciones de la Constitución del máximo alcance sin necesidad de apelar a aquel poder limitado y, desde luego, sobrepasándolo. La amplitud con que los tribunales constitucionales, o los tribunales ordinarios cuando colaboran en la práctica de la justicia constitucional, usan la interpretación constitucional, pone en sus manos un poder de adaptación de los textos realmente formidable.

La cuestión que la doctrina actual ha tenido que plantearse (P. HÄBERLE, P. LERCHE, K. HESSE), considerando las circunstancias expresadas, es la de los límites de la mutación constitucional y sus relaciones con la reforma. El recurso a los cambios constitucionales continuos por la vía de las mutaciones constitucionales destroza la configuración normativista formal estricta de la Constitución, y obliga a buscar sus prescripciones fuera de su texto, en las prácticas del funcionamiento de los poderes o en las interpretaciones de sus preceptos establecidas por la jurisprudencia. La cuestión está en determinar en qué medida este fenómeno es evitable. HESSE ha dicho que «la problemática de la reforma de la Constitución comienza allí donde acaban las posibilidades de la mutación constitucional». Es evidente que la Constitución no puede pasar de la consideración clásica de ser un texto escrito de naturaleza estable a convertirse en pura dinámica, acelerada por procesos de cambio continuos no formalizados. Considerando este problema, es exacta la afirmación de J. PÉREZ ROYO de que la reforma constitucional pasa a ser en nuestro tiempo la garantía excepcional del pacto constituyente y el recurso último de adecuación del texto constitucional a la realidad cuando no bastan los demás.

Una enseñanza cabe añadir finalmente: paradójicamente, el recurso a las mutaciones no formalizadas de las Constituciones escritas es mayor en la medida en que estas sean más rígidas. La rigidez hace difícil de cumplimentar el proceso de reforma y disuade las iniciativas

**441.**

*La adaptación continua de la Constitución sin modificar su texto. El caso de las transformaciones por influencia del Derecho comunitario.*

**442.**

*Los límites de las mutaciones.*

**443.**

*La reforma como último recurso.*

**444.**

*A mayor rigidez mayor tendencia a aceptar los cambios por mutación.*

en tal sentido. Consecuentemente la rigidez constitucional no implica su petrificación, sino justamente una apertura a la transformación de sus contenidos por procedimientos no formalizados. Salvadas todas las distancias que se quieran, la situación tiende a aproximarse a la que propician las Constituciones flexibles, siempre más disponibles para el legislador que puede adaptar el funcionamiento del Estado y el contenido de los derechos a la situación social y a las demandas individuales de cada momento.

## V. LA ARTICULACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN INTERNA Y LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

El artículo 93 de la Constitución es una norma de importancia capital. Sirve nada menos que para articular las relaciones de la Constitución de 1978 con otros sistemas normativos externos. Permite el precepto trasladar competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones supranacionales y en este sentido ha sido utilizado para la incorporación de España a la Comunidad Europea. La Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, autorizó la adhesión de España a la Comunidad apoyándose en aquel precepto constitucional. El efecto jurídico más general de tal acuerdo es el que establece el artículo 2 del Acta: «Desde el momento de la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de las Comunidades antes de la adhesión obligarán a los Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en estos Tratados y en la presente Acta». Significa esto la incorporación en masa al ordenamiento español de todo el acervo comunitario y la aceptación para el futuro del efecto directo y la primacía de las normas comunitarias sobre las internas. La validez de las disposiciones comunitarias no puede ser, sin embargo, enjuiciada por los tribunales internos. La contradicción con las normas internas ha de resolverse aplicando siempre la norma comunitaria, sea cual sea el rango de la disposición interna con la que se confronte. Y la decisión de inaplicación, como ya sabemos, corresponde al juez ordinario.

Considerando que la cuestión de la aplicación de las normas comunitarias en el territorio de los Estados miembros no es una cuestión excepcional ni coyuntural, sino que la legislación comunitaria abarca una cantidad creciente de materias, de modo que apenas existen políticas en las que no pueda citarse una regulación comunitaria que establezca alguna clase de criterio, se puede concluir que la aceptación de la aplicación directa y de la primacía del Derecho comunitario es el

### 445.

*Significación del artículo 93 CE.*

### 446.

*Consecuencias jurídicas del Acta de Adhesión a la CE.*

fenómeno jurídico más importante planteado en Europa desde mediados del siglo xx, y en España desde la adhesión.

El reto que toda la doctrina de nuestro tiempo tiene planteado es establecer en términos jurídicos claros y operativos las relaciones entre las Constituciones internas y la Constitución europea. Lo cual impone determinar: qué es, desde un plano jurídico normativo, esa Constitución. Cuáles son sus contenidos. Cuál es el régimen de sus relaciones con la Constitución interna y cuáles son los fundamentos de las mismas.

Lo que sigue es el análisis de los indicados problemas, atendidos en el orden en que acaban de enunciarse.

## 1. LOS TRATADOS COMUNITARIOS COMO «CONSTITUCIÓN EUROPEA». SU SIGNIFICACIÓN NORMATIVA

Europa no ha tenido nunca una Constitución, si por tal debe entenderse un texto escrito, producto de la voluntad constituyente del pueblo soberano, que regula la organización y actividad de los poderes públicos, declara los derechos de los ciudadanos y consagra las garantías necesarias para su protección. La Comunidad Europea ha carecido siempre de un *demos*. Sus miembros son los Estados que la integran. Tampoco se ha propuesto nunca utilizar para el proceso de integración de dichos Estados otro instrumento jurídico que el de los tratados internacionales.

De vez en cuando, se ha venido empleando el término «Constitución» y otros derivados y análogos para referirse a los tratados comunitarios. Por ejemplo, aludió a la «Constitución interna de la Comunidad» el Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1976, emitido en virtud del artículo 228 del Tratado, sobre un proyecto de acuerdo internacional. Después se repitió la referencia en otros dictámenes y resoluciones (Orden del presidente del Tribunal en el caso *Hoechst* de 26 de marzo de 1987, Dictamen del TJ, en virtud del artículo 228, sobre un proyecto de Tratado del Espacio Económico Europeo, acordado el 14 de diciembre de 1991, Orden del Tribunal en el caso *Zwartveld* de 13 de julio de 1990, etc.), pero la ocasión en que parece haberlo hecho con más conciencia y repercusiones fue en la Sentencia «*Les Verts*» v. *el Parlamento Europeo*, de 23 de abril de 1986, donde el Tribunal, entre otras cosas, dijo: «La Comunidad Europea es una comunidad basada en el respeto del Derecho, ya que ni los Estados miembros ni sus instituciones pueden evitar el control jurisdiccional de la cuestión de si las medidas por ellos adoptadas son

### 447.

*Europa nunca ha tenido Constitución en sentido propio.*

### 448.

*Utilización esporádica del concepto de Constitución hasta 2004.*

### 449.

*Sentencia Les Verts.*



conformes con la *Carta Constitucional Básica*». Carta Constitucional se llamó, por tanto, al Tratado de la Comunidad Europea.

Son muchos los estudiosos del Derecho comunitario que han expresado buenas justificaciones para utilizar el término Constitución al referirse al conjunto de las normas comunitarias principales que se agrupan en los tratados. Ninguna duda les cabe de que no se puede hablar de Constitución en el sentido en que se usa este concepto en los Estados, pero también discrepan de quienes enfatizan tanto el carácter iusinternacionalista de la organización comunitaria europea que se niegan a ver los rasgos manifiestamente constitucionales que presentan aquellas normas en cuanto a su contenido y posición.

**450.**  
Rasgos  
constitucionales de  
los tratados  
comunitarios.

Desde el punto de vista de su contenido, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS ha identificado en los tratados al menos los siguientes rasgos que considera característicos de su condición constitucional:

Primero, la jerarquía normativa que sitúa a los tratados en una posición superior a las demás normas integrantes del Derecho comunitario. La garantía de esa superioridad es de carácter jurisdiccional y se atribuye en exclusiva al Tribunal de Justicia. El control de la legalidad constitucionalidad, amparado en el artículo 173 del Tratado CE, se extiende no solo a los actos del Consejo y de la Comisión, sino también, como aclaró la Sentencia «Los Verdes», antes citada, a los actos del Parlamento. En la Sentencia *Foto-Frost*, de 22 de octubre de 1987, el Tribunal afirmó su competencia exclusiva tanto del control de los actos administrativos como de las normas. Y también ha admitido, como nos consta, la tutela judicial cautelar en la Sentencia *Zuckerfabrik*, de 21 de febrero de 1991, y otras.

**451.**  
Superioridad  
jurídica de los  
tratados como  
normas.

Segundo, se pueden identificar en los tratados muchas reglas que suelen formar parte de las Constituciones nacionales. En las Sentencias *Reyners* y *Walrave*, de 21 de junio de 1974, y 12 de diciembre de 1974, respectivamente, afirmó el Tribunal de Justicia que las libertades de circulación y de servicios deben ser interpretadas como libertades fundamentales. Esto mismo han ido diciendo otras Sentencias del Tribunal respecto de las demás libertades reconocidas en los tratados. Es innegable, por otra parte, el valor constitucional que cabe reconocer al principio de cooperación leal recogido en el artículo 10 del Tratado CE, que es parangonable a otros de semejante contenido encontrables en las Constituciones federales de los Estados miembros. Lo mismo puede decirse del principio de subsidiariedad del artículo 5 del mismo Tratado.

**452.**  
Parangón del  
contenido de los  
tratados  
comunitarios  
y el de las  
Constituciones.

En tercer lugar, la Constitución comunitaria invoca y sigue principios generales comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros. El supuesto más evidente es el del régimen de la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias (artículo 228 del Tratado CE) que está formado partiendo de los principios generales comunes de los Estados miembros. Por otra parte, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea como principios generales se funda, entre otros extremos, en las tradiciones comunes de los Estados que la integran (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea).

En cuarto lugar, no cabe duda de la coincidencia de contenidos que refleja el reparto de competencias operada en los tratados, entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros. Esta materia suele ser uno de los contenidos más complejos y conflictivos de las Constituciones de los Estados federales y regionales. En el marco de este reparto de competencias entre instituciones es también decisivamente constitucional toda la organización de cuanto concierne a la relación entre el Tribunal de Justicia comunitario y los tribunales de los Estados miembros. Se organiza esta sobre la base de que le corresponde a aquel la competencia exclusiva para conocer de la validez y la interpretación de las disposiciones comunitarias. Pero los tribunales nacionales son los principales encargados de vigilar la aplicación de las normas comunitarias, debiendo plantear al Tribunal de Justicia cuestiones de validez o interpretación que se les susciten.

La objeción relativa a que, cualesquiera que sean sus contenidos, un tratado internacional es siempre una norma de naturaleza radicalmente diferente de una Constitución, también ha sido abordada reiteradamente por la doctrina. Entre nosotros, lo ha hecho especialmente L. M. DÍEZ-PICAZO, quien no duda en advertir que «la diferencia entre los conceptos de tratado internacional y de Constitución es bastante menos evidente de lo que parece a primera vista».

Estos son los argumentos principales de su tesis sobre la virtual equiparación, en determinadas condiciones, entre las normas denominadas tratado y Constitución: a) Si la Constitución es la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, nada impide que dicha norma jurídica sea de naturaleza convencional, de manera que uno o varios tratados internacionales puedan hacer la función de Constitución y recibir tal denominación. Aunque ciertamente el concepto de Constitución se aplica a la norma suprema de los Estados, tampoco parece que existan inconvenientes decisivos para extenderlo a las agrupaciones de Estados. Ello permitiría denominar con normalidad Constitu-

**453.**

*Adopción de los principios generales comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.*

**454.**

*Relaciones entre instituciones comunitarias y estatales.*

**455.**

*¿Son los tratados siempre normas radicalmente diferentes de las Constituciones?*

**456.**

*El tratado como norma fundamental.*

**457.**

*El carácter de pacto entre Estados que tienen algunas Constituciones.*

**458.**

*Estados y Constituciones basadas en origen en tratados.*

**459.**

*Similitudes entre el régimen de reforma de las Constituciones y el de los tratados.*

**460.**

*Paralelismos en materia de secesión.*

ción europea al Derecho contenido en los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea y los ulteriores que los han modificado. b) La aprobación de cualquier tratado internacional requiere consentimiento entre las partes, lo mismo que las Constituciones federales también requieren consentimiento de los Estados afectados, al menos en origen. Un buen ejemplo de este origen paccionado es la propia Constitución de los Estados Unidos de 1787, elaborada por la Convención de Filadelfia. Según el artículo 7 de la Constitución, la entrada en vigor requeriría la ratificación de los Estados, de modo que la Federación solo quedaba constituida respecto de los Estados que hubieran dado su consentimiento. En un pacto se apoya igualmente el nacimiento de Alemania tras la desaparición del Sacro Imperio Romano Germánico durante las Guerras Napoleónicas. Fue el Tratado de París de 1814 el que previó una solución confederal para Alemania, llevada a término por la *Deutsche Bundesakte*, de 1815, que dio lugar a la Confederación Germánica, creada y organizada por normas de Derecho internacional. Todos los antecedentes de la Federación alemana están basados en esta idea pactista, fundada en tratados internacionales, hasta llegar a la Constitución de 1871, elaborada el año anterior también sobre la base de un conjunto de tratados entre los distintos príncipes alemanes que fijaron el texto de la Constitución y proclamaron el Imperio alemán. El primer Parlamento Federal tendría que adaptar la nueva Constitución a la forma imperial y unificar su texto para superar la mera aglomeración de tratados que estaba en su origen. La Constitución suiza de 1848 sustituye a una Confederación regida también por el Pacto de 1815, basado en un tratado internacional. c) Respecto de la modificación de los tratados y de las Constituciones, en ambos casos existen procedimientos establecidos en sus textos, que no difieren tanto como se tiende a creer. Las reformas de las Constituciones federales suelen requerir el acuerdo mayoritario de los Estados que integran la Federación. Pero también puede observarse que existen tratados constitutivos de organizaciones internacionales que no exigen unanimidad de todas sus partes para la modificación. El artículo 40 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 habilita algunas posibilidades al respecto. d) Aunque suele pensarse que la retirada de una organización internacional es un derecho y la secesión de una federación está siempre excluida, una indagación más detenida sobre estas diferencias revela que son falsas, ya que las restricciones a la retirada unilateral de una organización internacional, o de lo acordado en un tratado, se regulan en términos extraordinariamente rígidos en los artículos 54, 56 y 60 del Convenio de Viena citado.

Demostrada que la relevancia jurídica de las diferencias no es tan notable como irreflexivamente se tiende a afirmar, L. M. DÍEZ-PICAZO no concluye, sin embargo, que sea totalmente indiferente llamar al texto normativo básico de una Comunidad «Constitución» precisamente. Porque frente al carácter estrictamente formal de los tratados, la Constitución evoca en todos los Estados y en los ciudadanos una vinculación inequívoca a valores y principios sustanciales, para una determinada comprensión de la convivencia entre los individuos y sus relaciones con los poderes y a un entendimiento de las garantías de las libertades y del funcionamiento del Estado, que son difíciles de soslayar.

Nos parecen indiscutibles muchas de las semejanzas que el autor citado pone de manifiesto entre los tratados y las Constituciones originarias de las confederaciones y algunos sistemas federales del siglo XIX, pero tal vez lo más importante sea observar que las diferencias que existan no son relevantes para el análisis de la cuestión jurídica que nos ocupa ahora, que es la de las relaciones de aquellas normas con la Constitución interna. Como quiera que se denominen, los problemas radican siempre en determinar si su eficacia y aplicación dependen de la Constitución interna y si su validez, y la de las normas dictadas en desarrollo de los tratados por las instituciones creadas a través de los mismos, puede ser considerada por los tribunales internos del Estado.

Nos detendremos mínimamente en despejar el análisis del régimen constitucional de los tratados internacionales, en la medida que sea imprescindible para conocer el régimen de los que integran la Constitución europea.

A) La Constitución se refiere a los tratados internacionales en los artículos 93 y siguientes. El primero de este bloque de preceptos permite que mediante ley orgánica se autorice la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Es el precepto que se ha utilizado para ratificar los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea y sus sucesivas modificaciones y ampliaciones, como ya se ha dicho. El artículo 94 establece la previa autorización de las Cortes Generales como requisito para que el Estado pueda obligarse por medio de tratados, cuando estos tengan alguno de los contenidos que el propio precepto enumera. El artículo 95 advierte que «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». El mismo precepto establece en su párrafo 2 que el Gobierno o cualquiera de las

**461.**

*Diferencias en punto a valores.*

**462.**

*Régimen constitucional de los tratados internacionales.*

**463.**

*Tipología y procedimientos.*

**464.**

*Tratados contra Constitución.*

**465.**  
*Integración en el  
ordenamiento  
interno.*

Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción. Y el artículo 96, que es el último de este bloque de preceptos, concluye estableciendo: «1. Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, en la forma prevista en los tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94».

**466.**  
*La relación  
tratados-leyes  
internas.*

B) Los tratados son normas equiparables a las leyes, al menos en un punto esencial: están sometidos a la Constitución. El artículo 95.1 lo indica así expresamente, y el artículo 27.2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere expresamente a la declaración de inconstitucionalidad de los tratados. Además, el artículo 95.2 de la Constitución prevé un procedimiento especial para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre tratados cuyo texto haya sido definitivamente fijado pero que no haya recibido aún el consentimiento del Estado (artículo 78.1 LOTC). Si la duda de constitucionalidad se confirma, el tratado no puede ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (artículo 95.1). Con estos análisis previos de la constitucionalidad se trata de evitar, como dijo el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992, «el riesgo de una perturbación» para la política exterior del Estado.

**467.**  
*El comienzo de la  
eficacia de los  
tratados.*

C) La eficacia de lo establecido en el tratado comienza con su publicación, según indica el artículo 96 de la Constitución, que se conforma en este punto con lo ya dispuesto en el artículo 1.5 del Código Civil. El régimen de la incorporación de los tratados internacionales se aleja de este modo de la denominada concepción dualista, patrocinada fundamentalmente por H. TRIEPEL y D. ANZILOTTI, que parte de considerar que los sistemas jurídicos internacional y nacionales son distintos y se mantienen separados y autónomos, de modo que la norma internacional, para ser aplicada en el Derecho interno, necesita ser transformada o incorporada a este mediante un acto de voluntad del legislador estatal. La regulación de los preceptos antes citados se sitúa, en cambio, en la tradición de la doctrina monista propugnada por H. KELSEN y G. SCHELLE, que concibe el Derecho interno y el Derecho internacional como una unidad, en la que las normas internas quedan en una posición subordinada. De acuerdo con esta concepción (muy bien recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 22 de mayo de 1989), la eficacia inmediata de

**468.**  
*Doctrinas monista y  
dualista.*

lo acordado en los tratados internacionales no precisa de otros requisitos internos que el acuerdo del Estado, legítimamente adoptado, y la publicación.

D) En cuanto a la relación entre los tratados y las normas internas, la doctrina internacionalista en general considera que tienen un valor superior a las leyes, concepción que fundan casi exclusivamente en lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución, en cuanto prescribe que los tratados internacionales válidamente celebrados solo pueden ser modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional. De lo que deducen que una ley no puede modificarlos. Los tratados serían, por tanto, para esta doctrina, normas supralegales e infraconstitucionales. Lo primero por la razón indicada. Y lo segundo porque están sometidos a control de la constitucionalidad, según precisa el artículo 27.2 LOTC, antes citado.

Por nuestra parte, hemos sostenido desde hace años que la relación entre la ley y los tratados internacionales se funda más en el principio de competencia que en el de jerarquía. Así se recoge también en las exposiciones del sistema de fuentes de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Los tratados, en efecto (o al menos los tratados del artículo 93 por los que se transfiere a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución), no son superiores a las leyes. La jerarquía, de existir, tiene que ser incondicionada y fundarse en el rango superior de una norma en relación con otra. Sin embargo este rango no se puede reconocer a todos los tratados internacionales. Cuando a través del tratado se transfieren competencias, se está permitiendo a las instituciones creadas por el tratado producir disposiciones de desarrollo que, eventualmente, pueden entrar en confrontación con normas del Derecho interno. Si la relación entre la norma comunitaria y la interna fuera de jerarquía, esta sería nula en todos los casos en que fuese contraria a aquella. Pero en la Constitución no existe ninguna regla en la que fundar tal relación de jerarquía; el artículo 96 CE que se invoca al respecto por la doctrina internacionalista que comentamos, se refiere a los procedimientos de derogación, modificación o suspensión, que no están disponibles para la ley, circunstancia esta que nada indica, sin embargo, sobre la supremacía material del contenido del tratado que es lo que sería necesario para situarlo en un rango jerárquico distinto al de la ley.

**469.**

*Jerarquía y competencia en las relaciones con las normas internas.*

**470.**

*Excepciones a la relación jerárquica.*

**471.**

Las relaciones basadas en la competencia; en especial, los tratados del artículo 93 CE.

**472.**

Sobre si la competencia es una condición previa para que pueda aplicarse el principio de primacía.

**473.**

¿Son posibles las cuestiones de constitucionalidad sobre las normas comunitarias?

Las explicaciones de la aplicación preferente de los tratados del artículo 93, y de las normas supranacionales que los desarrollan, son distintas: las normas comunitarias se aplican en el territorio del Estado porque así resulta de la activación de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución. La obligación de reconocer sus efectos y de aplicarlas con preferencia a las normas internas, deriva de los propios tratados y de los principios que ha elaborado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al interpretarlos. Pero, además de que la primacía del Derecho comunitario no equivale a una relación de jerarquía entre normas (no cuestiona la validez de las normas internas contrarias a las comunitarias, sino que determina la inaplicación de las mismas), como estudiaremos enseguida, se ha mantenido en el tiempo una posición tradicional de los Tribunales Constitucionales y ordinarios de los Estados miembros que tiende a matizar los efectos del principio de primacía combinándolo con el de competencia. En el sentido de que la primacía solo es posible cuando la norma comunitaria se produce dentro del marco de las competencias atribuidas a las instituciones comunitarias. En el Derecho interno la regla de la prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico, consagrado en el artículo 149.3 CE, opera inequívocamente dentro de dicho marco competencial. En el Derecho comunitario, aunque el Tribunal de Justicia reitera que la regla de la primacía actúa incondicionadamente (en su caso, el único tribunal que puede decidir la inaplicación de una norma comunitaria, declarándola inválida, es el Tribunal de Justicia Comunitario), algunos tribunales internos han mantenido reiteradamente la posición de entender que las normas comunitarias que colisionan con las internas pueden plantear un problema de competencia de alcance constitucional. Frente a la aplicación incondicionada de la norma europea, como reclama el principio de primacía, es posible que los jueces internos entiendan que la norma comunitaria se extralimita en el ejercicio de las competencias transferidas, lo que podría suponer una vulneración del precepto constitucional (el artículo 93 en nuestro caso) que habilita dicho traspaso. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, se utilizó reiteradamente este análisis a partir de la Sentencia *Industrie Chimique Italia Centrale*, de 30 de octubre de 1975, que consideró pertinente un análisis de constitucionalidad de la norma comunitaria para determinar si violentaba el artículo 11 de la Constitución, que es el correspondiente en la italiana al artículo 93 de la nuestra. Esta posibilidad de plantear tales cuestiones de constitucionalidad fue radicalmente desautorizada por el Tribunal de Justicia Comunitario en la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978.

Pero no ha desaparecido, de todas maneras, la reserva final que, de un modo u otro, han hecho todos los Tribunales Constitucionales europeos, de examinar las normas comunitarias cuando, extralimitándose la Comunidad en el ejercicio de sus competencias, pueden resultar vulnerados algunos preceptos materiales, principios o valores reconocidos en la Constitución. Nos podemos remitir a este respecto a la evolución de la jurisprudencia alemana sobre las consecuencias para la Ley Fundamental de Bonn de la integración comunitaria, que, hasta el momento, culmina principalmente en la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, de 12 de octubre de 1993, a la que más adelante haremos referencia más detenida. También con ocasión del análisis del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, nuestro Tribunal Constitucional ha hecho, en su declaración de 13 de diciembre de 2004, similares reservas finales sobre la supremacía de la Constitución.

E) Los tratados a que se refiere el artículo 93 de la Constitución son los que interesan especialmente a nuestro análisis porque de esta clase son los constitutivos de la Comunidad Europea y los que se han aprobado ulteriormente para modificarlos.

Lo significativo de esta clase de tratados es que suponen una transferencia de competencias derivadas de la Constitución en beneficio de las instancias comunitarias. La transferencia es de enorme envergadura porque no solo supone la atribución a la Comunidad de competencias que correspondían a las instituciones centrales del Estado, sino que también afecta a las de las Comunidades Autónomas, de manera que la integración comunitaria produce una gran conmoción en el equilibrio establecido entre los poderes territoriales internos del Estado. No nos detendremos ahora en esta cuestión sino en la medida de lo imprescindible, que es determinar los límites con que puede ser afectado un elemento estructural determinante de la organización del Estado como consecuencia de la adhesión a la Comunidad. Las correcciones únicas a esta conmoción consisten en permitir a las Comunidades Autónomas que participen en los procesos de decisión comunitarios cuando estén implicadas competencias que sus Estatutos les atribuyen de modo exclusivo. Y, por otra parte, que se responsabilicen aquellas, en el plano interno, de ejecutar y aplicar administrativamente el Derecho comunitario en todos los asuntos en los que tengan competencias ejecutivas (sobre este equilibrio, Sentencias del Tribunal Constitucional 125/1984, 153/1989, 80/1993, 165/1994, 252/1988, etcétera).

**474.**

*La vulneración de la Constitución por las normas comunitarias.*

**475.**

*Los tratados que suponen una transferencia de competencias a las instancias comunitarias.*



**476.**

*Los tratados constitutivos de la Comunidad Europea, sus reformas y su consolidación.*

Los tratados constitutivos y los tratados concluidos para la modificación de aquellos forman ya una relación extensa. La acumulación de normas, su difícil manejo e interpretación, han acabado por convertirse en un problema jurídico serio que afecta al bloque principal del Derecho comunitario. A resolver este problema se dirigía fundamentalmente el fracasado Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, suscrito en Roma el 29 de octubre de 2004.

Los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, adoptados en Roma el 25 de marzo de 1957, fueron modificados en sus aspectos institucionales por los Tratados de 1957 y 1965, que finalmente fueron derogados por el Tratado de Amsterdam (artículo 9). Algunas modificaciones parciales se llevaron a cabo por los dos Tratados que modifican determinadas disposiciones presupuestarias y financieras y, sobre todo, por el Tratado de 22 de julio de 1975, que constituyó un Consejo y una Comisión únicos. También es relevante el Tratado por el que se modifican disposiciones del Protocolo sobre los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones, de 10 de julio de 1975.

Pero las modificaciones generales más importantes son las que han llevado a cabo el Acta Única Europea, adoptada en Luxemburgo el 27 de enero de 1986 y que entró en vigor el 1 de julio de 1987; el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993; el Tratado de Ámsterdam, que modifica el Tratado de la Unión Europea; los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, adoptado el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999; el Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea; los Tratados constitutivos de las Comunidades y determinados actos conexos, de 26 de febrero de 2001. Y el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 que acordó nuevas e importantes modificaciones en los Tratados anteriores, de los que han resultado finalmente la redacción de los dos tratados principales: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versiones consolidadas en DO C 83 de 30 de marzo de 2010).

Las características jurídicas más relevantes de las normas incluidas en los tratados vienen dadas por los principios del efecto directo y la primacía, a cuyo contenido general hemos de hacer una breve referencia.

La doctrina del efecto directo es una construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se ha abierto camino y es considerada hoy indiscutible por los legisladores y las jurisdicciones de los

**477.**

*Las Actas de Adhesión.*

**478.**

*El Tratado que instituye la Constitución europea.*

**479.**

*Características y tipología de las normas de los tratados comunitarios.*

Estados miembros. Arranca de la Sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963. El Tribunal de Justicia Comunitario utilizó en aquella ocasión argumentos que han sido repetidamente invocados con posterioridad. El tratado, dice la sentencia, «constituye algo más que un acuerdo que se limitara a crear obligaciones nuevas entre los Estados miembros»; los Estados «han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones»; la Comunidad, sigue diciendo la sentencia, «constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales». En consecuencia, sigue diciendo la sentencia, «el Derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a generar derechos que entran en su patrimonio jurídico»; estos derechos nacen «no solamente cuando el tratado hace una atribución explícita en su favor, sino también en razón de obligaciones que el tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias».

En la Sentencia *Van Gend en Loos*, de 1963, están incluidos la práctica totalidad de los razonamientos que el Tribunal empleará en la abundante serie de decisiones que producirá ulteriormente sobre el alcance del efecto directo. El resumen de la doctrina establecida puede formularse en los siguientes términos:

1.º El Tribunal ha distinguido entre la eficacia directa de las normas del tratado y la de las disposiciones que integran el denominado Derecho derivado. En cuanto a los tratados, después de declararse en la Sentencia *Van Gend en Loos* el efecto directo de las obligaciones de no hacer, una jurisprudencia muy minuciosa amplió los preceptos que, en razón a su contenido, gozan de la misma virtualidad. Es esencial en esta evolución la Sentencia *Lüttike*, de 16 de junio de 1966, que consagró el efecto directo del artículo 95 del Tratado y, con él, de los preceptos que contenían obligaciones de «ne plus faire...», o de abstenerse una vez cumplido el plazo o período determinado. Esta doctrina se extiende luego en virtud de la Sentencia *Reyners*, de 21 de junio de 1974. La Sentencia *Salgoit*, de 19 de diciembre de 1968, analizó el efecto directo del artículo 33, y la posibilidad de extenderlo al régimen de las obligaciones de hacer fijadas en el Tratado. A partir de la Sentencia *Walrave*, de 12 de diciembre de 1974, se ha reconocido el efecto directo de los tratados en las relaciones entre particulares, aspecto este que también

**480.**  
Origen  
jurisprudencial de  
la doctrina del  
efecto directo:  
Sentencia Van  
Gend en Loos, de  
1963.

**481.**  
Eficacia directa de  
las normas de los  
tratados y de las  
del Derecho  
derivado.

**482.**  
Obligaciones de  
abstención y de  
actuación.

se argumenta en la Sentencia *Defrenne v. Sabena*, de 8 de abril de 1976. A partir de esta jurisprudencia el Tribunal de Justicia ha ido declarando los preceptos de los tratados que gozan de efecto directo, o precisando las circunstancias que deben darse para que un precepto que, en principio, carece de efecto directo, pueda llegar a tenerlo.

**483.**

*Efecto directo de los reglamentos.*

El reconocimiento de efecto directo a las normas que integran el Derecho derivado comunitario no ha planteado problema alguno cuando se ha aplicado a los reglamentos. Como el viejo artículo 186 del Tratado CEE estableció desde su primera redacción que el Reglamento «tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todo Estado miembro», la doctrina dedujo enseguida que es una norma con efectos *erga omnes*, que vincula directamente tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos, sin precisar ninguna tarea ejecutiva o aplicativa por parte de los Estados miembros. El Reglamento es autoaplicativo, no precisa necesariamente complementos, *gilt unmittelbar* como dice la versión alemana del Tratado.

**484.**

*Efecto directo de las directivas.*

Las directivas comunitarias son un caso distinto. El mismo viejo artículo 189 antes mencionado establecía que aquellas normas obligarían «a todo Estado destinatario en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios», configuración esta que la convertía en una norma que, por excelencia, precisa de una actividad normativa complementaria, integradora o ejecutiva, de los Estados miembros a los que se dirige. Por esta razón, la doctrina clásica sobre el efecto directo de las directivas estableció con detalle que vinculan a los Estados miembros y no a los ciudadanos. Esta jurisprudencia evolucionó sin embargo, a partir de 1970 (Sentencias *Grad*, de 6 de octubre de 1970, y *SACE*, de 17 de noviembre de 1970), para reconocer que también las directivas podrían llegar a tener efecto directo cuando concurrieran determinadas circunstancias. Las sentencias aludidas afirmaban que del hecho de que el artículo 189 del Tratado atribuyera eficacia directa solamente a los reglamentos no tiene por qué concluirse «que otras categorías de actos contemplados por este artículo no puedan jamás producir efectos análogos». Añadía que en «el caso de que las autoridades comunitarias hubieran, mediante decisión, obligado a un Estado miembro o a todos los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los justiciables de este Estado estuvieran impedidos de prevalerse del mismo en justicia, y las jurisdicciones nacionales impedidas de tomarlo en consideración en tanto que elemento del Derecho comunitario». Conside-

**485.**

*Condiciones para que las directivas tengan efecto directo.*

**486.**

*El efecto útil y la invocabilidad de las directivas ante las jurisdicciones nacionales.*

raciones de este tipo se aplicarán ulteriormente por la jurisprudencia para reconocer paulatinamente el efecto directo de las directivas. Unas veces para declarar, usando otros argumentos, que el tratado no lo excluye (Sentencia *Van Duyn*, de 4 de diciembre de 1974), otras para justificar la utilización de las directivas como parámetro para el control de la legislación interna (Sentencia *Enka*, de 23 de noviembre de 1977). Pero, sobre todo, para añadir un completo test que puede usarse para decidir sobre cuándo ha de reconocerse efecto directo a una directiva (Sentencias *Ratti*, de 5 de abril de 1979; *Comisión v. Bélgica*, de 6 de mayo de 1989, y *Ursula Becker*, de 17 de enero de 1982). De acuerdo con esta última doctrina, que ya se ha mantenido sustancialmente hasta la actualidad, «en todos los casos en que las disposiciones de una directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas, estas disposiciones pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en plazo, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la directiva, o en tanto que son susceptibles de definir derechos que los particulares pueden hacer valer respecto del Estado».

La aplicación directa de las directivas sin necesidad de complementación, trasposición o incorporación al Derecho interno de los Estados, se ha mantenido durante muchos años como una doctrina discutida por parte de algunas jurisdicciones nacionales (muy especialmente el *Conseil d'État* francés: *arrêts Cohn Bendit*, de 22 de diciembre de 1978; *Centre International Dentaire*, de 30 de abril de 1981; *Confédération Nationale des Sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression de la nature*, de 7 de diciembre de 1984, donde puede encontrarse la doctrina clásica).

Por lo que concierne al principio de primacía del Derecho comunitario, que es la otra expresión de la compartición de la soberanía de los Estados con el Derecho de la Comunidad Europea, está formulado por la jurisprudencia comunitaria en términos más rotundos y amplios de los que resultan, en el Derecho interno, de la aplicación del artículo 149.3 de la Constitución, en orden a articular las relaciones internormativas entre el Derecho del Estado y el de las Comunidades Autónomas.

El acta de nacimiento de la doctrina de la primacía está en la Sentencia *Costa/Enel*, de 15 de junio de 1964. Su argumentación es, en síntesis, como sigue: los tratados «han instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros», que «se impone a sus órganos jurisdiccionales...» «esa integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de

**487.**

Claridad de las normas de las directivas y plazo de trasposición.

**488.**

El principio de primacía; origen jurisprudencial.

**489.**

Sentencia *Costa/Enel* de 1964.

fuente comunitaria, y más generalmente los términos y espíritu del tratado, tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta...» «la fuerza ejecutiva del Derecho comunitario, en efecto, no puede variar de un Estado a otro al amparo de las medidas legislativas ulteriores sin poner en peligro la realización de los objetivos del tratado...» «del conjunto de estos elementos resulta que, surgido de una fuente autónoma, el Derecho del tratado no podría, pues, en razón a su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad».

#### 490.

Desarrollos  
jurisprudenciales  
del principio de  
primacía.

En la Sentencia *Costa/Enel*, están ya incorporadas las preocupaciones que alimentarán la jurisprudencia ulterior sobre el alcance de la primacía. En esencia, sus desarrollos aclaran que las normas estatales posteriores a otra comunitaria no pueden dejar sin efecto a esta. No es aplicable el principio de la *lex posterior*, ni tampoco el de la ordenación jerárquica por rango de la legislación interna, ya que la primacía determina la aplicación preferente del Derecho comunitario frente a cualquier texto interno, anterior o posterior a la norma europea, y con independencia de la «clase que sea» la norma interna.

Los desarrollos jurisprudenciales de *Costa/ENEL*, sobre el alcance de la primacía, han completado la doctrina sobre dicho principio, con innumerables precisiones, que, por lo que ahora nos interesa, resumiremos en las tres siguientes:

#### 491.

Aplicación  
inmediata por los  
jueces internos de  
las normas  
europeas en caso  
de conflicto con las  
internas.

Primera, la aplicación inmediata por los jueces de las normas europeas en conflicto con las internas es una constante en la práctica totalidad de las sentencias que se refieren a la primacía del Derecho comunitario. La declaración más rotunda en este sentido, por las razones concretas que luego se dirán, está en la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 («el juez nacional encargado de aplicar... el Derecho Comunitario, tiene obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas»); pero, antes de ellas, el Tribunal ha insistido en que esa actuación automática e incondicionada de los jueces viene exigida por la efectividad de lo suscrito en los tratados; es necesaria también para que los derechos reconocidos por las normas europeas gocen de vigencia plena (Sentencias *Lück*, de 6 de abril de 1968, y *Marimex*, de 7 de marzo de 1972), y no tengan distinta virtualidad en unos y otros Estados miembros de la Comunidad (Sentencia *Leonesio*, de 17 de mayo de 1972).

Segunda, la inoponibilidad a la norma europea de procedimientos internos que aplacen su aplicación efectiva está expresada con claridad en la conocida Sentencia *Leonesio*, de 17 de mayo de 1972. La República italiana oponía al pago de una prima prevista en un reglamento comunitario la circunstancia de que dicho pago suponía un gasto que, por razones incluso de orden constitucional, tenía que estar previsto en el presupuesto; no se negaba, pues, el cumplimiento de la obligación, pero se aducía que era preciso inevitablemente habilitar previamente la correspondiente consignación presupuestaria del gasto. El Tribunal de Justicia, después de decir que estos aplazamientos no previstos en la norma comunitaria son inadmisibles porque suponen que el grado de disfrute de los derechos reconocidos en aquella sería distinto según el país que se tomase como referencia, concluye: «las disposiciones presupuestarias de un Estado miembro no podrían entorpecer la aplicabilidad inmediata de una disposición comunitaria y, en consecuencia, el aplazamiento de los derechos individuales que tal disposición confiere a los particulares».

Tercera, la cuestión de si pueden oponerse a la primacía de la norma comunitaria regulaciones de la propia Constitución está también planteada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El problema que más veces ha provocado el debate al respecto ha sido la circunstancia de que los tratados constitutivos no contengan tabla o catálogo de derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta carencia, que las instituciones comunitarias han ido salvando con declaraciones de diferente alcance, ha servido a algunos Estados para objetar que el catálogo de derechos fundamentales incorporado a sus Constituciones impone un grado intenso de protección de los mismos que no puede quedar rebajado por normas de Derecho comunitario. Si estas reducen la protección o desconocen frontalmente algún derecho constitucional, el principio de primacía no puede servir para hacer efectiva dicha agresión. Veremos más adelante cómo en algún Estado miembro la jurisprudencia constitucional ha establecido en estos supuestos un límite a la primacía del Derecho comunitario. Pero el Tribunal de Justicia rechazó totalmente estos argumentos a partir de las Sentencias *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, e *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970.

Junto al efecto directo y la primacía del Derecho comunitario, es importante considerar el valor que la jurisprudencia comunitaria impone que se le reconozca a efectos de interpretar la legislación interna que lo desarrolle o que pueda aparecer confrontada con el mismo. También en esta importante función el Derecho comunitario

**492.**

*Inoponibilidad a las normas europeas de procedimientos internos que condicionen su aplicación.*

**493.**

*No son oponibles a la primacía regulaciones contenidas en las Constituciones internas.*

**494.**

*¿El respeto a los derechos fundamentales como límite a la aplicación de normas comunitarias?*

**495.**

*La obligación de interpretar la legislación interna conforme al Derecho comunitario.*

cumple un papel semejante al que en el plano interno se reconoce a la Constitución. Las manifestaciones jurisprudenciales de esta preeminencia interpretativa del Derecho comunitario son múltiples. En la Sentencia *Von Colson y Kamann*, de 10 de abril de 1984, el Tribunal de Justicia reseñó, entre los efectos que puede generar una directiva, el de proyectar sobre la legislación nacional, adoptada en ejecución de la misma, «una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario». En la Sentencia *Marleasing*, de 13 de noviembre de 1990, el Tribunal de Justicia se refirió a la obligación de los jueces nacionales de forzar al límite la interpretación procomunitaria del Derecho interno en cualquier clase de litigio. Esta amplia potestad interpretativa obliga al juez a manejar interpretaciones que sean conformes con las reglas comunitarias. Para ello, desde luego, tiene un margen de arbitrio importante, pero, como dijo la Sentencia del Tribunal de Justicia *Pretore di Salo*, de 11 de junio de 1987, la interpretación siempre tiene que mantenerse dentro del límite que marcan los principios generales del Derecho comunitario. Incluso algunas sentencias han admitido la eficacia interpretativa del denominado *soft law* comunitario que integran los actos y comunicaciones que no tienen efectos jurídicos vinculantes. Por ejemplo, Sentencia *Grimaldi*, de 15 de diciembre de 1989. También nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado el *soft law* comunitario como criterio de interpretación, por ejemplo, en las Sentencias de 2 de marzo de 1995 y 13 de diciembre de 1999.

**496.**

Interpretación conforme a los principios del Derecho comunitario.

**497.**

Eficacia interpretativa del *soft law*.

La uniformidad de la interpretación del Derecho Comunitario se asegura mediante las cuestiones prejudiciales de interpretación que, en aplicación de lo establecido en el artículo 234 del Tratado, pueden (o deben, si son órganos judiciales que resuelven definitivamente) plantear ante el Tribunal de Justicia para que establezca la interpretación adecuada sobre cualquier regla de los tratados o del Derecho derivado.

**498.**

Mayor protagonismo interpretativo de los jueces nacionales. Evitación de las cuestiones prejudiciales.

Los términos y límites del planteamiento de cuestiones prejudiciales (su empleo se está tratando de desincentivar en beneficio de la mayor autonomía interpretativa de los jueces y tribunales nacionales, para evitar la acumulación de asuntos en el Tribunal de Justicia; ilustra sobre ello el Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas presentado en enero de 2000), son los que estableció la Sentencia *Cilfit*, de 6 de octubre de 1982, que se han venido manteniendo hasta la actualidad. El deber de plantear cuestiones prejudiciales se excepciona solamente en los supuestos en los que el juez o el tribunal se enfrenta con un acto cuya interpretación

sea clara (doctrina del acto claro), o que ya haya sido establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (doctrina del acto aclarado), que, naturalmente, dejan un enorme margen de apreciación a las jurisdicciones de los Estados miembros.

**499.**  
*Doctrina del acto claro.*

## 2. LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN A LOS TRATADOS DE ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Ya ha quedado dicho que la Constitución europea no es el fruto del poder constituyente ejercido por los representantes elegidos a tal propósito por los ciudadanos, sino el resultado de un acuerdo entre Estados plasmado en un tratado. Pero su contenido y sus características normativas se aproximan francamente a las tradicionales de cualquier Constitución. Esta aproximación se ha hecho más visible en la etapa más reciente de evolución de la Unión Europea, que ha concluido con el Tratado constitucional.

**500.**  
*Paralelismos entre las Constituciones nacionales y la Constitución europea.*

Los paralelismos entre los contenidos de las Constituciones estatales y los de la Constitución europea pueden hacerse aplicando el mismo viejo y tradicional test del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que negaba carácter constitucional a cualquier texto que no tuviera asegurada la separación de poderes y la garantía de los derechos. Lo proyectaremos ahora sobre los textos europeos, añadiendo el imprescindible análisis de las competencias que se asignan a las instituciones comunitarias.

### A) De la separación de poderes y la democracia en Europa

El principio de separación de poderes no ha supuesto en ningún sistema constitucional hasta hoy conocido una atribución rígida y monopolística de las tres funciones tradicionales: legislativa, ejecutiva y judicial a organizaciones diferenciadas. Como hemos estudiado extensamente, la asignación de funciones a cada uno de los poderes ha sido hecha siempre sin evitar algún grado de participación de cada uno de ellos en la función de los demás. El legislativo controla al ejecutivo y produce además, con creciente frecuencia, decisiones de carácter puramente ejecutivo o administrativo. El ejecutivo comparte la función normativa, planteando proyectos de ley o desarrollando mediante reglamentos la legislación aprobada en el Parlamento. Y hasta el poder judicial, definido con la característica de la independencia (artículo 117.1 CE) depende en su organización y funcionamiento

**501.**  
*Teoría y práctica de la separación de poderes.*

**502.**  
*La participación de los poderes en las funciones ajenas.*



de las regulaciones del legislador, y en la designación de los jueces y magistrados y la gestión administrativa de los servicios judiciales de la acción del ejecutivo.

**503.**

*La inaplicación inicial a la Comunidad Europea de la doctrina de la separación de poderes.*

La Comunidad Europea no fue organizada inicialmente con la disciplina de la separación de poderes, aunque cabe reconocer que se ha ido aproximando a ella paulatinamente mediante las reformas sucesivas de los tratados. El déficit más notorio que presentaba la organización institucional inicial, en relación con la teoría de la separación de poderes, era el papel marginal asignado al legislativo. El grueso de la función legislativa se ejercía por el Consejo y por la Comisión, quedando el Parlamento en una posición puramente simbólica y sin significación.

Las reformas ulteriores, aunque no hayan llegado a implantar una separación de poderes estricta, al menos han conseguido aproximar el esquema institucional a los principios más comúnmente utilizados por las Constituciones de los Estados miembros, aunque se mantengan diferencias relevantes.

**504.**

*Atribución y ejercicio de los poderes.*

Tales aproximaciones han consistido en atribuir la función legislativa habitualmente al Consejo y al Parlamento Europeo que la ejercen mediante el denominado procedimiento de codecisión. La Comisión tiene, sin embargo, una posición decisiva en materia de iniciativa legislativa.

Es peculiar la organización de la función ejecutiva porque, sin perjuicio de que la ejerzan en el plano más general el Consejo y la Comisión, la Administración centralizada de la Comunidad Europea está limitada a lo preciso para formular las políticas generales cuya ejecución, sin embargo, está atribuida a los propios Estados miembros, que son la verdadera Administración comunitaria descentralizada.

Por lo que concierne a la función judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene el monopolio real de esa tarea sin perjuicio de que todos los jueces nacionales actúan como jueces comunitarios, ya que les incumbe prioritariamente la tarea de interpretar y aplicar el Derecho comunitario.

**505.**

*La separación de poderes en los tratados.*

El Tratado de la Unión y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TU y TFUE respectivamente) contienen un intento mucho más profundo y definitivo de superar las deficiencias organizativas antes indicadas. El artículo 14 TU atribuye al Parlamento Europeo juntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria, así como funciones de control político. El Consejo compagina

dicha actividad legislativa con la función de formulación de políticas y de coordinación. El Consejo Europeo está compuesto por los jefes de Estado o de Gobierno (artículos 15 y 16 TU). La Comisión Europea tiene la iniciativa legislativa con carácter general (artículo 17 TU), aunque su función ordinaria es de supervisión de la aplicación del Derecho comunitario, de coordinación, ejecución y gestión de las políticas y competencias de la Unión. La Comisión la integran el Presidente, el alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que será uno de sus vicepresidentes y un número de miembros correspondiente a dos tercios del número de Estados miembros (artículo 17 TU). El Tribunal de Justicia, en fin, tiene la competencia exclusiva para resolver los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, en los diferentes supuestos que los Tratados admiten, y la resolución de las cuestiones prejudiciales que planteen los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 19 TU). Estas son las funciones más significativas y su reparto.

El modo en que se han atribuido tradicionalmente las funciones a las instituciones comunitarias, las relaciones entre ellas y la forma de designación de sus miembros, ha servido de fundamento para la crítica de dicha organización general por incurrir en un señalado «déficit democrático» (P. PESCATORE, C. REICH, N. NAVARRO BATISTA, J. PIQUERAS, etc.).

La evolución de las instituciones ha hecho poco a poco más difícil argumentar sobre dicho déficit. El TU se ha esforzado incluso en proclamar la observancia de determinados principios democráticos (artículos 9 a 12). Como ha señalado razonablemente J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, así como el Parlamento era al principio una simple asamblea integrada por representantes de los Parlamentos nacionales, sin ninguna de las competencias características de un Parlamento tradicional, desde 1979 empezó a tener una plena legitimidad democrática formal, ya que desde entonces sus miembros se eligen por sufragio universal directo, y comenzó a asumir funciones características de los Parlamentos: controla la acción de la Comisión (investidura, moción de censura, preguntas e interpelaciones), legisla en colaboración con el Consejo, incluida la aprobación del presupuesto comunitario, etcétera.

Al Consejo se le ha imputado falta de legitimación democrática porque no es designado directamente por el Parlamento, sino que se integra por representantes de los Estados miembros. Pero, aunque así sea, dichos representantes lo son de Gobiernos democráticos que están sometidos a toda clase de controles internos, practicados por

**506.**

*Los fundamentos actuales de la crítica por el «déficit democrático».*

**507.**

*La legitimidad democrática del Parlamento.*

**508.**

*Origen de la legitimidad democrática del Consejo.*

los Parlamentos nacionales de cuya raíz democrática no solo no cabe dudar, sino que viene exigida directamente por el Tratado de la Unión. Su artículo 46, en relación con el 6.1, impuso como requisito para la aceptación de la adhesión de un nuevo Estado miembro la existencia de un régimen democrático interior; por otro lado, el artículo 7 del mismo Tratado establece que en el supuesto de que tal condición desaparezca, el Estado miembro puede ser privado de sus derechos políticos.

**509.**

*El debate en el Tribunal Constitucional alemán sobre el déficit democrático.*

El debate más amplio y profundo, en sede jurisdiccional, sobre la cuestión del déficit democrático, se produjo en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 12 de octubre de 1993, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley de 28 de diciembre de 1992, de ratificación del Tratado de la Unión Europea, y contra la Ley de 21 de diciembre de 1992, que modificaba la Ley Fundamental de Bonn, como consecuencia de lo establecido en aquel Tratado.

**510.**

*Sentencia del TCF alemán de 12 de octubre de 1993.*

Aunque hemos de examinar más adelante con atención la argumentación de esta Sentencia, cabe anticipar que la parte más extensa y minuciosa de la misma está dedicada al análisis de si el Tratado de la Unión vulnera el artículo 38 de la Ley Fundamental de Bonn en razón del «déficit democrático» existente a nivel comunitario. El artículo 38 asegura que «los diputados del *Bundestag* son elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia». Los recurrentes se quejaban de que el Parlamento Europeo tenía esencialmente una función de carácter consultivo. «En consecuencia —decían los recurrentes—, el principio de democracia y la exigencia de legalidad de la acción administrativa están sustituidas por su contrario, puesto que la Administración, que ejecuta las leyes, se las da a sí misma». Los ciudadanos tienen derecho a que su voto conserve su contenido esencial, que radica en la designación de un órgano legislativo verdadero. En la Comunidad, la función legislativa incumbe al Consejo y a la Comisión que son parte del ejecutivo. El Parlamento no es el legislador. El «legislador comunitario» no posee legitimación democrática directa, como la tiene el *Bundestag*.

**511.**

*La significación constitucional del principio de democracia.*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia mencionada, interpreta que el principio de democracia implica que el ejercicio de las atribuciones y competencias estatales pueda ser referido al pueblo del Estado y justificado ante él. El elemento decisivo es la conservación de un grado suficientemente efectivo de legitimación democrática. La

conservación del principio democrático así entendido es esencial porque la propia Ley Fundamental de Bonn declara en su artículo 79.3 que aquel principio es irreformable. Sin embargo, desde el momento en que la República Federal alemana se adhiere a una comunidad de Estados a la que se han atribuido competencias autónomas pertenecientes al poder soberano, en base a lo permitido por el artículo 23 de la Ley Fundamental, la legitimación democrática no puede ser concedida de la misma forma que en el marco de un orden estatal regido de manera uniforme y definitiva por una Constitución estatal. Desde el momento en que una organización supranacional recibe derechos de soberanía, el órgano de representación elegido por el pueblo, el *Bundestag* y, con él, el ciudadano titular del derecho de voto «pierden necesariamente una parte de su influencia sobre el proceso político de elaboración de la voluntad y de las decisiones». «El principio democrático —dice la sentencia— no es obstáculo para la adhesión de la República Federal de Alemania a una comunidad interestatal —cuya organización es de tipo supranacional—. Sin embargo, esta adhesión está subordinada al hecho de que la legitimación y la influencia del pueblo se aseguren igualmente en el marco de la agrupación de Estados». En la agrupación de Estados que constituye la Unión Europea, «la legitimación democrática implica necesariamente la referencia de la acción de las instituciones europeas a los Parlamentos de los Estados miembros». De lo que resulta que «el *Bundestag* debe conservar atribuciones y competencias de una importancia sustancial». Se entiende, en consecuencia, que se vulneran las reglas constitucionales cuando la transferencia de competencias en favor de la organización supranacional es indeterminada e imprecisa. El respeto al principio de intervención del parlamento democrático impone que las competencias que se transfieren sean de atribución. Especialmente, por ello, es preciso que la competencia de la competencia quede siempre a disposición de las instituciones democráticas de la Federación y no se traslade, en ningún caso, a la organización supranacional.

El fracasado Tratado-Constitución de 2004 se esforzó en reforzar la significación del principio democrático en la Unión, para contrarrestar las críticas a su plena vigencia. Ratificó la significación de la democracia consagrándola como valor en el que «la Unión se fundamenta» (artículo 2), como había anticipado ya el Tratado de Maastricht. Los artículos 46 y 47 recogían las dos proyecciones básicas del principio democrático: la democracia representativa, que ha de regir el funcionamiento de las instituciones y determina que los ciudadanos estén representados en la Unión a través del Parlamento, y los Estados miembros a través del Consejo Europeo y del Consejo de Ministros.

**512.**

*El principio democrático no es obstáculo para la adhesión a organizaciones supranacionales, pero han de observarse algunas condiciones.*

**513.**

*La transferencia de competencias no puede ser indeterminada e imprecisa.*

**514.**

*Reforzamiento del principio democrático en la Constitución europea de 2004.*

**515.***Democracia representativa.*

Declaraba el derecho de todo ciudadano a participar en la vida democrática de la Unión, e imponía a las instituciones que las decisiones fueran adoptadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que fuese posible. Se reconocía, en fin, el papel de los partidos políticos de dimensión europea en cuanto contribuyen a la formación política de la conciencia europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.

**516.***Democracia participativa.*

La segunda manifestación del principio de democracia es la democracia participativa, en cuya virtud el artículo 47 del Tratado de 2004 obligaba a las instituciones a dar a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de acción de la Unión, manteniendo un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil. Se reconoce la iniciativa de los ciudadanos de la Unión (siempre que agrupe a más de un millón de ciudadanos de un número significativo de Estados miembros), para presentar propuestas sobre cuestiones que requieran un acto jurídico de la Unión a efectos de la aplicación de la Constitución. Estos principios y exigencias han quedado consignados en los artículos 9 a 12 del TU.

## B) Las competencias constitucionales de la Unión Europea

**517.***La peculiaridad de las técnicas de reparto de competencias utilizadas.*

La determinación de las competencias de la Comunidad Europea ha sido uno de los puntos negros tradicionales de su estructura constitucional. En lugar de utilizarse en los tratados constitutivos, especialmente en el Tratado CEE, criterios de reparto de competencias semejantes a los implantados en las Constituciones federales de los Estados miembros, se empleó un método, expresado fundamentalmente en los originales artículos 2, 3 y 235, del que resultaba la atribución a la Comunidad de la responsabilidad de realizar diversas políticas y acciones a los efectos de alcanzar el establecimiento de un mercado común. Estas políticas estaban definidas en términos generales en el Tratado, que contaba con una cláusula de cierre, establecida en el artículo 235, que permitía a las instituciones comunitarias adaptar sus competencias cuando fuese necesario para alcanzar alguno de los objetivos que la Comunidad tenía encomendados («Cuando la acción de la Comunidad —decía el precepto citado, actualmente, con redacción revisada, artículo 352 del TFUE— resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesari-

**518.***La cláusula de los poderes implícitos.*

rios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes»).

La atribución de competencias se hizo conforme a un criterio denominado funcional, en el que aparecen vinculadas a los objetivos o fines que la Comunidad está llamada a alcanzar en cada momento. El criterio es tan flexible como confuso. Este método funcional ha permitido que la asignación de competencias se haga con notable flexibilidad, en perjuicio de la sistematización y la claridad en la distribución de las mismas, sobre todo en relación con los Estados miembros. El «método Monet», que es el funcional citado, se empezó a poner radicalmente en cuestión a medida que se hizo más evidente la confusión existente y la necesidad de sustituirlo por otro sistema de reparto competencial más claro, nutrido de principios y reglas que no fuesen muy diferentes de los utilizados con carácter general por los Estados de estructura federal.

Según el sistema tradicional, las competencias de la Comunidad Europea se configuraban como de atribución, lo que determinaba que la competencia original y residual pertenece a los Estados. Las competencias atribuidas a las instituciones europeas tienen, según lo indicado, una configuración finalista. Se asignan para la obtención de los fines generales que tienen encomendados y a los efectos de poder realizar las políticas que los tratados han señalado.

La determinación de estos objetivos y políticas era más o menos estanca en los primeros años de desarrollo de la Comunidad. Pero las modificaciones de los tratados, o la misma utilización del artículo 235 del Tratado CE, han provocado continuas ampliaciones de los mismos. Estas expansiones han podido ser bien atendidas porque el método funcional de atribución de competencias permitía una adaptación inmediata de estas sin modificar los tratados.

Pero al no consignarse dichas adaptaciones en ningún texto que las organizara de un modo sistemático, se ha ido haciendo cada vez más difícil reconocer las potestades que tienen atribuidas las instituciones, los actos que se dictan en virtud de las mismas, la naturaleza exclusiva o compartida de las competencias, las relaciones en cada caso con las responsabilidades de los Estados, etc. La conclusión del proceso ha sido el incremento de la confusión y la complejidad, potenciada por el casuismo, la falta de precisión o delimitación de los contornos de los poderes que la Comunidad ejerce, el carácter asistemático del con-

**519.**

*El criterio funcional de reparto de competencias.*

**520.**

*Críticas al «método Monet».*

**521.**

*Configuración finalista de las competencias.*

**522.**

*Dificultades de identificar las competencias y su naturaleza exclusiva o no.*

junto, el riesgo de un crecimiento ilimitado de las competencias en perjuicio de la posición de los Estados, etc.

**523.**

*Correcciones al sistema en el Tratado de Maastricht.*

Estas son algunas de las razones de la denominada crisis del sistema funcional, que empezó a hacerse explícita sobre todo a partir del Tratado de Maastricht, acordado el 7 de diciembre de 1992. La primera gran corrección la impone precisamente este Tratado y consiste en el robustecimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

**524.**

*El principio de subsidiariedad.*

Los documentos comunitarios que, después de la firma del Tratado de la Unión, se han referido al principio de subsidiariedad, explican que la regla estaba ya implícita en los tratados constitutivos y resultaba del empleo que de ella hacía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Tal vez haya un embrión del principio en el artículo 5 del Tratado CEEA y algunas aplicaciones en la jurisprudencia que versa sobre el principio de proporcionalidad en el empleo de los poderes de las instituciones de la Comunidad. Pero, de forma expresa, el principio de subsidiariedad no aparecerá citado hasta una ocasión tan reciente como la proporcionada por el Acta Única Europea y en relación con una acción específica, la relativa al medio ambiente (artículo 130R).

**525.**

*Origen.*

Fue el Tratado de la Unión la norma que elevó a la categoría de principio general esta regla de la subsidiariedad. La recogió el artículo 3B, actualmente artículo 5.2 del Tratado de la Unión, y dice lo siguiente: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en el caso de que, y en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

**526.**

*Subsidiariedad en el Tratado de la Unión.*

Poco tiempo después de aprobado el TU dos documentos oficiales se refirieron a la interpretación del artículo 3B: la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, denominada «el principio de subsidiariedad», publicada en Bruselas el 27 de octubre de 1992, y las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992.

**527.**

*Interpretaciones y aclaraciones de la significación de la subsidiariedad.*

La Comisión, en la Comunicación citada, estima que la consagración del principio de subsidiariedad no es más que la aplicación de un «principio de sentido común, en virtud del cual, la Comunidad, en ejercicio de sus competencias, no debería hacer sino lo que puede ser mejor realizado desde este nivel». Esta fórmula existe además, según

el documento citado, en todos los federalismos o en los Estados complejos de cualquier género: en todos ellos se procura que las decisiones se adopten de manera más próxima a los ciudadanos; la excepción es que las decisiones se tomen «por los escalones más elevados del cuerpo político».

El Consejo de Edimburgo siguió también muy de cerca estas apreciaciones de la Comisión. Insistió sobre todo en aclarar que las competencias de la Comunidad son las que están establecidas en los Tratados y, en este sentido, el principio de subsidiariedad no debe considerarse una nueva regla de atribución de competencias. Su función es establecer una disciplina concreta para su ejercicio. Trata de recortar el uso inmoderado de las competencias por las instituciones comunitarias, forzándolas a que solo asuman aquellas tareas que los Estados, en sus diferentes niveles de decisión, no pueden asumir solos de manera satisfactoria.

La idea se puede explicar de otras varias formas, como se ocupan de declarar la Comunicación de la Comisión y el documento de Edimburgo: las instituciones europeas solo deben intervenir cuando se aprecie de manera evidente la «plusvalía comunitaria» de esta acción centralizada; tener a la vista permanentemente esta vocación, supone usar una regla de *minimis*, para actuar solamente cuando sea imprescindible. Se trata, a la postre, de «actuar menos para actuar mejor».

La subsidiariedad cumple su misión fundamental en el campo de las competencias compartidas. Cuando la Comunidad usa una competencia exclusiva no tiene por qué someterse a la misma disciplina. El problema, sin embargo, radica en que tal y como han estado asignadas las competencias a las instituciones comunitarias, de acuerdo con los resultados asistemáticos del método funcionalista, ya indicados, no siempre es fácil saber cuándo una competencia es verdaderamente exclusiva. Por ello los documentos que comentamos reconocen a las instituciones comunitarias un «margen de apreciación» para decidir sobre la aplicación de la regla de la subsidiariedad. Cuando la competencia es compartida con los Estados, el principio de subsidiariedad impone que las instituciones comunitarias justifiquen, primero, que su intervención es necesaria y, segundo, que el instrumento empleado para actuar es el adecuado y no excesivamente limitador de la posición relativa de los Estados.

La determinación de si una acción comunitaria es o no precisa debe hacerse usando un test que permita hallar la «eficacia comparativa» entre la acción de la Comunidad y la de los Estados miembros. Puede

**528.**

*No es una nueva regla de reparto de competencias, sino relativa a su ejercicio.*

**529.**

*La «plusvalía comunitaria» de la actuación y la regla de minimis.*

**530.**

*Subsidiariedad y competencias compartidas.*

**531.**

*Test de la eficacia comparativa entre la acción estatal y la comunitaria.*



servir a tal propósito determinar el efecto de escala de la acción, el coste de la inactividad, la necesidad de mantener una coherencia razonable, los límites eventuales de la acción a nivel nacional, la necesidad de evitar que la competencia sea falseada en el interior del mercado común, etc. Una vez determinada la necesidad de la actuación, el principio de subsidiariedad también obliga a medir la intensidad de la actuación. En este punto juega un papel fundamental el principio de proporcionalidad, del que venía haciendo uso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde más antiguo.

**532.**

*Los problemas de las deficiencias técnicas de las normas comunitarias.*

La aplicación de estas reglas sobre el ejercicio de las competencias también determina la revisión del empleo de algunos instrumentos de actuación disponibles para las instituciones. Estas tienen a su disposición, en efecto, instrumentos de carácter normativo y otros que no lo son. A los de carácter normativo dedican los documentos que comentamos algunas críticas que recogen un estado de opinión bastante extendido entre la doctrina. Se refieren a las graves deficiencias técnicas que presentan, con demasiada frecuencia, las normas comunitarias, incluso por lo que concierne a su estructura sistemática y a su redacción, y su excesivo detallismo que termina por arrinconar a la legislación estatal de desarrollo, que apenas tiene posibilidades de contener regulaciones innovativas en los sectores ocupados por normas comunitarias.

**533.**

*Ajustar la legislación comunitaria.*

Las nuevas prácticas en el ejercicio de las competencias deben permitir que recupere protagonismo la legislación estatal. Es indispensable, para ello, que las directivas no usurpen a los reglamentos su estructura y su régimen, como no es infrecuente en la práctica, y retornen a su naturaleza de normas que establecen principios que han de ser desarrollados libremente por los Estados. Incluso, aun manteniéndose la directiva dentro de su técnica normativa propia, deben preferirse las directivas marco o de principios, a las directivas detalladas.

**534.**

*Redefinir el papel de las directivas.*

Todas estas aportaciones sobre la significación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad pasaron luego al «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», establecido en 1997 con el Tratado de Ámsterdam. El inciso final de su apartado 3 insiste en la significación de la regla: «El principio de subsidiariedad —dice— ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias a nivel comunitario. La subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias

**535.**

*Protocolo sobre subsidiariedad y proporcionalidad en el Tratado de Ámsterdam.*

así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada».

La cuestión más seria que los Tratados de la Unión y de Ámsterdam dejaron de resolver en relación con el principio de subsidiariedad es la relativa a las garantías de su cumplimiento por las instituciones comunitarias. Los documentos elaborados con ocasión del Tratado de Maastricht reconocían, como ya se ha dicho, un amplio margen de apreciación concerniente a la valoración del régimen aplicable al ejercicio de las competencias caso por caso. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que tuvo que enfrentarse en los años noventa con impugnaciones de actos comunitarios por infracción del principio de subsidiariedad, nunca fue restrictiva de la amplia discrecionalidad con que se manejaba en la práctica (Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996 y 13 de mayo de 1997). El Tratado constitucional de 2004, sin embargo, se ocupó, al tratar de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, de establecer mecanismos de reacción que pueden aplicarse frente a su incumplimiento. En el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejos al mencionado Tratado, se establecían las siguientes garantías: a) la Comisión debe motivar sus propuestas de modo que se pueda evaluar su adecuación a los principios indicados justificando, en particular, las razones que fundamenten que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor a nivel de esta; b) todo Parlamento nacional de un Estado miembro o toda Cámara de un Parlamento nacional podrá, en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de transmisión de la propuesta legislativa de la Comisión, enviar a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo de Ministros y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que se considera que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad; c) cuando los dictámenes motivados sobre incumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de la propuesta de la Comisión representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y a las Cámaras de los Parlamentos nacionales, la Comisión deberá volver a estudiar su propuesta. Tras este estudio, podrá decidir mantenerla, modificarla o retirarla motivadamente; d) el Tribunal de Justicia será competente para conocer los recursos por incumplimiento del principio de subsidiariedad por un acto legislativo.

La función que se reserva al principio de subsidiariedad es, en cualquier caso, muy limitada y evidencia que no puede estar en él el arreglo del carácter fragmentario y asistemático del sistema de reparto de competencias comunitario, que ha precisado de reformas más profun-

**536.**

*Garantías para el cumplimiento de la regla de la subsidiariedad.*

**537.**

*Discrecionalidad.*

**538.**

*Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.*

**539.**

*Motivación de las decisiones.*

**540.**

*Opinión y dictámenes motivados sobre incumplimiento.*

**541.**

*Recursos por incumplimiento.*

**542.**

*Renovación de las técnicas de reparto de competencias.*

das, en cuya necesidad se ha seguido insistiendo hasta la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

En esta se establecen de modo más claro los principios y las reglas a las cuales se acomoda el reparto de competencias entre la Unión y los Estados.

**543.**  
Principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad.

Los principios esenciales son los de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 5 del TU), así como el de competencia residual a favor de los Estados (artículo 5.2 *in fine*: «toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros»). Ninguno de ellos es, como se deduce de lo que va dicho, absolutamente innovador en relación con lo establecido hasta ahora. Las competencias comunitarias han sido siempre, en efecto, de atribución (el artículo 9.2 TU las define en el siguiente sentido: «En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados, con el fin de lograr los objetivos que esta determina»). El reconocimiento en el Tratado de Maastricht de la facultad de la Unión de dotarse «de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas», fue entendida en algunos Estados miembros como una atribución a las instituciones comunitarias de la competencia de la competencia. La objeción fue, en el caso de Alemania, una de las principales alegaciones utilizadas en el recurso contra la Ley de ratificación del Tratado de Maastricht. El Tribunal Constitucional Federal desestimó en su Sentencia de 12 de octubre de 1993 estas impugnaciones argumentando, precisamente, que la *Kompetenz-Kompetenz* únicamente pertenece al Estado federal alemán, siendo las competencias comunitarias de atribución.

**544.**  
Atribución y competencia de la competencia.

Por lo que concierne a los principios de competencia residual, subsidiariedad y proporcionalidad, que reconoce el artículo 9 TU, no constituyen, según lo dicho, innovaciones sobre lo establecido anteriormente, pero sirven de modo muy útil para sistematizar alrededor de ellos las competencias comunitarias.

**545.**  
Competencias exclusivas.

Fue muy innovadora la reordenación general del sistema de atribución de competencias que acordó el fracasado Tratado Constitución (quizá fuera esta una de las razones principales que determinaron su no ratificación en algunos Estados, por las reticencias frente al avance de signo federalista que este nuevo régimen de las competencias implicaba): primero la clasificación de las competencias en *exclusivas* de la Unión (artículo 11.1: cuando la competencia es exclusiva de la Unión «solo esta podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculan-

tes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si la Unión les autoriza a ello o para aplicar los actos adoptados por esta»), *compartidas* entre la Unión y los Estados (artículo 11.2 «cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros tendrán potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no hubiere ejercido la suya o hubiere decidido dejar de ejercerla») y *complementarias de la Unión* o de apoyo a la acción de los Estados (artículo 11.5: la Unión tiene competencia en determinados ámbitos «para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de estos en dichos ámbitos»).

En segundo lugar, regulaba la tipología de actos o decisiones a través de los cuales podría instrumentarse el ejercicio de las competencias. Eran: la ley europea, la ley marco europea, el reglamento europeo, la decisión europea, las recomendaciones y los dictámenes (artículo 33.1). Es muy principal la distinción entre la *ley europea*, denominación con la que pretendía sustituir la de reglamento (artículo 33.1, inciso segundo: «la ley europea es un acto legislativo de alcance general, será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro», definición en la que con toda evidencia se sigue la establecida para los reglamentos en el viejo artículo 189 del Tratado CE), y la *ley marco europea*, que aspiraba a sustituir a las directivas y que se definía con el mismo criterio aplicado hasta ahora a estas (artículo 33.1, inciso tercero, en el que también es evidente el seguimiento de lo dispuesto para las directivas en el antiguo artículo 189 antes citado: «La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios»). El *reglamento europeo* se explicaba como un acto legislativo de alcance general que tiene por objeto la ejecución de actos legislativos y de determinadas disposiciones particulares de la Constitución (artículo 33.1, cuarto inciso; estos reglamentos podrían ser obligatorios y directamente aplicables, o tener la forma de reglamentos marco, con las mismas características estructurales que las leyes marco). La *decisión europea* es un acto no legislativo obligatorio en todos sus elementos. Y las *recomendaciones* y los dictámenes son adoptados por las instituciones y no revisten carácter vinculante (artículo 33.1, *in fine*).

**546.**  
Competencias  
compartidas.

**547.**  
Competencias  
complementarias.

**548.**  
Ley europea.

**549.**  
Ley marco europea.

**550.**  
Reglamento  
europeo.

**551.**  
Decisiones y  
recomendaciones.

**552.**

*Competencias y  
ejecutivas.*

Por lo que concierne a las competencias ejecutivas, se atribuían con carácter general a los Estados miembros, con las excepciones que se precisaran para permitir a la Unión adoptar medidas de ejecución de su propio Derecho (artículo 37).

**553.**

*Competencias y  
procedimientos  
para la producción  
de «actos».*

La racionalización y sistematización de los actos jurídicos de la Unión no solo se refería a la determinación más exacta de su régimen, sino, sobre todo, como ocurre también en el seno de los Estados, a la distribución interna del poder dentro de la Comunidad, delimitando el tipo de actos que puede adoptar cada institución, las relaciones entre ellos, y los procedimientos que han de seguirse para la adopción de cada tipo concreto. En este sentido se atribuía la competencia para adoptar las leyes y las leyes marco europeas al Parlamento y al Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión, conforme al procedimiento legislativo que la propia Constitución regula (artículo 34). Los actos no legislativos se encomendaban a la competencia del Consejo de Ministros y la Comisión, aunque también se facultaba al Banco Central Europeo para adoptar reglamentos y decisiones cuando la Constitución lo autorizase (artículo 35). Los mismos órganos serían los competentes para dictar recomendaciones. El artículo 36 de la Constitución autorizaba que las leyes y leyes marco europeas pudiesen delegar en la Comisión la competencia para promulgar reglamentos delegados que completasen o modificaran determinados elementos no esenciales de la ley o ley marco. Las leyes y leyes marco europeas delimitarían, en fin, de forma expresa sus objetivos, contenido, alcance y duración. No podrían delegarse los elementos esenciales de un ámbito. Las leyes y leyes marco europeas resolverían sobre las condiciones a que estaría sujeta la delegación, entre las cuales la libre revocación y también la suspensión de su entrada en vigor hasta que transcurriese un plazo atribuido al Parlamento o al Consejo de Ministros para que formulara observaciones.

**554.**

*Reparto de las  
competencias  
normativas.*

Cabe subrayar, para concluir, lo evidente: el Tratado constitucional firmado en Roma en 2004 constituyó un intento de aproximación a las técnicas de reparto de competencias y regulación de los instrumentos de actuación de los poderes públicos habituales en las Constituciones de los Estados miembros de estructura federal. También en esto, por consiguiente, dicho Tratado constitucional quiso ser una norma jurídica cuyos rasgos característicos se asemejaran a los de las leyes fundamentales tradicionales, abandonando, por tanto, las peculiaridades que se justificaron históricamente cuando los objetivos de la integración comunitaria eran la modesta creación de un mercado común. Pudo ser un hito pero, de momento, solo podemos recordar el Tra-

**555.**

*Delegaciones  
normativas.*

**556.**

*Aproximación a las  
reglas de los  
federalismos.*

tado-Constitución y sus esfuerzos como una anécdota de la historia de la Unión.

### C) Los derechos fundamentales y sus garantías

Los tratados fundacionales de la Comunidad Europea no incluyeron ningún catálogo de derechos fundamentales, según la práctica común de las constituciones de los Estados miembros aprobadas inmediatamente después de la segunda gran guerra europea. No hacía falta hacerlo, los tratados no eran constituciones ni pretendían parangonarse con ellas.

El Tribunal de Justicia tampoco apreció inmediatamente la necesidad de rellenar ese vacío, probablemente en la creencia de que los objetivos inmediatos de la Comunidad ni pasaban por las garantías de los derechos ni imponían concretos niveles de salvaguardia de estos. Las primeras ocasiones en que el problema de la protección de los derechos fundamentales llegó al Tribunal comunitario fueron por razón de reclamaciones de sujetos privados que pretendían la aplicación en el ordenamiento comunitario de algunos derechos reconocidos en sus Constituciones estatales. En la Sentencia *Stork v. Alta Autoridad*, de 4 de febrero de 1959, el Tribunal abordó la cuestión por primera vez y volvió enseguida sobre ella en la Sentencia *Comptoirs de vente v. Alta Autoridad*, de 15 de junio de 1960, y, al tiempo, *Geitling* (asunto 13/60). La opinión más asentada entonces era que no resultaba aceptable la interpretación del Derecho comunitario conforme a las disposiciones sobre derechos fundamentales de los ordenamientos de los Estados miembros. Ambos tenían que considerarse ordenamientos separados. El comunitario gozaba de una posición de autonomía y contaba con instrumentos propios de interpretación que excluían que hubiera que recurrir a fuentes externas para completarse o integrarse

Esta doctrina dejaba en blanco la respuesta a la grave situación de resolver si los derechos fundamentales estaban protegidos en la Comunidad Europea, en qué grado y cuáles eran las garantías dispuestas al respecto.

El Tribunal de Justicia empezó a encontrar oportunidades para dar respuestas a estas cuestiones desde mediados de los años sesenta, utilizando los recursos prejudiciales que planteaban los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Seguir manteniendo que en el Derecho comunitario no existía un catálogo de derechos fundamentales expresamente protegido, y que tampoco era posible tener en

**557.**

*El vacío inicial de los tratados.*

**558.**

*Autonomía del Derecho europeo.*

cuenta el nivel de protección que les dispensaban las Constituciones nacionales, era una posición completamente insatisfactoria.

Las tensiones que esta situación llegó a plantear en la historia jurisprudencial del Derecho comunitario han sido muchas veces recordada y explicada. A partir de la Sentencia *Stauder*, de 2 de noviembre de 1969, el Tribunal de Justicia estableció que los derechos fundamentales de la persona formaban parte de los *principios generales del Derecho comunitario*, cuyo respeto aseguraba el Tribunal. Lo que no dijo aquella Sentencia fue ni cuáles eran los derechos protegidos ni el modo de identificarlos. Pero la cuestión la aclararía enseguida la importante Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970: la tarea de configurar el catálogo de derechos fundamentales corresponde al Tribunal de Justicia que utilizará como fuente «las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros».

Explorar el contenido de esas «tradiciones» era tarea ardua y el Tribunal comunitario la abordó casuísticamente atribuyéndose una extensa discrecionalidad para deducir desde las Constituciones y las prácticas jurisprudenciales existentes en los Estados miembros principios que pudieran tener una aplicación común en el espacio europeo. Se reconocerían los derechos como «principios generales», al modo en que el Consejo de Estado francés había hecho para fijar un cuerpo de principios esenciales, no consignados por escrito sino contenidos en su jurisprudencia, con rango suprallegal y primacía aplicativa sobre las normas ordinarias, además de con valor interpretativo de los tratados y el ordenamiento comunitario al completo.

El Tribunal Constitucional italiano opuso a dicho método constructivo, cuando ya había comenzado a ensayarse, en su Sentencia *Frontini*, de 27 de diciembre de 1973, que el proceso de integración europeo no podía suponer que los órganos comunitarios tuvieran reconocido «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana». Y el Tribunal Constitucional alemán hizo la misma protesta en su Sentencia *Solange I*, de 29 de mayo de 1974. Ambas Sentencias terminaban reservando a los tribunales internos un último derecho de supervisión sobre las medidas comunitarias que pudieran resultar contrarias a las Constituciones nacionales y, más en particular, a los derechos consagrados en las mismas. Y ello aduciendo que el nivel de protección de los derechos fundamentales era superior, en sus respectivas Constituciones, que el que ofrecía la jurisprudencia comunitaria.

**559.**

Los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario.

**560.**

Deducción de los principios a partir de las Constituciones estatales.

**561.**

Posición inicial de algunos tribunales constitucionales.

**562.**

Límites a la primacía del Derecho europeo frente a los derechos fundamentales.

Frente a esta doctrina de los tribunales constitucionales, el Tribunal de Justicia comunitario negó la posibilidad de que los tribunales internos pudieran enjuiciar o inaplicar normas comunitarias invocando posibles contradicciones con las Constituciones estatales (rotundamente en la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978: «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»). Pero sus primeras sentencias en materia de protección de derechos fundamentales no resultaron satisfactorias para las jurisdicciones constitucionales de los Estados. Precisamente el Tribunal Constitucional Federal alemán había establecido su criterio en la Sentencia citada a solicitud de un juez de instancia no satisfecho con la respuesta que le había dado el Tribunal europeo en *Internationale Handelsgesellschaft*. El Tribunal alemán consideró que «en tanto que» el ordenamiento comunitario no contara con un catálogo de derechos, cualquier juez podía anteponer los consagrados en la Constitución a la aplicación de una medida adoptada por los organismos europeos.

La invocación del respeto a los derechos fundamentales, de acuerdo con los principios reconocidos en las tradiciones comunes de los Estados miembros, era una fórmula insuficiente porque ni aquellas tradiciones son idénticas ni se precisaba si se tomarían de las mismas los niveles máximos de protección o se recogerían estándares medios.

La Sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974, dio un paso más para resolver estas suspicacias: aseguró que sería suficiente con que un principio estuviera reconocido en cualquier Estado para que hubiera que otorgarle relevancia comunitaria («el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados»), lo que concluiría en que el estándar europeo de protección nunca podría ser inferior al establecido en cualquiera de los Estados miembros. Añadió, además de los estándares constitucionales nacionales, la necesidad de tener en cuenta que «... los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos..., a los que los Estados miembros han cooperado o adherido, pueden suministrar igualmente indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del

**563.**  
Posición del TJ en  
la jurisprudencia  
*Simmenthal*.

**564.**  
Las tradiciones  
constitucionales  
comunes en la  
jurisprudencia  
del TJ.



Derecho comunitario». Más allá de la consideración de los derechos como principios generales, se apuntaba la conveniencia de contar con un catálogo detallado al modo del establecido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

*Nold* sistematizó la doctrina establecida hasta entonces por el Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales teniendo en cuenta las posiciones que habían adoptado los tribunales constitucionales europeos. Se conocía ya que el asunto resuelto por la importante sentencia del Tribunal de Justicia *Internationale*, de 17 de diciembre de 1970, iba también a ser examinado por el Tribunal Constitucional alemán, que lo había admitido a trámite.

El Tribunal de Justicia añadió, en la Sentencia *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979, algunos argumentos aclaratorios del problema. Dijo que: «... la cuestión relativa a un atentado de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede ser apreciada más que en el marco del Derecho comunitario mismo. La introducción de criterios de apreciación particulares, procedentes de la legislación o el orden constitucional de un Estado miembro determinado, por el hecho de atentar a la unidad material y a la eficacia del Derecho comunitario, tendría por efecto, irremisiblemente, quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad».

Fueron precisamente las citadas Sentencias *Nold* y *Hauer*, las primeras que utilizaron, para referirse al nivel de protección de los derechos implantados en la Comunidad, la idea de equivalencia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Estas mejoras en el planteamiento jurisprudencial sobre las garantías de los derechos en el ordenamiento comunitario, y la segura apreciación de que la confrontación entre criterios jurisprudenciales estatales y comunitarios solo conduciría a bloquear el progreso de la integración europea, llevó a los Tribunales Constitucionales alemán e italiano a rectificar sustancialmente su doctrina anterior: el primero, con su Sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, y luego con la de 12 de mayo de 1989 (*Soweit*), y el segundo con las Sentencias *Granital*, de 8 de junio de 1984, y *Fragd*, de 21 de abril de 1989. Ambos, especialmente el Tribunal Constitucional alemán, han tenido oportunidades ulteriores de reiterar su reserva última de intervención en la hipótesis (que, desde luego, es hoy altamente improbable) de que los

### 565.

Rectificación de las jurisprudencias constitucionales alemana e italiana.

derechos fundamentales no fueran suficientemente respetados por las instituciones comunitarias y protegidos por el Tribunal de Justicia.

La invocación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos por la jurisprudencia del Tribunal comunitario dio más solidez a la delimitación de un estándar claro de las garantías de los derechos fundamentales y la fijación por remisión de un catálogo de derechos concreto. En este sentido, aunque la alusión a los derechos como principios generales aseguraba su protección, se precisaba un texto donde encontrar referencias a los derechos en concreto protegidos, que superase la determinación jurisprudencial y casuística de los mismos.

Desde mediados de los años setenta se iniciaron estudios y debates en el seno de las instituciones sobre la posible adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo. El argumento se desarrolla en el Informe de la Comisión sobre la protección de los derechos fundamentalmente en el ámbito comunitario de 14 de febrero de 1976, en la Declaración conjunta de 5 de abril de 1977 del Parlamento, el Consejo y la Comisión, y en el Memorándum de la Comisión de 4 de abril de 1979 sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio de 1950, abiertamente partidario de la adopción de tal decisión.

Pero, aunque siempre se siguió alentando esta posibilidad, el Tribunal de Justicia subrayó los problemas que plantearía la aplicación del Convenio, que llevaría a la formación de estándares diferenciados de protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y en el ámbito de los Estados miembros.

En particular, la citada Declaración común, adoptada el 5 de abril de 1977 por la Comisión, el Parlamento y el Consejo acogía la jurisprudencia *Nold* y *Hauer*, y reiteraba el compromiso de respetar los derechos humanos en la adopción de cualquier acto o política legislativa. Aseguraba que esa preocupación había de extenderse no solo a las normas de los tratados y del derecho derivado, sino también a «los principios generales del Derecho y, en particular, a los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se funda el Derecho constitucional de los Estados miembros», propósito para el que se tendrían en cuenta los derechos fundamentales «que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión siguió sirviéndose de estos criterios para asegurar el respeto de muchos derechos

## 566.

*Primeros debates sobre la adhesión al Convenio de 1950.*

**567.**  
La garantía de los  
derechos en la  
jurisprudencia del  
TJUE.

fundamentales. Por ejemplo: la no discriminación por razón de la nacionalidad (sentencias *Dennis MacQuen y otros v. Grandvision Belgium*, de 20 de septiembre de 2001; *C. García Avello v. Estado belga*, de 15 de marzo de 2005), discriminación por razón de sexo (sentencias *Dekker*, de 8 de noviembre de 1990; *Evelyne Thibault*, de 3 de febrero de 2000; *Ursula Vass v. Land Berlin*, de 26 de febrero de 2008; *María Luisa Melgar v. Ayuntamiento de Los Barrios*, de 29 de noviembre de 2001), dignidad humana (STCE Países Bajos v. PE y Consejo de la UE, de 9 de octubre de 2001), libertad de expresión (SSTJCE *Connolly*, de 6 de marzo de 2001, y *Laserdisken*, de 12 de septiembre de 2006), libertad de asociación (STPI *Martínez y otros v. PE*, de 2 de octubre de 2001), derecho a la tutela judicial (STJCE *Johnston*, de 15 de mayo de 1986; *Unibet*, de 13 de marzo de 2007; *Eurofood*, de 2 de mayo de 2006), inviolabilidad del domicilio (SSTJCE *National Panasonic*, de 26 de junio de 1980, y *Comisión v. Alemania*, de 18 de mayo de 1989), derechos de propiedad intelectual (STJCE *Laserdisken*, de 12 de septiembre de 2006, y *Promusicae*, de 29 de enero de 2009), etcétera.

En los tratados comunitarios empezaron a reforzarse las alusiones al Convenio a partir de la aprobación del Acta Única de 1987. Luego lo hará de modo más explícito y definitivo el artículo F del Tratado de la Unión de 1992: «La Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

**568.**  
El Dictamen  
del TJ 2/1994.

La alternativa de la adhesión al Convenio para que la Comunidad completara el vacío de no contar con un catálogo escrito de derechos fundamentales pareció bloquearse definitivamente con el Dictamen del Tribunal de Justicia 2/1994, de 28 de marzo. El Tribunal consideró jurídicamente inviable la adhesión por considerar que los tratados no atribuían en aquel momento competencias a las instituciones para que pudieran tomar una decisión de tal género. La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobrepasaba los límites del artículo 308 del Tratado CE (ahora artículo 352 del TFUE).

El Tratado de Ámsterdam de 1997 introdujo una nueva previsión en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, concerniente al respeto a los derechos humanos y a los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho como principios comunes a la Unión Europea y a

sus Estados miembros. El respeto y promoción de estos derechos se configura como una obligación comunitaria.

Pero, cegada la vía de la adhesión al Convenio Europeo, las instituciones europeas abrieron otra consistente en la elaboración de una Carta que recogiera específicamente los derechos reconocidos en la Unión. El encargo lo formuló el Consejo Europeo en su reunión de 3-4 de junio de 1999 a una Convención redactora que se constituyó el 17 de diciembre de 1999 y que formuló el proyecto definitivo el 21 de septiembre siguiente. El Consejo de Niza aprobó la Carta el 7 de diciembre de 2000, aunque sin que se le reconociera valor vinculante.

La Declaración número 23 aneja al Tratado de Niza se refería a la promoción de un debate sobre el futuro de Europa y la celebración de un nuevo Tratado en 2004, en el que se resolvieran los problemas que quedaban pendientes sobre simplificación de los tratados, participación de los Parlamentos nacionales y delimitación de competencias y la inserción o no de la Carta en los tratados con valor vinculante. En desarrollo de estas previsiones, la Convención sobre el Futuro de Europa acometió sus trabajos entre el 27 de febrero de 2002 y julio de 2003, hasta concluir el «Tratado por el que se crea una Constitución para Europa», que se debatió seguidamente hasta su adopción formal el 29 de octubre de 2004. La opción seguida en relación con la Carta fue su integración en el Tratado como parte II.

Tras el fracaso del Tratado constitucional, fundamentalmente por los resultados negativos de los referéndums celebrados en Francia y en Holanda, se desistió de él mediante la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007. Poco después, una conferencia intergubernamental se ocupará de preparar modificaciones a los Tratados de la Unión y el Tratado Comunidad Europea, que pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión. Se firmaron estas modificaciones en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. La Carta Europea había sido readaptada al Tratado de la Unión Europea el 12 de diciembre anterior. El artículo 6.1 del Tratado de la Unión declaró: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». De esta manera, el Derecho comunitario se abre al reconocimiento de otros estándares de derechos vigentes en los Estados miembros, además de aceptar también la aplicabilidad del Convenio Europeo.

**569.**

*La aprobación de la Carta de derechos fundamentales.*

**570.**

*La Carta como tratado.*

**571.**  
Los tres niveles de  
protección de los  
derechos.

La convivencia de los tres estándares de protección se regula, en términos generales, en los artículos 51 a 53 de la Carta, que establecen al respecto las siguientes previsiones:

*Artículo 51. Ámbito de aplicación.*

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los tratados.

*Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios.*

(...)

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Solo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

(...)

*Artículo 53. Nivel de protección.*

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios inter-

nacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

La Carta no se limitaba, por tanto, a enunciar una relación de derechos fundamentales, sino que fijaba una serie de criterios interpretativos de enorme importancia para regular las relaciones con los sistemas constitucionales de los Estados miembros y para compatibilizar sus declaraciones con los contenidos del Convenio europeo de 1950:

- Su ámbito de aplicación comprende a los organismos e instituciones de la Unión y también a los Estados miembros, pero, en este caso, únicamente cuando apliquen derecho de la Unión.

- La Carta no afecta al orden de competencias establecido en los tratados; ni amplía ni modifica las de las instituciones europeas

- Cuando la Carta reconozca derechos que también estén recogidos en el Convenio europeo de 1950, se considerará que aquella ofrece una protección equivalente, sin perjuicio de que el derecho de la Unión pueda reconocer una protección más intensa. La Carta se interpretará, además, conforme a las tradiciones comunes de los Estados miembros en materia de derechos.

- No se podrá interpretar la Carta como limitativa o lesiva de los derechos y libertades tal y como están reconocidos en tratados y convenios internacionales, en las Constituciones de los Estados miembros y, desde luego, en el Convenio europeo de 1950 .

Además de establecerse de modo definitivo un texto con valor de tratado donde se recoge el catálogo de derechos, y de proclamar que la protección de los derechos es un principio general del ordenamiento de la Unión Europea, los preceptos nuevos introducidos en el Tratado de la Unión por el Tratado de Lisboa prescribieron también que la Unión Europea se adheriría al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El artículo 6, apartados 2 y 3, del Tratado de la Unión reformado dispone:

«2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales

**572.**  
*Ámbito y eficacia  
de la Carta.*

**573.**  
*La regulación  
de la adhesión  
al Convenio  
en el TUE.*

comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

**574.**

*Tres catálogos de derechos y sus colisiones.*

Cuando la adhesión se produzca, regirán en el espacio jurídico europeo tres catálogos de derechos, asistido cada uno por su respectivo intérprete: la Carta de la Unión y el Tribunal de Justicia; el Convenio Europeo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; las constituciones y los respectivos tribunales constitucionales o tribunales supremos.

Algunos analistas de esta peculiar regulación de los derechos fundamentales dentro del mismo ámbito territorial europeo, separada y triplicada, cuya defensa se encomienda a tres órdenes jurisdiccionales diferentes y autónomos, han mostrado su perplejidad y augurado muchas inseguridades en su aplicación práctica. Entre otros problemas se pronosticaron inevitables colisiones entre los criterios interpretativos de unos y otros tribunales con la consecuencia de que la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos se convertiría, para quienes puedan permitírselo, en un peregrinaje, de corte en corte, sin horizontes claros.

**575.**

*Derechos de libertad y derechos económicos y sociales.*

Las previsiones del artículo 6.2 del Tratado de la Unión fueron objeto de precisiones por el Protocolo n.º 8 relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Los tres artículos del Protocolo contienen prevenciones y limitaciones a la adhesión. En particular el artículo 2 subraya de nuevo que el acuerdo garantizará que «la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones». Y el artículo 3 establece que «Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 (acuerdo de adhesión) afectará al artículo 344 TFUE».

La Declaración relativa al artículo 6.2 del TUE, aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, insistió en las mismas restricciones: «La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al CEDH debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia y el TEDH, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio».

La Comisión europea elaboró un proyecto de acuerdo, que atiende a la doble exigencia deducida del artículo 6.2 TUE de que la Unión se adhiera al Tratado y, al mismo tiempo, que no se modifiquen las com-

petencias de la Unión ni queden afectadas las situaciones que el Protocolo y la Declaración citada insisten en proteger.

El proyecto ha sido objeto de una tramitación cuidada y participativa, y finalmente ha intervenido el Tribunal de Justicia, emitiendo un dictamen sobre el cumplimiento o no de las indicadas exigencias: Dictamen 2/13 del Pleno del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014. En el largo dictamen se explican los antecedentes, la posición de la Comisión y su argumentación sobre la adecuación del proyecto de acuerdo a las exigencias del Tratado y del Protocolo 8. Contiene también un resumen de las pormenorizadas observaciones que han formulado la mayor parte de los Estados de la Unión, tras las cuales el Tribunal ha examinado en cuanto al fondo el proyecto, concluyendo lo siguiente: «El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo número 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.»

El Tribunal de Justicia rechaza, pues, el acuerdo de adhesión, y provoca, por segunda vez en la historia reciente de la Unión, un bloqueo a la adhesión al Convenio. Sus razones de fondo radican en la apreciación de que las normas del Convenio y, en especial, la posible actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en asuntos en que se está aplicando, o está en juego, el Derecho de la Unión, puede afectar a la preservación de sus características específicas. Considerando que la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetas a los mecanismos de control previstos en el Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del TEDH, se produciría un control externo de dichas instituciones y Tribunal de Justicia que puede afectar a las apreciaciones de este relativas «al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión». Y el Tribunal de Justicia considera que sus decisiones acerca de si un Estado está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH.

Las críticas al acuerdo por parte del Tribunal de Justicia son muy amplias. Insiste en que no ha tenido en cuenta el proyecto ni tan siquiera «la naturaleza intrínseca de la Unión» y el hecho de que los Estados hayan aceptado en sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de

**576.**  
*Dictamen 2/13  
del TJUE.*

**577.**  
*Fundamentos  
del rechazo de  
la adhesión  
al Convenio.*



los Estados miembros a la Unión, que se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige este, de cualquier otro Derecho.

También considera aceptable la interferencia que puede suponer, en la utilización de las cuestiones prejudiciales reguladas en el artículo 267 TFUE, la nueva regulación establecida en el Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado el 12 de octubre de 2013, según la cual es posible plantear cuestiones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también concernientes a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el CEDH y sus protocolos.

Considera que el simple hecho de que se pueda plantear una demanda ante el TEDH que tenga por objeto una violación cometida por la Unión, un Estado miembro o ambos, del Derecho de la Unión, es por sí misma una vulneración de la exigencia establecida en el artículo 344 del TFUE. Este precepto, según el Tribunal (párrafo 210), «tiene precisamente por objeto preservar el carácter exclusivo de los modos de solución de estos litigios dentro de la Unión, y en particular de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia a este respecto, y se opone por tanto a cualquier control externo anterior o posterior».

Se enfrenta igualmente, valorándolo negativamente por contradecir el Derecho europeo, al «mecanismo del codemandado» establecido también en el proyecto de adhesión. De nuevo aquí porque estima que este tipo de fórmulas, no bien resueltas a juicio del Tribunal, permiten al TEDH «apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre esta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de sus actos u omisiones, con el fin de adoptar una decisión definitiva a este respecto que obliga tanto a los Estados miembros como a la Unión».

En otros apartados del dictamen también se vuelve a imputar al proyecto el reconocimiento final que resultaría, a favor del TEDH, de la competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En definitiva, el Tribunal de Justicia se ha convertido en un firme valladar para la conservación de las esencias del Derecho de la Unión Europea, y se muestra estricto en no aceptar compartir las tareas de interpretación del Derecho de la Unión, ni siquiera indirectamente, por un órgano externo al sistema jurídico autónomo establecido a partir de los tratados. La opinión del Tribunal se manifiesta con tanta severidad y restricción que, de no matizarse, será difícil que pueda alcanzarse la adhesión al CEDH ya que no resulta imaginable un escenario

**578.**

*La afectación al artículo 344 y otros del TFUE.*

de relaciones entre dicho Tribunal y el TEDH en el que este último no pueda con sus decisiones afectar de alguna manera a las decisiones materiales de la Unión, cuando están implicados derechos fundamentales.

## VI. LA EUROPEIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. LA ADAPTACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES ESTATALES A LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea disponen todas de una cláusula que permite transferir competencias a una organización supranacional, semejante a la que se consigna en el artículo 93 de la nuestra, y que ya hemos estudiado. Cuando se autoriza la celebración de estos tratados es posible examinar de modo completo su compatibilidad con el texto de la Constitución, así como, eventualmente, la de la totalidad de las normas y actos que hayan sido acordados por las instituciones reconocidas en los tratados con competencias para desarrollar las acciones previstas en los mismos. Si del análisis resulta cualquier clase de incompatibilidad con la Constitución, debe esta ser reformada antes, según indica, en nuestro caso, el artículo 95.1 de la Constitución: «La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional».

Las ocasiones en que con más intensidad han podido constatarse los problemas de la acomodación de las Constituciones internas a lo establecido en un tratado las han ofrecido la ratificación del Tratado de la Unión Europea acordado el 7 de diciembre de 1992 y, sobre todo en España, la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, que no llegó a entrar en vigor por su rechazo en referéndum en otros países europeos.

El ajuste del texto constitucional interno no presenta la menor dificultad en los casos en que el tratado contiene regulaciones que incurren en contradicciones textuales con disposiciones contenidas en aquel. Pero es mucho más difícil cuando, como era el caso, el tratado produce una alteración sustancial del régimen establecido en la Constitución para algunas instituciones estatales o afecta al equilibrio y ejercicio de las competencias de los poderes territoriales o modula algunos principios (como el de democracia, el de soberanía nacional u otros de carácter general) que pueden recibir una proyección y desa-

**579.**  
Tratados  
internacionales y  
Constitución  
española: artículos  
93 y 95.1.

**580.**  
La afectación de  
instituciones y  
competencias  
estatales por  
un tratado.

rollo distintos si su aplicación práctica depende de las disposiciones del tratado en lugar de corresponder a los Parlamentos nacionales en ejecución de la Constitución.

**581.**

*Los debates sobre la reforma constitucional pertinente, con ocasión del Tratado de Maastricht.*

Como hemos visto en diversas ocasiones a lo largo de las páginas anteriores, cuando se trata de aplicar principios establecidos en la Constitución siempre se abre la posibilidad de llevarlos a la práctica de formas diversas, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el poder judicial quienes tengan que hacerlo, porque tales principios se contienen habitualmente en preceptos constitucionales redactados con fórmulas abiertas que pueden ser entendidas conforme a diversas interpretaciones.

El debate relativo a la ratificación del Tratado de Maastricht suscitó en diferentes Estados miembros la cuestión de determinar si era precisa la modificación previa de la Constitución y el alcance de las reformas necesarias.

Las opiniones en cada uno de los Estados miembros fue diferente. Los criterios seguidos pueden agruparse del siguiente modo: a) Algunos Estados consideraron que la ratificación del Tratado de Maastricht podía hacerse sin necesidad de reforma constitucional previa de ningún género, ya que las cláusulas constitucionales que permiten la ratificación de tratados que implican transferencias de competencias o de soberanía dan cobertura suficiente a las regulaciones que el aludido Tratado contiene. Esta situación se ha producido en Bélgica y en los Países Bajos. La innecesariedad de reforma es también clara en Estados como Inglaterra, que no cuentan con una Constitución escrita; en este caso la ratificación requirió una simple modificación de la *European Communities Act*, de 1972; b) el segundo grupo lo integran los Estados que han acordado una reforma constitucional, pero limitada a algún precepto concreto; esta opción se siguió en Luxemburgo y también en España. Entre nosotros el debate se limitó a decidir sobre la necesidad de reformar o no el artículo 13.2 de la Constitución, que no reconocía, en ningún caso, el derecho del sufragio pasivo en las elecciones municipales a los extranjeros. El Tribunal Constitucional consideró, como veremos luego, que dicha regulación restrictiva resultaba contraria a lo establecido en el artículo 8.b), apartado I, del Tratado CE, en la redacción dada al mismo en el artículo 6.b), apartado X, del Tratado de la Unión Europea; c) y el tercer bloque de Estados lo integraron aquellos que entendieron que el Tratado de Maastricht producía una profunda alteración de algunos principios constitucionales básicos, como el de democracia, además de afectar al régimen constitu-

**582.**

*Adhesiones sin reformas.*

**583.**

*Reformas limitadas a las contradicciones textuales entre la Constitución y el texto del Tratado.*

**584.**

*El reconocimiento constitucional del efecto general que el Tratado de Maastricht produce sobre la Constitución.*

cional de algunas instituciones constitucionales, como eran en Alemania el *Bundesbank* o la estructura federal del Estado.

En Alemania la eventual afectación a los principios indicados resultaba ser esencial de cara a la posible ratificación de un tratado, habida cuenta de que el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn contiene una cláusula de intangibilidad cuyo alcance hemos estudiado más atrás, según la cual «no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en *Länder*, o al principio de participación de los *Länder* en la legislación, o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20», que tratan, por un lado, de la dignidad humana y del carácter inviolable y vinculante de los Derechos fundamentales, y, por otro, del carácter democrático y social del Estado Federal, que presupone que todo el poder emana del pueblo.

Para acomodar la Ley Fundamental de Bonn, reformándola, a las reglas y principios establecidos en el Tratado de Maastricht, que suponían una honda transformación de algunas de las instituciones y principios establecidos en aquella (aunque sin rebasar el límite del artículo 79.3 citado), se acordó la incorporación de un nuevo artículo 23 a la Ley Fundamental, que contenía una cláusula general de aceptación de todo el proceso de integración europeo, declarándolo compatible con la Constitución interna, siempre que se produjese respetando los principios que el precepto mencionado recogía. El artículo es muy extenso y regula de modo bastante detallado tanto la intervención de los órganos legislativos y ejecutivos de la Federación, como de los *Länder* en los procesos de formación de las decisiones comunitarias. Pero nos interesa especialmente ahora el tenor literal de la cláusula que enmarca los términos en los que se considera compatible el proceso de integración europea con los principios de la Constitución. Dice a este propósito el párrafo primero del nuevo artículo 23: «1. 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 asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los Tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley

**585.**

*El debate en Alemania: la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LFBonn*

**586.**

*El nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn: contenido y significado.*

Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones».

Muchas de estas prevenciones están conectadas por las exigencias impuestas en la jurisprudencia constitucional anterior para considerar aceptable la aplicación de las regulaciones europeas que afectasen a derechos fundamentales, que hemos estudiado en el apartado anterior y a nos constan.

No obstante las precauciones con las que la habilitación de transferencias de competencias a las instituciones europeas, a través de los tratados, está concebida en el nuevo artículo 23, tanto la ley de ratificación de los tratados como la reforma constitucional misma fueron objeto de un recurso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 12 de octubre de 1993, a cuyo contenido aludiremos un poco más adelante.

En Francia también se concibió el Tratado de la Unión como una norma con trascendencia constitucional general, que determinó la necesidad de reformar la Constitución para incorporar a ella algún precepto que habilitara con carácter general una integración jurídica de tanta trascendencia.

El Consejo Constitucional, en su Decisión 92/308, de 9 de abril de 1992, llevó a cabo un análisis jurídico global del Tratado, respondiendo a la consulta formulada por el presidente de la República, que recabó su opinión sobre el alcance de la reforma constitucional a ejecutar, en la medida en que fuera precisa.

El Consejo afirmó la necesidad de dicha reforma. Su fundamento principal sería que las regulaciones del Tratado de la Unión privan a los Estados miembros de competencias propias en ámbitos y materias que, usando una expresión que empleó reiteradamente el Consejo, «ponen en causa las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional». La fórmula, utilizada en otras decisiones del Consejo Constitucional, no significa que el respeto a la soberanía nacional sea un obstáculo para que Francia concluya acuerdos que impliquen transferencias de competencias; lo que se quiere precisar es que si se afecta a condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional, la autorización para ratificarlos requiere una revisión constitucional previa. Una fórmula semejante utilizó ulteriormente el Consejo en su Decisión de 31 de diciembre de 1997, concerniente al Tratado de Ámsterdam. La doctrina general se ha mantenido en la Decisión de 19 de noviembre de 2004 relativa al Tratado constitucional de octubre del mismo año. A partir de 1992 el Consejo se aproximó de modo bastante prag-

### 587.

*La Sentencia del TCF de 12 de octubre de 1993 sobre la ley de ratificación de los tratados y la reforma.*

### 588.

*La posición del Consejo Constitucional francés ante el Tratado de Maastricht.*

### 589.

*Revisión constitucional en el caso de que el Tratado afecte a las «condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional».*

mático a la definición de cuáles eran aquellas «condiciones esenciales», que se han ido concretando en dos sustancialmente: la primera se refiere a la naturaleza de las competencias cedidas por el Estado que, sea cuales sean, no pueden estar tan próximas a la soberanía que resulten indispensables para la supervivencia de la identidad nacional. La segunda hace referencia a las condiciones de cesión de tales competencias: se exige en este punto que la transferencia de competencias no sea nunca impuesta, sino consentida. El Parlamento estatal debe consentirlas y, además, debe conservar un *droit de regard* sobre el ejercicio de las competencias transferidas, lo que resulta extremadamente importante desde el punto de vista del funcionamiento de las instituciones comunitarias porque impone la adopción de decisiones utilizando la regla de la unanimidad, para evitar que con el juego de la mayoría cualificada Francia se pueda encontrar en una posición minoritaria y fuera obligada a aplicar una decisión no deseada (G. ALBERTON).

No hemos de profundizar ahora más en este problema de la pérdida de «condiciones esenciales de la soberanía nacional» como consecuencia de las transferencias de competencias, en virtud de los tratados. Lo importante es constatar que el efecto constitucional de los mismos es de gran alcance y no se limita, aunque lo aparente, a las contradicciones literales que puedan presentarse entre las regulaciones contenidas en la Constitución y los tratados.

Francia también optó, con ocasión del Tratado de Maastricht, por llevar a cabo diversas reformas de la Constitución de 1958. La más general es la relativa al reconocimiento del proceso de integración europea, para admitirlo con todas sus consecuencias. Así lo expresa el nuevo artículo 88.1 de la Constitución, reformada por Ley de 25 de junio de 1992: «La República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, constituidas por Estados que han escogido libremente, en virtud de los tratados que las han instituido, ejercer en común algunas competencias». El párrafo 2 del mismo artículo añade que «Francia consiente las transferencias de competencias necesarias para el establecimiento de la Unión Monetaria y Europea, así como la determinación de las reglas relativas a la franquicia de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Comunidad». El párrafo 3 del mismo artículo acepta la elegibilidad de los ciudadanos de la Unión residentes en Francia en las elecciones municipales. Y, en fin, el artículo 88.4 pretende incrementar la legitimación democrática de las decisiones comunitarias, favoreciendo la mayor participación de la Asamblea Nacional y el Senado en las proposiciones de actos comunitarios que «comporten decisiones de naturaleza legislativa».

**590.**

*Supervisión del Parlamento sobre el ejercicio de las competencias transferidas.*

**591.**

*El nuevo artículo 88.1 de la Constitución francesa de 1958: contenido y significación.*

Frente a esta comprensión general del impacto sobre la Constitución del Tratado de Maastricht, la posición de las instituciones que se han pronunciado en España sobre las consecuencias del Tratado es sorprendentemente restrictiva.

**592.**

*La posición del Consejo de Estado español en su dictamen de 1991.*

El Consejo de Estado emitió, a petición del Gobierno, un informe el 20 de junio de 1991 en relación con las propuestas de la Conferencia Intergubernamental sobre el proyecto que después se convertiría en el Tratado de Maastricht, a efectos de determinar la incidencia constitucional de lo previsto en el mismo sobre el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales de todo ciudadano de la Unión que residiese en un Estado miembro. El análisis del Consejo de Estado, en lugar de examinar con carácter general cuáles son las consecuencias constitucionales de lo previsto en el proyecto de Tratado, se limitó a analizar sus consecuencias en relación con lo establecido en el artículo 13.2 de la Constitución sobre el derecho de sufragio pasivo.

**593.**

*Equiparación de los efectos de la aplicación del artículo 93 CE a las reformas constitucionales del artículo 167 CE.*

El dictamen comienza considerando que una de las «notas esenciales de la construcción europea es su naturaleza orgánica y evolutiva». Partiendo de esa tendencia ampliatoria y de profundización de la integración comunitaria, el Consejo se plantea en qué supuestos la ratificación de normas comunitarias primarias exige, conforme a lo requerido en el artículo 95.1 de la Constitución, la reforma previa de la misma. Y en qué otros puede hacerse efectiva por la simple virtud del artículo 93, que permite que una ley orgánica ratifique tratados que impliquen la transferencia de competencias derivadas de la Constitución. Para el Consejo de Estado, el artículo 93 es una norma que permite romper la rigidez constitucional, ya que admite la transferencia de competencias derivadas de la Constitución sin necesidad de proceder a su revisión. Sin embargo, a juicio del Consejo, esta posibilidad de marginar la reforma tiene un límite que enuncia del siguiente modo en su informe: «una ley orgánica de las previstas en el artículo 93, aprobada por unas Cortes ordinarias, puede autorizar un tratado que atribuya a una organización internacional competencias derivadas de la Constitución siempre que dicha atribución no afecte a materias constitucionales cuya reforma solo puede efectuarse mediante el poder de revisión del artículo 168 de la Constitución, que está excluido de la competencia de unas Cortes ordinarias».

**594.**

*Límites derivados del artículo 168 CE.*

Conforme a este criterio, por la vía del artículo 93 «no pueden alterarse los valores superiores del ordenamiento, ni la forma ni estructura del Estado, ni sus bases institucionales, ni los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II, Sección Primera, del Título I, de la Constitución». El artículo 13.2 no se encuentra ni en el Título Preliminar ni

en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución. La función del artículo 13.2 consiste en limitar por razón de extranjería el ámbito subjetivo de los derechos reconocidos en el artículo 23, precepto este que, aunque está ubicado en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, no queda afectado en su contenido esencial.

La posición del Consejo de Estado es muy favorable a establecer interpretaciones de los textos de los tratados que permitan evitar las reformas constitucionales expresas. Además identifica en el propio artículo 93 CE una manifestación de la reforma constitucional equiparable a la establecida en el artículo 167. Los tratados a que se refiere aquel precepto pueden implicar directamente reformas constitucionales que, a juicio del Consejo, no hace falta explicitar por otros procedimientos. Sin embargo, cuando los tratados afectan a las materias referidas en el artículo 168 CE, es preciso utilizar el procedimiento especial de reforma previsto en el mismo.

Antes de proceder a la ratificación del Tratado de Maastricht, el Gobierno consultó al Tribunal Constitucional de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 95.2 CE. La opinión que se recabó del Tribunal Constitucional no era en relación con todos los aspectos de relevancia constitucional del Tratado, sino, de nuevo, sobre si la regulación del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales propuesta por el Tratado era o no compatible con lo establecido en el artículo 13.2 CE. En todo lo demás, el propio Gobierno hizo por su cuenta un juicio de la constitucionalidad del Tratado que le permitió concluir que no había en él ninguna otra regulación de dudosa compatibilidad con la Constitución. Juicio, en todo caso, que se llevó a término sin plantear los severos problemas de constitucionalidad que, en Alemania y Francia, habían aconsejado una reforma constitucional de más amplio contenido.

La respuesta a la consulta formulada al Tribunal Constitucional está contenida en su Declaración de 1 de julio de 1992. Estima el Tribunal la contradicción del Tratado con el artículo 13.2, en cuanto que aquel reconoce tanto derecho de sufragio activo como pasivo. Respecto de este último extremo el Tratado, según el Tribunal, contiene «una estipulación que, por ser contraria a la Constitución, no podría ser objeto de ratificación sin la previa revisión de la norma fundamental, según dispone su artículo 95.1». El Tribunal hizo un análisis particular de si utilizando el artículo 93 se puede franquear directamente el límite establecido en el artículo 13.2 para procurar la extensión del derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de Estados miembros comunitarios. Su interpretación al respecto es que el artículo 93 permite cesio-

**595.**

*La utilización del artículo 93 CE, según el C. de E. evita reformas constitucionales expresas.*

**596.**

*La posición del Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992.*

**597.**

*El artículo 93 CE no puede servir para la incorporación de tratados que contienen contradicciones textuales con la Constitución, sin proceder a la reforma previa de la misma conforme a lo prevenido en el artículo 95.1.*



nes para «el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». El reconocimiento del derecho de sufragio pasivo no es una operación de transferencia de competencias, en su criterio, sino que «simplemente se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el artículo 13.2, no podrían atribuírseles». El Tribunal afirma que a lo que se ha comprometido España no es a una cesión de competencias, sino a acomodar su propio ordenamiento electoral para hacer una atribución de derechos subjetivos que es inconciliable con el artículo 13.2. Todo lo cual le lleva a concluir, respecto del artículo 93, que «ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción a través de los imperativos constitucionales». El Tribunal explica la relación entre los artículos 93 y 95.1, que exige la reforma previa de la Constitución para que puedan ratificarse tratados inconstitucionales, aceptando que mediante ley orgánica se puede transferir a organizaciones supranacionales «el ejercicio de competencias *ex constitutione*, modulándose así, por lo tanto, el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado. Este es, sin duda, un efecto previsto por la Constitución, y, en cuanto tal, legítimo, pero ninguna relación guarda con el que depararía la contradicción textual y directa entre la propia norma fundamental y una o varias de las estipulaciones de un tratado. Tal hipótesis —la del tratado *contra constitutionem*— ha sido, en definitiva, excluida por el artículo 95». A través del artículo 93, en definitiva, no se puede disponer de la Constitución misma «contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una competencia cuyo ejercicio resulta susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X».

### 598.

*Limitaciones del debate español. Crítica en términos comparados.*

El debate constitucional producido en España con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht es bien insatisfactorio, como se deduce de lo expuesto. Frente a las impugnaciones alemanas de la Ley de ratificación, por estimar que se vulneraban con ella los límites de la reforma constitucional establecidos en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, o los debates franceses sobre la afectación por el Tratado del contenido esencial de la soberanía nacional, las intervenciones del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional, en nuestro país, se han quedado en la puerta misma de la estancia donde los problemas habitan, pero sin atreverse a abrirla. La cuestión de las contradicciones literales entre el Tratado y la Constitución son las más fáciles de resolver y las que menos problemas dogmáticos plantea.

No obstante lo anterior, tanto en el Dictamen del Consejo de Estado como en la Declaración del Tribunal Constitucional citados se plantea, aunque adoptando soluciones contrapuestas, una cuestión verdaderamente central para la interpretación del artículo 93 CE y la articulación de los tratados con la Constitución. Es la vinculación de aquel precepto con el poder de reforma constitucional regulado en el Título X. El Consejo de Estado estima que el artículo 93 supone una manera de ejercer el poder de reforma, aunque limitado por las materias enunciadas en el artículo 168, que no pueden ser afectadas por aquella vía. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que el artículo 93 no habilita para llevar a término reformas constitucionales de ningún tipo, ni sustituye o completa los procedimientos establecidos en el Título X.

El Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional se han vuelto a pronunciar sobre los problemas de relación del Derecho comunitario con la Constitución en el Dictamen y en la Declaración que, respectivamente, emitieron en los meses finales de 2004. En esta ocasión el análisis de los problemas se hace con muy diferente extensión y profundidad. Pero antes de exponer esta nueva doctrina, es preferible concluir el análisis de los debates que provocó el Tratado de Maastricht, porque de ellos han podido tomar nota los citados órganos constitucionales españoles para el nuevo enfoque de sus escritos.

La importancia del impacto constitucional de los Tratados comunitarios europeos y, en particular, del Tratado de Maastricht, aparece destacada en toda su extensión en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, que resolvió los recursos planteados contra la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea y contra la ley que modificó la Ley Fundamental de Bonn para compatibilizarla con lo establecido en aquel Tratado. La modificación consistió, sobre todo, como ya hemos explicado, en establecer una redacción nueva muy extensa del artículo 23 que, entre otros extremos, condicionaba la participación de la República Federal Alemana en el proceso de integración europea al respeto de los principios de democracia, sociales y liberales, en los que aquella República se funda, así como en la protección de los derechos fundamentales, la garantía de la aplicación del principio de subsidiariedad, o el respeto a la estructura federal del Estado, etc.

No obstante todos estos condicionamientos, los recurrentes estimaban que las normas impugnadas suponían un atentado a los derechos fundamentales consignados en el artículo 38 de la Ley Funda-

#### 599.

*De nuevo sobre el debate relativo a las transformaciones constitucionales derivadas de la integración europea.*

**600.**

El debate alemán: sobre las limitaciones que resultan de la integración europea al derecho a la participación política a través de representantes elegidos.

mental, particularmente el derecho a la participación política y a la designación de representantes democráticamente elegidos. En opinión de los recurrentes, dichos derechos quedan lesionados desde el momento en que se ceden a la Unión Europea competencias que en el plano interno correspondería ejercer al *Bundestag*, que es un órgano democrático, condición que no cabe reconocer en la misma medida a las instituciones europeas. La cuestión se agrava, además, porque el párrafo 3 del artículo F reconoce a la Unión la *Kompetenz-Kompetenz* para decidir la ampliación de los medios con que cuenta, cuando lo considere necesario para atender los fines que tiene encomendados.

**601.**

La titularidad de la competencia de la competencia.

Por otro lado, aunque se reconocen los derechos fundamentales en el Tratado de la Unión, no es igual la protección que puede dispensarse a alguno de ellos por las instituciones comunitarias que las garantías establecidas en la Ley Fundamental de Bonn. En el mejor de los casos se trataría de una protección de un nivel inferior. Ni siquiera el Tribunal de Justicia Comunitario, según los recurrentes, tiene una jurisdicción plena sobre las instituciones comunitarias que le permita ejercer un control tan intenso como el que practican los tribunales en la Federación alemana.

**602.**

¿Los niveles de protección de los derechos fundamentales como obstáculo otra vez?

Al margen de estas circunstancias, también se impugnaba en los recursos la traslación a las instituciones comunitarias de decisiones económicas fundamentales que afectaban al *Bundesbank*, cuyos principios organizativos y funciones están establecidos en la Ley Fundamental, o todas las relativas a la integración monetaria que el Tratado de la Unión contemplaba.

**603.**

Constatación del traslado masivo de la capacidad de decisión a instancias comunitarias.

El Tribunal Constitucional Federal inadmitió uno de los recursos y desestimó el segundo de ellos considerando que no eran justificables las observaciones de los recurrentes. Pero la ocasión le permitió expresar los límites constitucionales de la integración comunitaria con una extensión y profundidad no usadas, hasta entonces, nunca.

El Tribunal aprecia la exactitud de la alegación relativa al traslado de decisiones, que corresponden en la Constitución al legislativo interno, a un poder legislativo externo que no tiene el mismo soporte democrático. Del carácter masivo de tal traslado daban entonces cuenta los informes, recientes en la fecha de la Sentencia, de DELORS y BANGEMANN, de los que se derivaba, respectivamente, que el 80 por 100 de las reglamentaciones económicas aplicables en territorio europeo eran comunitarias y que el 50 por 100 de las leyes federales se fundaban de un modo u otro en normas de origen comunitario.

Es cierto, no obstante, que el modo en que son elegidos los representantes de las organizaciones supranacionales y el grado de satisfacción en las mismas del principio democrático no alcanza el mismo nivel en el Derecho constitucional interno. Pero esta rebaja en la garantía de algunos derechos (sobre la que el Tribunal Constitucional Federal tuvo ya ocasión de pronunciarse en la Sentencia *Eurocontrol* de 1981, en términos que más adelante recordaremos) no puede ser un impedimento para que Alemania participe en dichas organizaciones. No puede exigirse un estándar idéntico de protección de los derechos porque, si tal igualación fuera determinante de la participación en ellas de la Federación alemana, no podría esta incorporarse a ninguna. Puesto que la equiparación no puede ser total en el plano de la democracia, el Tribunal Constitucional afirma que «la legitimación democrática implica necesariamente la referencia de la acción a las instituciones de los Parlamentos de los Estados miembros». La democracia impone que las decisiones de la Unión se imputen a representantes legítimos. Para ello el marco competencial en el que actúan aquellas instituciones tiene que estar perfectamente delimitado y tiene que haber sido aceptado por los Parlamentos nacionales. Si la transferencia de competencias no es exacta sería ilegítima. Reconocer competencias universales a la Unión Europea sería contrario al principio de habilitación especial. Sus competencias han de ser de atribución. En modo alguno se puede entender que la Unión tenga la competencia para regularla y decidir ampliarla según reclame la evolución de sus objetivos. Dice la sentencia a este propósito que «si, por ejemplo, instituciones u órganos europeos practican o hacen evolucionar el Tratado de la Unión de una manera que no sería cubierta por el Tratado que ha servido de base a la Ley de aprobación alemana, los actos que se derivarían de ellos no serían obligatorios en territorio alemán. Las instituciones estatales alemanas quedarían impedidas, por razones constitucionales, de aplicar estos actos en Alemania».

Estas son las posiciones principales del Tribunal Constitucional Federal sobre la significación general del Tratado de Maastricht y su incidencia en la Constitución. Las demás argumentaciones, muy extensas, sobre la afectación de regulaciones de carácter económico, y especialmente las relativas al *Bundesbank*, podemos ahorrarlas ahora, porque concluyen en la misma filosofía del carácter concreto y específico de las atribuciones que se transfieren.

El centro de la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal Alemán lo constituyeron sus afirmaciones sobre el carácter definido y limitado de las competencias transferidas a las instituciones

**604.**

*El grado de aplicación que ha de tener el principio democrático en las organizaciones supranacionales para que sea compatible con la Constitución.*

**605.**

*Precisión y no ambigüedad en el reparto de competencias.*

**606.**

*La evolución del Tratado ratificado de modo no compatible con la Constitución.*

comunitarias. De modo que el Tribunal se reservó intervenir contra cualquier interpretación que permitiera una expansión o proyección incontrolada de las competencias de la Unión Europea.

**607.**

*La afectación por decisiones comunitarias de competencias exclusivas de los Länder.*

Pero una ocasión prácticamente inmediata a la sentencia citada permitió comprobar que no era fácil ejercitar dicho control ni sujetar el crecimiento de las atribuciones comunitarias. Surgió con ocasión de la impugnación por nueve *Länder*, con Baviera a la cabeza, de la aplicación en Alemania de la Directiva Televisión sin Fronteras, aprobada el 3 de octubre de 1989, por entender que afectaba a una competencia esencial de los *Länder*, la cultura, materia sobre la que, además, negaban los impugnantes que se hubiese trasladado atribución alguna a la Comunidad Europea.

**608.**

*Ejercicio por la Comunidad de competencias no transferidas.*

El Tribunal Constitucional Federal resolvió esta impugnación en su Sentencia de 22 de marzo de 1995. El problema central que hubo de dilucidarse no fue, en concreto, la conformidad de la Directiva con la Ley Fundamental, ni tampoco la adecuación de las normas de trasposición, sino «las obligaciones del Gobierno federal cuando la Comunidad Europea reivindica una competencia sobre una materia cuya reglamentación pertenece en el plano interno a la competencia legislativa de los *Länder*», o cuya atribución a la Comunidad Europea es controvertida entre la Federación y los *Länder*.

Por consiguiente, la contradicción del Derecho comunitario europeo con la Constitución es, en este caso, debida a una norma dictada en desarrollo del Tratado por las instituciones comunitarias que asumen a tal propósito una competencia que las instancias internas competentes niegan haber transferido. No se trata de confrontaciones entre la literalidad de dos regulaciones, sino de la presencia de una norma europea que altera el régimen de reparto de competencias en el marco de un Estado Federal.

**609.**

*El comportamiento exigible al Gobierno federal.*

En el caso de la Directiva afectada, se trataba de un exponente normativo más que de una política relativa a la integración europea, protagonizada siempre por las instituciones centrales de la Federación, que había venido laminando poco a poco la posición constitucional de los *Länder* alemanes. De este problema y de los paliativos que se han ideado desde finales de los años cincuenta nos hemos ocupado en otros estudios.

**610.**

*Lealtad federal y lealtad de las instituciones comunitarias a las estructuras federales en los Estados miembros.*

En el caso concreto de la Directiva Televisión sin Fronteras, la pretensión principal de los *Länder* era que se declarara inaplicable. Pero el Tribunal Constitucional evitó considerar que de la impugnación pudiera derivarse un conflicto de competencias. Según el Tribunal, no

era enjuiciable ni la Directiva misma ni el comportamiento seguido por el Gobierno federal en el seno del Consejo Europeo cuando no se opuso a su aprobación. Los recurrentes afirmaban, en cambio, que al no oponerse a la aprobación de la Directiva, el Gobierno había vulnerado el principio de lealtad federal.

Pero como la medida no provenía del Gobierno federal, la vulneración de los derechos de los *Länder* no podía considerarse originada por su actuación. El Tribunal fue perfectamente consciente de que, aunque la Directiva procediese de las instituciones comunitarias, el Gobierno federal tenía obligación de defender ante ellas las competencias de los *Länder*, evitando su indebida usurpación. El principio de lealtad federal, establecido en el plano constitucional interno, le obligaba a ello. Pero al mismo tiempo, el artículo 5 del Tratado CE también impone a las instituciones comunitarias un deber de lealtad en el ejercicio de las competencias que implica respetar las estructuras federales de los Estados miembros.

La invocación conjunta del principio de fidelidad federal y de lealtad comunitaria permitió al Tribunal formular algunas consideraciones sobre la solución a un problema jurídico realmente difícil: la fidelidad federal obliga al Gobierno federal a actuar como un mandatario cuando tiene que decidir ante las instituciones comunitarias en materias que, en el plano interno, son competencia de los *Länder*; la lealtad comunitaria obliga a las instituciones comunitarias a que tengan en cuenta las peculiaridades específicas de un Estado federal.

Pero la conclusión que nos interesa aquí es que, con ocasión de este severo conflicto (que determinó además un extraordinario atraso en la trasposición de la Directiva disputada y su incorporación muy matizada al Derecho interno alemán), se puso otra vez de manifiesto el carácter amplio y difuso de la afectación a las competencias constitucionales que implican los tratados comunitarios. Por más que el Tribunal Constitucional alemán apoyara la constitucionalidad de los tratados en el carácter específico, concreto y de atribución que tienen las competencias que se asignan a la Unión Europea, la práctica inmediata, revelada de nuevo en el asunto que acabamos de referir, desmintió que pudiera hacerse un acotamiento tan preciso de las consecuencias constitucionales de la integración europea.

El TCFA ha mantenido a lo largo del tiempo los mismos desvelos por preservar la Ley Fundamental, sus esencias, frente a las regulaciones europeas avasalladoras de los derechos y de las competencias internas. Volvió a hacer las advertencias principales, en el sentido de lo

resuelto en la Sentencia Maastricht en la Sentencia Lisboa 30 de junio de 2009, y acabó transfiriendo el peso de sus preocupaciones a las regulaciones de carácter económico.

Tras la reforma del artículo 109.3 de la Ley Fundamental para elevar a rango constitucional la estabilidad presupuestaria, se han provocado debates que han determinado intervenciones del Tribunal Constitucional sobre los límites de la ordenación económica y bancaria que acuerdan las instituciones de la Unión y la medida en que pueden ser aplicadas sin que las ratifiquen las instancias representativas federales: en materia de estabilidad financiera STCFA de 7 de septiembre de 2011; y sobre los límites de las estructuras del Banco Central Europeo la cuestión prejudicial planteada por el mismo Tribunal el 10 de febrero de 2014 (62/2014, asunto *Gauweiler*).

**611.**  
Dictamen y  
Declaración de  
2004.

El Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional españoles han llevado a cabo análisis más extensos y profundos que los producidos con ocasión del Tratado de Maastricht, al pronunciarse sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa de 2004. El Consejo de Estado emitió un Dictamen sobre este Tratado el 21 de octubre de 2004 y el Tribunal Constitucional una Declaración el 13 de diciembre siguiente.

El Consejo de Estado no cambia su doctrina general de que el artículo 93 de la Constitución es «la vía específica cualificada e idónea para que España vaya cubriendo las diversas etapas de la construcción europea, de cuya naturaleza evolutiva era, sin duda, consciente el legislador constitucional» (la afirmación procede del Dictamen 5072/97, relativo al Tratado de Ámsterdam; el Consejo se pronunció en su Dictamen 880/2001, sobre el Tratado de Niza, y en el 24/2008, de 13 de marzo, sobre el Tratado de Lisboa).

**612.**  
El problema de la  
incorporación al  
Tratado-  
Constitución de la  
cláusula de  
primacía del  
Derecho  
comunitario.

Pero en este caso llamó la atención especialmente sobre dos aspectos que son especialmente importantes a los efectos de lo que venimos argumentando. El primero es la incorporación al Tratado de un artículo (el I-6) donde se establece que «la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Aunque esta es una regla que como la propia documentación del Tratado advierte «refleja la jurisprudencia existente en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia», jurisprudencia que ya nos consta y de la que puede deducirse que el principio de primacía ha tenido el mismo alcance y efectos desde los años sesenta hasta la actualidad, nuestro Consejo de Estado estimó que su incorporación al Tratado podría tener repercusiones serias sobre la supremacía de la Cons-

titución, proclamada en el artículo 9.1 de la misma respecto de todo el ordenamiento jurídico y en el 95.1 respecto del Derecho internacional. Aunque materialmente la primacía era una regla ya existente y aplicada ordinariamente, el Consejo aprecia la existencia de un *novum* en su incorporación al Tratado. Entiende el Consejo que dicha incorporación «tiene que producir unos efectos de mayor calado que la decantación de un principio por vía jurisprudencial». La diferencia estribaría en que en su manejo por los tribunales cabe un «diálogo entre jueces» que permitiría una cierta flexibilidad en su aplicación, imposible cuando se trata de aplicar la regla establecida en un tratado. Dadas las dudas sobre si la incorporación de esta regla al Tratado obliga a modificar previamente la Constitución de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 CE, el Consejo recomendó que se pronunciara sobre dicho extremo el Tribunal Constitucional.

La segunda cuestión de interés es que el Consejo, considerando que existe una pluralidad de supuestos, de carácter muy puntual, en los que puede apreciarse una cierta necesidad de adaptación, cuando no una contradicción entre los tratados y la Constitución, apunta la posibilidad de que se incorpore a la Constitución, reformándola, una mención expresa a la Unión Europea, con referencia a la aceptación directa al proceso de integración como una decisión soberana del Estado. Se trataría de «europeizar» la Constitución, utilizando una fórmula que nosotros mismos habíamos propuesto al respecto en un estudio inmediatamente anterior.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre estos extremos y otros en su Declaración de 13 de diciembre de 2004. Su tesis final es que no precisa la Constitución reformas de ninguna clase y que las dudas que el Gobierno le planteó, al solicitar su opinión, tenían que resolverse apelando al artículo 93, que sigue siendo cauce suficiente para nuestra integración en las Comunidades Europeas. El Tribunal Constitucional utiliza para analizar las repercusiones que sobre los principios y reglas de nuestra Constitución tiene el Tratado constitucional de 2004, un método muy semejante al empleado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 1993. En este sentido aprecia que los rasgos jurídicos que caracterizan al Tratado son perfectamente acordes con la Constitución interna. Los valores que en aquel se consagran, el reparto de competencias en términos suficientemente claros, debiendo inspirarse además su ejercicio en el principio de subsidiariedad, el mantenimiento de la soberanía en el pueblo español, la acomodación de las instituciones comunitarias a principios democráticos, etc. El Tratado europeo es, por tanto, en conclusión, compatible con la Constitución.

**613.**

*Europeizar la Constitución.*

**614.**

*La innecesariedad de las reformas según el Tribunal Constitucional.*



**615.**

*La cláusula de primacía es compatible con la supremacía de la Constitución.*

Por lo que concierne a la cláusula de primacía, entiende el Tribunal que la circunstancia de que en otras épocas de evolución de la Comunidad Europea no estuviera tan claro el respeto en ella de los valores, principios y derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, pudo justificar las reservas opuestas a la primacía, y las decisiones de algunos Tribunales Constitucionales que reflejaban esta precaución. Pero en la actualidad la perfecta homologación de los Tratados con aquel cuadro de valores, principios y derechos, impide plantear objeciones. Por lo demás el principio de primacía no significa que se ponga en duda la supremacía de la Constitución. La supremacía es una categoría jurídica distinta de la primacía. La Constitución ostenta supremacía sobre cualquier otra norma, y es a ella misma a la que le corresponde decidir en qué casos hay que otorgar preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional. De ello puede concluirse que «la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el artículo 1.6 del Tratado». Recuerda el Tribunal que en su propia jurisprudencia se había venido reconociendo esa primacía al Derecho comunitario desde el momento mismo de la incorporación de España a la Comunidad Europea (SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo; 130/1995, de 11 de septiembre; 120/1998, de 15 de junio; 58/2004, de 19 de abril).

**616.**

*El Tribunal Constitucional puede hacer valer, en última instancia, la supremacía de la Constitución y la soberanía del pueblo.*

Concluye, por tanto, el Tribunal que no hay contradicción entre el artículo 1-6 del Tratado y los artículos 9.1 y 95.1 CE. Pero deja abierta una última reserva para el supuesto de que dicha primacía terminara aplicándose a productos normativos europeos inconciliables con la Constitución española. Expresa el Tribunal su confianza en que estos excesos serían corregidos por los cauces jurisdiccionales establecidos al efecto. Pero añade que «en última instancia, la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes». En alguna ocasión posterior el Tribunal Constitucional ha vuelto a recordar la Declaración de 2004 y sus advertencias, pero, ciertamente, sin dejar vislumbrar en qué hipótesis extrema podría imponer la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución para inaplicar normas de la Unión Europea. En la Sentencia *Melloni*, 26/2014, de 13 de febrero aparece dicho recordatorio, pero el contexto en que se produce y las conclusiones a que llegó el Tribunal revelan claramente el reconocimiento incondicionado de la

primacía del Derecho europeo: en el caso, el Alto Tribunal español acuerda, por primera vez, plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión (Auto de 9 de junio 2011) y, tras pronunciarse sobre la misma, este último Tribunal aceptó el Constitucional cambiar una doctrina consolidada en su jurisprudencia que ofrecía mayores garantías de los derechos procesales que los establecidos en determinadas normas comunitarias. Es decir, que asumió la supremacía del Derecho comunitario aun a costa de una determinación constitucional más favorable a los derechos de los ciudadanos.

Lo anterior resume lo que más interesa de la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 en cuanto concierne a los problemas que hemos venido analizando. Sobre el otro extremo planteado por el Consejo de Estado, relativo a la posible incorporación a la Constitución de una «cláusula Europa», semejante a la introducida en la Ley Fundamental de Bonn, artículo 23, con ocasión de la reforma de 1992, el Tribunal Constitucional no rechaza su pertinencia, pero indica que se trata de una cuestión de oportunidad.

Es probable que así sea, como es igualmente de oportunidad que la regulación del Tribunal Constitucional, de las Comunidades Autónomas, de las Cámaras Legislativas y de tantos otros aspectos contemplados extensamente en la Constitución, se reduzcan a dos o tres preceptos generales desconstitucionalizando la materia en lo demás. Pero difícilmente puede negarse la pertinencia de que un fenómeno constitucional de tanto bulto como la integración comunitaria europea, no merezca en la Constitución ni una sola referencia directa y esté recibiendo respuesta desde un brevísimo precepto que, aunque pensado para la ratificación de los tratados comunitarios, solo contempla la cuestión de un modo no específico e indirecto.

Las mismas razones constitucionales que motivaron las reformas francesa y alemana se manifiestan con viveza en la necesidad de que nuestra Constitución también contemple la integración comunitaria europea con mayor detalle.

## 2. CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LOS TRATADOS Y LAS LEYES. LAS COLISIONES ENTRE NORMAS Y LA DEPURACIÓN DEL ORDENAMIENTO

Los tratados autorizados conforme al artículo 93 CE son aplicables desde su publicación conforme al artículo 96.1 CE, según nos consta, y producen efectos inmediatos sobre toda la legislación anterior que contenga determinaciones contrarias a los mismos. De conformidad

### 617.

*La «cláusula europea» ¿cuestión de oportunidad?*

**618.**

Inaplicación de normas y abstención de prácticas contrarias al Derecho comunitario.

con la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario, desde la Sentencia *Vand Gend en Loos*, de 1963, a *Simmenthal*, de 1978, ya citadas, las normas internas contrarias al Derecho comunitario deben quedar inaplicadas. Pero a partir de la Sentencia *Comisión v. Países Bajos*, de 20 de marzo de 1986, el Tribunal empezó a hacer notar que la mera inaplicación podía resultar insuficiente para satisfacer las exigencias de la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario. La Sentencia *Comisión v. Italia*, de 15 de octubre de 1986, impuso, por ello, a los Estados miembros, una actitud positiva consistente en abstenerse de toda práctica que pudiera confundir sobre el origen comunitario de una determinada norma. Para ello deberían proceder a la derogación de las normas internas que induzcan a confusión o perturben la aplicación plena e incondicionada de las disposiciones comunitarias. Incluso existe una jurisprudencia estable del Tribunal comunitario que sanciona el incumplimiento de esta obligación de derogar las normas internas contrarias. En este sentido, la Sentencia *Comisión v. RFA*, de 26 de abril de 1988, explica que «la introducción o el mantenimiento sin modificación en un Estado miembro de un texto incompatible con una disposición de Derecho comunitario, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, origina una situación de hecho ambigua, al mantener a los sujetos de derecho interesados en un estado de incertidumbre respecto a las posibilidades que se les ofrecían de recurrir en Derecho comunitario y constituyen un incumplimiento de las obligaciones de los artículos 5 y 189 del Tratado».

**619.**

Obligación de derogar las normas internas.

Los tratados, y las normas derivadas de los mismos dictadas por las instituciones competentes, son de aplicación inmediata. Aquellos son susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal Constitucional, según permite expresamente el artículo 27.2.c) LOTC. Esta cuestión relativa a la compatibilidad de la Constitución con el tratado (el artículo 95.1 CE no admite, como ya nos consta, tratados contrarios a la Constitución) es el obstáculo principal que puede oponerse a su aplicabilidad. El juicio de constitucionalidad no se refiere en este caso a la validez de la norma, que solo puede ser decidida conforme a reglas de Derecho internacional (artículo 96.1 CE), sino al seguimiento de los requisitos procedimentales establecidos en el Derecho interno para ratificar el tratado y, en particular, la observancia de lo previsto en el artículo 95.1 de la Constitución, en punto a la modificación previa de los tratados que sean contrarios a la misma. Pero el tratado puede resultar privado de efectos en España y tenerlos en plenitud en otros Estados que lo hayan ratificado. Lo que el juicio de constitucionalidad decide es sobre la aplicabilidad del tratado en nuestro territorio.

**620.**

Alcance del juicio de constitucionalidad de los tratados.

**621.**

Validez y aplicabilidad del tratado.

El juicio de constitucionalidad sobre un tratado es la única ocasión en la que el parámetro para decidir su aplicabilidad, con los consiguientes efectos sobre el Derecho interno, es la Constitución. El juicio sobre la aplicabilidad de las normas derivadas del tratado corresponde hacerlo a las instituciones que el propio tratado ha regulado y siguiendo los procedimientos establecidos en el mismo. En el caso de las normas comunitarias europeas, siempre el Tribunal de Justicia es a quien incumbe la competencia exclusiva para decidir sobre la validez del Derecho comunitario derivado. Los tribunales internos actúan como colaboradores de la justicia comunitaria, pudiendo plantear al Tribunal de Justicia todas las cuestiones que se les puedan suscitar relativas a la validez o interpretación de las normas comunitarias, con ocasión de aplicarlas a casos concretos (artículo 267 del TFUE).

Por lo que concierne a la inaplicación de las normas internas contrarias a cualquier tipo de disposición comunitaria europea, la competencia, en principio, podría entenderse que está distribuida entre el Tribunal Constitucional, que decidiría sobre las normas con rango de ley, y los tribunales de lo contencioso-administrativo, que tendrían la responsabilidad de resolver las controversias que se generaran en relación con normas de categoría inferior a la ley.

No obstante, este reparto ha quedado seriamente cambiado debido a la ampliación de las competencias de los jueces ordinarios para decidir sobre la inaplicación de normas con rango de ley, según hemos anticipado en un epígrafe anterior.

La cuestión viene de bastante antiguo y la solución se ha consolidado, contando con el impulso del Tribunal de Justicia, desde hace ya bastantes lustros, en el sentido de reconocer incondicionalmente la competencia de los jueces ordinarios para decidir la inaplicación de las normas internas, de cualquier rango que sean, sin que tenga que pronunciarse sobre su constitucionalidad el Tribunal Constitucional.

La inaplicación de la ley nacional posterior y contraria a una norma comunitaria por el juez ordinario fue una solución que se adoptó sin excesivo debate en algunos Estados miembros, mientras que se convirtió en una cuestión seriamente disputada en otros.

La primera fórmula fue utilizada por el Tribunal de Casación belga en una Sentencia de 27 de mayo de 1971, que luego ha tenido claras influencias en la jurisprudencia de otros Estados miembros; en esta ocasión, el Tribunal belga argumentó lo siguiente: «Teniendo en cuenta que cuando existe un conflicto entre una norma de Derecho interno y una norma de Derecho internacional que tiene efectos directos en el

**622.**

*Jueces internos: colaboración con el TJ.*

**623.**

*Jueces internos competentes para inaplicar leyes contrarias al Derecho comunitario.*

**624.**

*Origen y desarrollos de la doctrina que faculta a los jueces ordinarios para inaplicar leyes.*

**625.**

*La posición inicial sobre la inaplicación de normas de la jurisprudencia de los Estados miembros.*

**626.***Jurisprudencia belga.*

ordenamiento jurídico interno, la regla establecida por el tratado debe prevalecer; que la preeminencia de esta resulta de la preeminencia del Derecho internacional convencional. Teniendo en cuenta que es a fortiori cuando el conflicto existe, como en este caso, entre una norma de Derecho interno y una norma de Derecho comunitario; que, en efecto, los tratados que han creado el Derecho comunitario han instituido un orden jurídico en provecho del cual los Estados miembros han limitado el ejercicio de sus poderes soberanos en el ámbito que estos tratados determinan». En virtud de lo cual, vino a declarar la prevalencia el Derecho comunitario y la inaplicación de las normas internas, aun posteriores a la formulación de aquel.

**627.***Jurisprudencia alemana.*

El Tribunal Constitucional alemán admitió también esta tesis en una primera jurisprudencia, que luego rectificó parcialmente; así, en su Sentencia de 9 de junio de 1971 resolvió que es el juez ordinario ante el que se plantea el litigio al que pertenece decidir el Derecho aplicable y, por consiguiente, reconocer al Derecho comunitario en un caso concreto, la prioridad que le pertenece; tal inaplicación no es, pues, un problema que plantee cuestiones constitucionales en las que el Tribunal Constitucional deba intervenir. Sin embargo, en su Sentencia de 29 de mayo de 1974, que ya hemos analizado más atrás a efectos de la confrontación del nivel comunitario y el estatal de garantía de los derechos fundamentales, entendió que, cuando está en juego el reconocimiento de los derechos fundamentales, siempre se suscita una cuestión constitucional que le corresponde a dicho tribunal resolver.

**628.***La reserva última de control por las jurisdicciones internacionales de las normas contrarias a los derechos fundamentales.*

En este mismo ámbito de los derechos fundamentales la Sentencia del mismo Tribunal de 24 de mayo de 1984, *Solange I*, también argumentó sobre la reserva al Tribunal Constitucional de la competencia para examinar la adecuación a la Constitución de las normas que pueden contribuir a rebajar el nivel de protección constitucionalmente garantizado. Esta posición cambió, sin embargo, definitivamente a partir de la Sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, en la que, considerando que el nivel de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario podría considerarse tan amplia como la dispensada por las Constituciones internas, no era precisa la intervención final de salvaguarda del Tribunal Constitucional (se había mantenido entre tanto otra corriente jurisprudencial, de la que es buena referencia la Sentencia *Eurocontrol*, de 23 de junio de 1981, en la que el Tribunal alemán sostuvo que el nivel de protección de los derechos fundamentales en el marco de las organizaciones supranacionales no es siempre el mismo que en el plano constitucional interno, y que ello debe considerarse compatible con la Constitución; entre otras cosas

porque, si tal no se aceptase, sería imposible que Alemania participara en organismos o instituciones internacionales de cualquier tipo). Esta doctrina se confirmó en la Sentencia *Soweit*, de 12 de mayo de 1989, en la que el Tribunal acepta que la inaplicación de las leyes contrarias a las disposiciones comunitarias puedan ser declaradas directamente inaplicables por los tribunales ordinarios y que las propias normas comunitarias solo puedan ser valoradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, reteniéndose como única excepción a esta doctrina aquellos casos en los que la protección dispensada en el marco normativo o jurisdiccional europeo sea insuficiente. El Auto del Tribunal Constitucional alemán, de 19 de julio de 2011, sigue en la línea de aceptar que el derecho de la Unión desplace los estándares de protección establecidos en la Ley Fundamental «en tanto la Unión Europea asegure una protección de los derechos fundamentales que, en términos de contenidos de efectividad, sea sustancialmente similar a la protección que deriva de la Ley Fundamental».

La remisión al juez ordinario de la determinación de la norma aplicable concediendo la prevalencia al Derecho comunitario fue también la posición que adoptó el Consejo Constitucional francés en una Decisión de 15 de enero de 1975. Sostuvo entonces que los conflictos a que nos venimos refiriendo no suscitan cuestiones que deban ser resueltas por la vía de los controles de constitucionalidad. En Francia el artículo 55 de la Constitución facilita especialmente esta doctrina, puesto que declara la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes. La tesis sostenida por el Consejo Constitucional en aquella ocasión fue estimar que las competencias que tiene conferidas solo se refieren a verificar la constitucionalidad de las leyes; teniendo en cuenta que una ley contraria a un tratado no sería contraria a la Constitución y que, por consiguiente, el Consejo Constitucional no podría ejercer ninguna función de control respecto de las leyes contrarias al tratado (ya que, siendo su intervención previa y limitándose a confrontar el texto legal con la Constitución, no podría hallar tacha en una ley contraria al tratado), concluye que «no pertenece al Consejo Constitucional... examinar la conformidad de una ley a las estipulaciones de un tratado».

Con apoyo en esta decisión se ha podido deducir que la competencia para decidir esta clase de conflictos entre la ley y las normas internacionales corresponde resolverlos al juez ordinario.

Sin embargo, la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* y la del *Conseil d'État* no coincidieron inicialmente en resolver de igual modo dicho problema.

### 629.

*Jurisprudencia francesa: diferencias iniciales entre Consejo Constitucional y Consejo de Estado.*

**630.**

La doctrina del Conseil d'État inicialmente opuesta a la inaplicación de las leyes contrarias al Derecho comunitario.

El *Conseil d'État* estimó que no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa erigirse en censor del poder legislativo, negándose a reconocer la primacía de los tratados sobre las leyes posteriores que sean contrarias a los mismos. Esta solución se afirmó, en relación con los Tratados comunitarios, en la famosa Sentencia de 1 de marzo de 1968, *Syndicat Général de fabricants de semoules*, y fue reiterada en muchas resoluciones posteriores (entre ellas, *Union Démocratique du Travail*, de 22 de octubre de 1979, y *Roujansky et autres*, de 23 de noviembre de 1984). No es que el Consejo de Estado se negara a reconocer el principio de primacía de los tratados sobre la ley interna, claramente proclamado en el artículo 55 de la Constitución francesa, sino que se ha limitado a afirmar que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa carece de atribuciones para declarar que el legislador ha incurrido en una violación de la Constitución y, por tanto, para dejar inaplicada la ley de que se trate.

Durante años, debido a estos contrastes, el sistema francés mantuvo esta contradicción entre órdenes jurisdiccionales. La posición del Consejo de Estado, en particular, resultó bastante pernicioso para el reconocimiento de la primacía de las normas comunitarias, porque no solo mantuvo su incompetencia para declarar inaplicables las leyes, sino que también, en virtud de la teoría de la «ley-pantalla», estimó que quedaban fuera de su alcance todas las normas de rango reglamentario adoptadas en aplicación de las leyes, así como los actos administrativos singulares de aplicación de normas reglamentarias.

**631.**

Evolución de la jurisprudencia: a) inaplicación de reglamentos.

Los cambios en la jurisprudencia del Consejo Constitucional y de la *Cour de Cassation*, desde 1975 (asunto *Cafés Jacques Vabre*, de 25 de mayo de 1975), también animaron al Consejo de Estado a reconocer la inaplicación, al menos, de los reglamentos que estuvieran en contradicción con estipulaciones de un tratado internacional o del derecho derivado del mismo (*arrêt Alitalia*, de 3 de febrero de 1989). Pero la inaplicación de las normas con rango de ley posteriores a los tratados y contrarias a los mismos se ha atrasado mucho más. El Consejo de Estado mantuvo reiteradamente su posición contraria a inaplicar la ley nacional posterior. La ruptura de esta doctrina llegó, sin embargo, con el *arrêt Nicolo*, de 20 de octubre de 1989. Sobre este cambio de criterio influyó, sin duda, la decisión del Consejo Constitucional de 21 de octubre de 1988. El Consejo Constitucional se había declarado incompetente para controlar la conformidad de las leyes con los tratados, estimando que tal valoración corresponde a otros órganos del Estado, según hemos indicado ya. Y aplicando esta misma doctrina entró a considerar si una ley francesa relativa a elecciones

**632.**

b) Inaplicación de leyes: la doctrina del *arrêt Nicolo*.

legislativas era o no contraria al Protocolo I del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Lo hizo en tanto que juez del contencioso-electoral, lo que animaría al Consejo de Estado a utilizar la misma doctrina, en el *arrêt Nicolo* citado, para inaplicar las leyes como juez de lo contencioso-administrativo. Después de esta fecha, el *Conseil d'État* ha seguido aplicando la doctrina *Nicolo* de una forma reiterada y mecánica (D. BAILLEUL), como muestran, por ejemplo, los *arrêts Géniteau*, de 20 de diciembre de 2000; *Benatta*, de 14 de marzo de 2001; *Ligne pour la protection des oiseaux*, de 22 de junio de 2001; etc. No obstante, algunos autores han visto un signo de inflexión de esta jurisprudencia en el *arrêt Sarran*, de 30 de octubre de 1998, que, con otros posteriores, matizan la superioridad de los tratados sobre las leyes posteriores cuando estas contienen «disposiciones de naturaleza constitucional» o se refieren a materias que «pertenecen, en el plano interno, al poder constituyente». La ley constitucional francesa de 23 de julio de 2008 introdujo una modificación en el artículo 61.1 de la Constitución de 1958 que impone a los órganos judiciales remitir al Consejo Constitucional los asuntos que susciten la inaplicación de leyes por estimarlas contrarias al Derecho comunitario. La Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009, que desarrolló dicho precepto, fue objeto de una cuestión prejudicial que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia *Melki y Abdeli*, de 22 de junio de 2010. La Sentencia no considera contrario el artículo 267 TFUE que se establezca un procedimiento incidental de control de la constitucionalidad de la ley nacional, si ello no impide a los jueces nacionales ni ejercer sus funciones en relación con la aplicación del Derecho comunitario ni cumplir su obligación de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

El Tribunal Constitucional italiano sostuvo también durante bastante tiempo su competencia para decidir sobre la inaplicabilidad de las leyes posteriores y contrarias a los tratados y otras normas comunitarias europeas. En la Sentencia de 27 de diciembre de 1973 se hizo una exposición muy certera de la significación del ordenamiento jurídico comunitario y sus relaciones con el ordenamiento interno, en términos semejantes a como lo expuso la jurisprudencia alemana de la época. Es decir, aceptando la primacía del Derecho comunitario, pero con una reserva final, a favor de la jurisdicción constitucional interna, para que pudiera pronunciarse sobre los supuestos de colisión abierta entre las normas comunitarias y la Constitución. Pero estas tesis giraron luego para acomodarse a otra posición más restrictiva, según la cual las leyes posteriores contrarias a las normas comunitarias siempre plantean un problema de constitucionalidad que debe ser resuelto por

**633.**

*Jurisprudencia italiana.*

**634.**

*La admisión inicial en la jurisprudencia constitucional italiana de la valoración de normas internas contrarias a las comunitarias.*



el Tribunal Constitucional. Para la Corte Constitucional, por tanto, la inaplicación de una ley estatal, por ser contradictoria con el contenido de una norma comunitaria, solo podrá decidirse tras un juicio en el que se verifique la constitucionalidad de aquella, pues un problema de constitucionalidad es, en verdad, lo que tal contradicción suscita. Juicio de constitucionalidad que surge de esa misma colisión entre normas (frente a lo sostenido por el Consejo Constitucional francés en la sentencia de 1975 que antes hemos referido), pero que se fundamenta de la siguiente forma: si una ley interna colisiona con una norma comunitaria, los tribunales se tienen que cuestionar si el legislador estatal se ha mantenido o no dentro de sus competencias o se ha extralimitado ejerciendo competencias que, en uso de una previsión de la Constitución (artículo 11 en el caso italiano), se han transferido a una instancia supranacional, lo que viene a convertir el problema en una cuestión de constitucionalidad que solo la Corte Constitucional, y no el juez ordinario, puede resolver.

**635.**

*Negación de la competencia del juez ordinario para inaplicar leyes.*

Esta es la tesis sostenida por la Corte Constitucional italiana en su Sentencia n.º 232, de 30 de octubre de 1975: «Por cuanto concierne a las normas internas sucesivas, emanadas mediante leyes o con actos que tengan valor de ley ordinaria, esta Corte sostiene que el ordenamiento vigente no confiere al juez italiano el poder de inaplicarlas sobre el presupuesto de una prevalencia general del Derecho comunitario sobre el Derecho del Estado. Ciertamente, no puede acogerse la solución, propuesta y desarrollada por la Corte de Casación, de declarar la nulidad de la ley interna sucesiva, debiendo excluirse que la transferencia a los órganos de la Comunidad del poder de emanar normas jurídicas sobre la base de un criterio preciso de reparto de competencias de determinadas materias... comporte como consecuencia una radical privación de eficacia de la voluntad soberana de los órganos legislativos de los Estados miembros, aun manifestada en las materias reservadas por los tratados a la normativa comunitaria; tal transferencia hace surgir, por el contrario, el diferente problema de la legitimidad constitucional de los concretos actos legislativos. Tampoco es posible permitir al juez ordinario inaplicar la ley posterior, pues ello supondría, dice la sentencia, reconocer "al juez italiano no ya la facultad de escoger entre muchas normas aplicables, sino de individualizar la única norma válidamente aplicable, lo que equivaldría a admitir su poder de precisar y declarar una incompetencia absoluta de nuestro legislador, aunque sea limitadamente, para determinada materia, poder que en el ordenamiento vigente no le está, con seguridad, atribuido"».

Lo que termina concluyendo la Corte es que cuando al juez ordinario se le plantea un conflicto entre una norma comunitaria y una ley posterior y contraria a sus determinaciones no puede escoger por sí mismo, en uso del principio de primacía del Derecho comunitario, y dejar inaplicada la ley estatal, sino que debe plantear la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

Lo que ha terminado prevaleciendo, sin embargo, y aplicándose con carácter uniforme por todos los tribunales de los Estados miembros, es la posición del Tribunal de Justicia comunitario expresada con ocasión de la cuestión italiana a la que acabamos de aludir, en su reiteradamente citada Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978.

Es momento de que nos detengamos brevemente en su examen.

La sentencia se pronunció como consecuencia de un recurso prejudicial de interpretación, y cuando se dictó, el conflicto ya estaba resuelto, pues la Corte Constitucional italiana, utilizando la doctrina que hemos expuesto, había declarado inconstitucionales, mediante Sentencia de 22 de diciembre de 1977, determinados preceptos de la ley posterior en conflicto. No obstante, el Tribunal comunitario no desaprovechó la ocasión para pronunciarse sobre el asunto, con notorio interés por reiterar y profundizar sus tesis sobre estas cuestiones.

En el ámbito interno, el órgano encargado de aplicar las normas (el pretor de Susa) no compartía, según se deduce de sus planteamientos, las tesis del juez constitucional italiano, por lo que, después de producidos otros acontecimientos que interesan menos aquí, consultó al Tribunal comunitario sobre la forma de resolver el conflicto entre una norma comunitaria y la ley italiana posterior en los siguientes términos: «Estando dado que, en virtud del artículo 189 del Tratado de la CEE y de la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las disposiciones comunitarias directamente aplicables deben, al margen de toda norma o práctica interna de los Estados miembros, surtir plenos efectos en los ordenamientos jurídicos de estos últimos y ser aplicados en ellos de manera uniforme, ello con el fin, igualmente, de garantizar los derechos subjetivos nacidos respecto de los particulares, ha de seguirse que el carácter de las normas en cuestión debe ser entendido en el sentido de que eventuales disposiciones nacionales ulteriores, en contradicción con las normas comunitarias, deben ser consideradas de pleno derecho como inaplicables sin que sea necesario esperar su eliminación por el propio legislador (derogación) o por otros órganos constitucionales (declaración de inconstitucionalidad), principalmente si se considera, en lo que con-

**636.**

*La posición del Tribunal de Justicia sobre la competencia de los jueces ordinarios para inaplicar las leyes: Sentencia Simmenthal de 1978.*

**637.**

*Los antecedentes.*

**638.**

*El procedimiento: cuestión prejudicial.*

**639.**

*Inaplicación, derogación e inconstitucionalidad: separación de estas técnicas.*

cierte a la segunda hipótesis, que hasta que se produzca la declaración en cuestión, la ley nacional permanece plenamente aplicable y que las normas comunitarias no pueden surtir sus efectos y, por tanto, su aplicación plena, entera y uniforme, y no es garantía de los derechos subjetivos particulares nacidos de la situación».

La solución del caso por el Tribunal de Justicia ya se intuye anticipada en las conclusiones del abogado general G. Reischl, que recogerá y aun profundizará; la principal conclusión del abogado general fue que «el hecho de que un tribunal constitucional pueda constatar la inconstitucionalidad de disposiciones nacionales de esta naturaleza no podría impedir al juez nacional hacer aplicación de disposiciones de Derecho comunitario directamente aplicables, y ello aun en el caso de que la inconstitucionalidad de las disposiciones nacionales incompatibles con las disposiciones comunitarias no haya sido aún constatada».

Entre los razonamientos de la sentencia destaca el siguiente: «en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solo hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también —en tanto que esas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del orden jurídico aplicable sobre el territorio de cada uno de los Estados miembros— de impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias».

A raíz de la posición del Tribunal de Justicia comunitario, el Tribunal Constitucional italiano cambió radicalmente de criterio en su Sentencia de 8 de junio de 1984 (*Granital*) y, definitivamente, en la Sentencia *Fragd*, de 21 de abril de 1989, en las que se acepta definitivamente la competencia de los jueces ordinarios, sin que tenga que intervenir el Tribunal Constitucional, para dejar inaplicada cualquier ley interna contraria a lo establecido en una norma comunitaria europea.

El Tribunal Constitucional español se ha acomodado a la jurisprudencia comunitaria general en materia de inaplicación de leyes contrarias al Derecho europeo, sin ninguna fisura. Las Sentencias iniciales fueron la 28/1991, de 14 de febrero, y la 264/1991, de 22 de marzo, de las que arranca la indicada doctrina uniforme. El Tribunal Constitucional ha rechazado sistemáticamente que el artículo 96.1 pueda servir de justificación para convertir a los Tratados comunitarios o al

**640.**

*Conclusiones del Abogado General.*

**641.**

*La inaplicación como consecuencia de la primacía del Derecho comunitario.*

**642.**

*Corrección final de la jurisprudencia italiana.*

**643.**

*Jurisprudencia del TC español sobre inaplicación de normas.*

Derecho derivado en canon de la constitucionalidad de las leyes. «La eventual infracción de la legislación comunitaria europea —dice la primera de las Sentencias citadas— por leyes estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria». La STC 49/1988, en la que se apoya fundamentalmente la ya citada 28/1991, asegura que la contradicción entre el tratado internacional y una ley posterior no implica derogación o suspensión de aquel. La primacía de las normas comunitarias, en particular, deriva tanto de lo establecido en el artículo 93, como de la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario asentada en el asunto *Simmenthal* (con confirmaciones ulteriores importantes como la Sentencia *IN. CO. GE'90*, de 22 de octubre de 1998). Esta doctrina habilita al juez nacional para inaplicar la ley contraria a la norma comunitaria, no para anularla.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la incompatibilidad de una ley con el Derecho comunitario no implica necesariamente su inconstitucionalidad. No cabría, en consecuencia, su impugnación directa ante el Tribunal Constitucional, ya que no se dilucida una cuestión de constitucionalidad. Tampoco sería impugnable ante los tribunales de lo contencioso-administrativo porque su competencia no alcanza el enjuiciamiento de las normas con rango de ley. Sin embargo, en los casos en que el juez ordinario se encuentre con normas de valor reglamentario contrarias al Derecho comunitario, es claro que no solo puede inaplicarlas, sino también anularlas (STS de 26 de enero de 2000: «La eventual acomodación de la norma reglamentaria impugnada en un recurso contencioso-administrativo con una ley interna no es obstáculo para que los órganos jurisdiccionales de este orden jurisdiccional aprecien la disconformidad de aquella con el Derecho comunitario y, por aplicación del principio de primacía de este sobre el interno, la anulen». En el mismo sentido, SSTS de 3 de noviembre de 1997 y de 15 de marzo de 1999).

Si al juez ordinario se le plantean dudas respecto de la incompatibilidad de la norma interna con la comunitaria se abre para él un triple camino: el primero es llevar a término un juicio positivo de constitucionalidad y de convencionalidad y aplicar la norma; en segundo lugar, plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Comunitario, y tercero, suscitar una cuestión de inconstitucionalidad.

Respecto de esta última posibilidad, ya conocemos la posición restrictiva que sostiene la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, de manera que esta es una vía que se ha cegado en la práctica

**644.**

*Los conflictos entre leyes internas y tratados no tienen naturaleza constitucional.*

**645.**

*Nulidad de los reglamentos contrarios al Derecho Comunitario: control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

**646.**

*Opciones del juez ordinario.*

**647.**

*Tendencia a desincentivar el planteamiento de cuestiones prejudiciales.*

jurisdiccional española. Por lo que concierne a la aplicación de las normas comunitarias, y el planteamiento, en su caso, de las cuestiones prejudiciales a que se refiere el artículo 267 TFUE, ya hemos explicado la tendencia general a que sean los tribunales internos los que resuelvan directamente, interpretando las normas comunitarias y evitando plantear tales cuestiones. Se está haciendo una aplicación expansiva de la doctrina de la Sentencia *Cilfit*, de 6 de octubre de 1982, que hemos expuesto más atrás, en relación con el acto claro y el acto aclarado. En todo caso el límite es que no pueden sustituir la competencia exclusiva del Tribunal europeo para formular juicios negativos sobre la validez de las normas comunitarias. La doctrina de la Sentencia *Foto-Frost*, de 22 de octubre de 1987, es la dominante: «Los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias».

**648.**

Aplicaciones  
de la jurisprudencia  
*Cilfit* y límites al  
arbitrio judicial.

Asunto distinto es si los tribunales internos pueden dejar sin aplicación normas con rango de ley cuando vulneren el Derecho comunitario o están obligados a interponer previamente un recurso prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea. El problema ha sido objeto de una jurisprudencia dubitativa de nuestro Tribunal Constitucional. En su Sentencia 58/2004, de 18 de abril, estimó que la inaplicación de una ley, sin suscitar una cuestión prejudicial de interpretación, existiendo razones para plantearla obligatoriamente, podía ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE. Aunque la sentencia ha sido tachada de ambigüedad por sus comentaristas, parece claro que el Tribunal se inclinó por considerar que era preciso, para que un juez ordinario inaplicara una ley, cumplimentar aquel requisito de solicitar una opinión previa del Tribunal comunitario: dice el fundamento jurídico 14 de la sentencia: «...si la ley postconstitucional es contraria a la Constitución solo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 CE puede dejar de ser aplicada. Y si la ley postconstitucional es contradictoria con el Derecho comunitario solo puede ser inaplicada, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE».

Las circunstancias del caso resuelto por la sentencia mencionada, a cuyas peculiaridades alude reiteradamente, determinaron que la solución establecida presentara matices sobre los que volvió el Tribunal Constitucional en su sentencia 194/2006, de 19 de junio. En su fundamento jurídico 5 parece generalizar la exigencia del recurso prejudicial como requisito de previo cumplimiento : «...el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su

contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (artículo 103 CE) y de los tribunales (artículo 117 CE)».

Ulteriormente una sentencia de Pleno del TC, la 78/2010, de 20 de octubre, rectificó expresamente la doctrina establecida en la sentencia antes mencionada, señalando definitivamente las diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad, que es imprescindible para declarar la inaplicación de las normas legales posteriores a la Constitución, y la cuestión prejudicial. Respecto de esta última sostiene: «la obligación de plantearla desaparece aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuanto la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE, de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa y acumulados*, 28 a 30/62, y de 19 de noviembre de 1991, asuntos *Franovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE, de 6 de octubre de 1982, asunto *CILFIT*, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial solo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria».

Esta es la posición que sigue manteniendo el Tribunal Constitucional. De resultas de la misma, los jueces ordinarios deben plantear la cuestión prejudicial antes de dejar sin aplicación una ley interna, cuando resulta aquella procedente conforme al artículo 267 TFUE, y no deben hacerlo, sin vulnerar por esta decisión el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando no se den las circunstancias, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en las que es obligatorio interponer el mencionado recurso prejudicial.

### 3. REFORMAS, MUTACIONES CONSTITUCIONALES Y REDISTRIBUCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

Para completar y concluir el análisis de los efectos que la Constitución europea y las normas dictadas por las instituciones comunitarias producen sobre la Constitución interna son necesarias algunas preci-

siones que sirvan para justificarlos en el marco de la dogmática de la Constitución como norma.

El problema es de una envergadura teórica enorme. Está en la actualidad reclamando la atención de los publicistas de todos los países europeos. En sus contribuciones son evidentes las matizaciones con las que tienen que utilizarse algunas categorías básicas como las concernientes al poder constituyente o a los límites de la reforma constitucional o a la posición de la Constitución como norma superior del ordenamiento, expresión máxima de la soberanía nacional. Sintetizaremos ahora las cuestiones fundamentales, concretando nuestra posición en relación con las mismas.

#### 649.

*Efectos de la traslación de poder a instancias comunitarias.*

A) No es preciso que justifiquemos de nuevo que la integración comunitaria europea está produciendo una gran transformación de los principios, instituciones y reglas relativas al ejercicio de los poderes públicos establecidos en las Constituciones de los Estados miembros. La adhesión a la Comunidad implica, para los Estados que la aceptan, una transferencia masiva de competencias de la que resultan limitaciones inmediatas para el ejercicio del poder legislativo interno y cambios de posición de los demás poderes del Estado. La primacía de la ley interna, entendida como la facultad del legislador de regular cualquier materia, se restringe por causa de la traslación al legislador comunitario de la responsabilidad de regulación de determinados sectores. La reserva de ley establecida en la Constitución queda igualmente suplantada por las normas comunitarias que establecen las regulaciones de principio y pueden, naturalmente, sustituir la función constitucionalmente reservada a la ley interna. Esta, por otra parte, cuando puede legítimamente regular cualquier materia de interés público, en concurrencia con normas comunitarias, resulta desplazada por estas, y debe ser inaplicada en el supuesto de que se plantee cualquier contradicción.

Por lo que concierne al poder judicial, no nos extenderemos ya más en describir los enormes cambios de posición que el Derecho comunitario ha impuesto. El más significativo de todos es el reconocimiento general de la facultad de los jueces ordinarios de dejar inaplicadas las leyes contrarias a una norma comunitaria.

#### 651.

*Protagonismo de los Estados, en el proceso de integración, y afectación a los poderes infraestatales.*

Del mismo modo queda afectado el equilibrio constitucional entre los poderes territoriales del Estado. La integración europea es, hasta ahora, un proceso que protagonizan los Estados. Cuando estos tienen estructura federal o regional, el ejercicio de las competencias comunitarias puede afectar seriamente al reparto interno de poderes porque

las transferencias de competencias a la Unión Europea no tienen nunca en cuenta el carácter centralizado o federal de los Estados miembros. Además, en el seno de las instituciones comunitarias, las decisiones son adoptadas por órganos en los que la preeminencia de los representantes del Estado es notoria. Esta circunstancia provoca una tensión que, como hemos visto, se ha puesto ya de manifiesto en alguna jurisprudencia constitucional, generada por la necesidad de equilibrar la aplicación del principio de fidelidad federal, que se refiere a las relaciones entre los poderes centrales y territoriales de una federación, y el de lealtad comunitaria, que concierne a las relaciones entre los Estados y las instituciones de la Unión.

Además de todo lo anterior, la formulación de políticas de gran trascendencia, consignadas algunas veces en las propias Constituciones internas como función propia de los gobiernos estatales, especialmente en materia económica, han sido masivamente trasladadas a la Unión Europea.

B) Los efectos concretos de las transferencias de poder a las instituciones comunitarias, autorizadas en nuestro caso en virtud de las previsiones del artículo 93 de la Constitución, no se consignan de modo expreso en el texto de la misma. La Constitución, en efecto, no se reforma para reajustar las relaciones entre poderes y el contenido de sus atribuciones cada vez que se utiliza el artículo 93. Como nos resulta conocido, la Constitución española solo ha sido reformada, por causa de la integración comunitaria, una sola vez, y con el fin de salvar una contradicción textual entre el Tratado de la Unión de 1992 y el artículo 13.2 del texto constitucional. En otros Estados miembros, como Alemania y Francia, tampoco se ha trasladado a la Constitución una expresión pormenorizada de las competencias materiales transferidas o de sus consecuencias para la posición y ejercicio de los poderes públicos. Pero, al menos, los artículos 23 y 88, respectivamente, de las Constituciones de los dos Estados citados, han recogido cláusulas generales descriptivas del alcance de las transferencias autorizadas y de los límites constitucionales al proceso de la Unión Europea (en Alemania, especialmente, determinados por la cláusula de intangibilidad de algunas regulaciones constitucionales, recogida en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental), con lo cual la legitimación constitucional de las transformaciones jurídicas es mucho más explícita y técnicamente precisa.

La imprecisión aludida afecta, sobre todo, al contenido material de las competencias transferidas, cuya delimitación se hace en todos los casos por remisión a los tratados a través de los cuales la transferencia

**652.**

*Carácter impreciso de las transferencias de competencias.*

**653.**

*Cláusulas constitucionales generales y expresas de aceptación de la integración.*



se efectúa. Son más claros, sin embargo, los efectos jurídicos de la utilización de las previsiones del artículo 93 de la Constitución en lo que concierne a las relaciones entre normas comunitarias e internas. Suponen que, una vez celebrado el tratado correspondiente, y producida su publicación (artículo 96.1 CE), dicha norma es inmediatamente aplicable en todo el territorio del Estado y lo son también las normas dictadas por las instituciones reconocidas en dicho tratado. Este y las normas derivadas se aplican con preferencia a cualquier otra norma interna que las contradiga, incluida la propia Constitución.

**654.**

*El artículo 93 CE da cobertura a la incorporación de ordenamientos externos.*

El artículo 93 actúa, por tanto, como norma de cobertura para la incorporación de un ordenamiento externo, cuya existencia puede justificarse sin referencia alguna a la Constitución, pero que, si llega a tener aplicabilidad interna, es justamente porque la Constitución lo permite y autoriza. Todos los ordenamientos jurídicos que aspiran a aplicarse sobre un mismo espacio tienen una primera norma fundamentadora. La Constitución es una norma fundamental y no causada. Los tratados internacionales previstos en el artículo 93 pueden haber sido originados sin referencia alguna a la Constitución, pero solo esta puede habilitar su aplicación en un determinado espacio y tiempo.

**655.**

*La validez de las normas que integran el ordenamiento externo no depende de parámetros constitucionales ni de controles internos.*

Los Estatutos de Autonomía regulados en el Título VIII de la Constitución también son normas fundantes de un ordenamiento secundario. Pero se diferencian esencialmente del ordenamiento externo que se reconoce a partir del artículo 93 de la Constitución, porque tanto la validez de aquellos como la de las normas dictadas por los poderes reconocidos en los mismos, dependen del respeto a las disposiciones constitucionales y a las demás que forman parte del bloque de la constitucionalidad (artículo 28 LOTC). Sin embargo, ni la validez de los tratados internacionales, ni la de las normas dictadas en desarrollo de los mismos, dependen de su adecuación a parámetros establecidos en la Constitución. Tanto los criterios materiales para determinar su validez como los procedimientos para enjuiciarla son externos a la Constitución. Esto supone que la Constitución no puede utilizarse para determinar la validez de las normas pertenecientes al Derecho comunitario, una vez que los tratados han sido celebrados. Solamente es la herramienta imprescindible para homologar y reconocer a dichas normas supranacionales aceptando su aplicabilidad en el territorio del Estado.

**656.**

*La aplicabilidad depende del Derecho interno.*

Este régimen de las normas comunitarias implica una gran alteración de las reglas utilizadas con anterioridad, en el marco del ordenamiento interno, para definir las relaciones entre normas. El cambio supone nada menos que aceptar la posibilidad de que las propias pre-

visiones normativas de la Constitución queden desplazadas permitiendo la aplicación preferente de las normas externas. Lo cual no quiere decir que las normas desplazadas sean inválidas, sino simplemente que la Constitución asume la aplicabilidad preferente de las normas internacionales reconocidas y autorizadas a través de los mecanismos previstos en su artículo 93. En este sentido, el texto constitucional sirve para homologar la existencia de la norma externa como norma y habilitar, por tanto, su aplicabilidad, pero no como parámetro para decidir su validez.

La Constitución debe ser considerada, en este sentido, como norma relativa a la aplicación de las normas, como ha dicho exactamente J. L. REQUEJO PAGÉS, y no como norma que pueda servir para la determinación de la validez de todas las que se aplican en un ordenamiento jurídico dado, ya que las que se forman en el ordenamiento externo solo pueden ser valoradas conforme a los criterios materiales y procedimentales establecidos en dicho ordenamiento.

El reconocimiento de la aplicabilidad de las normas comunitarias en el territorio del Estado es general, y no depende de ninguna decisión ulterior de los órganos regulados en la Constitución interna. La imposibilidad de oponer leyes internas a lo establecido en los tratados y en las normas que desarrollan sus previsiones puede justificarse en el artículo 96.1 CE, que previene sobre la inmodificabilidad de los tratados por normas internas posteriores; pero se puede apoyar con más seguridad en lo dispuesto en el artículo 93, ya que el desplazamiento de las normas internas por las normas comunitarias es una consecuencia asumida de modo voluntario en el momento en que el Estado acepta ratificar tratados como los europeos, uno de cuyos efectos más señalados es el de la primacía de todas las normas que integran aquel ordenamiento externo.

Como nos resulta conocido, algunos Tribunales Constitucionales han mantenido que ostentan competencia para valorar la compatibilidad con la Constitución de algunas normas europeas (desde luego el alemán, como hemos visto, mantiene esta reserva en su última jurisprudencia; y también en las Declaraciones de 1992 y 2004 del nuestro, parecen poder leerse algunas aproximaciones a la misma doctrina). Se trataría de las normas que atentan de modo directo y «aberrante» contra algunas garantías de la Constitución interna, especialmente en materia de derechos fundamentales. Pero, aun en los casos excepcionales en que esta confrontación sea hecha por los Tribunales Constitucionales, su decisión final no podría concernir a la validez de la norma comunitaria, sino al rechazo de su aplicación por ser contraria a los

**657.**

*Reconocimiento de aplicabilidad preferente al Derecho comunitario, incluso sobre la Constitución.*

**658.**

*La Constitución como norma sobre la aplicación de las normas, no determinante de su validez.*

**659.**

*El desplazamiento del Derecho interno: justificación constitucional.*

**660.**

*Límites constitucionales subsistentes.*

términos en que la Constitución ha habilitado el ejercicio del poder de hacer tratados, que exige, en el caso de que estos contengan estipulaciones contrarias a la Constitución, la reforma previa de la misma (artículo 95.1).

C) La justificación de la aplicabilidad de las normas comunitarias europeas y sus límites excepcionales en el ordenamiento interno son los expresados. La Constitución juega como norma relativa a la aplicación de las normas, en efecto. Pero ¿qué consecuencias tiene todo ello desde el punto de vista de las transformaciones de la Constitución estatal?

### 661.

*Poder constituyente, poder de reforma: sobre los efectos de la Constitución comunitaria.*

La teoría constitucional clásica había explicado el régimen del poder de establecer y transformar el texto constitucional en términos que hemos estudiado más atrás. Es esencial en ella la configuración del poder de reforma como distinto del poder constituyente. Este es un poder de carácter político que tiene un momento de máxima actividad cuando la Constitución debe ser generada, pero que se agota con su ejercicio. Al contrario de lo que ocurre con los poderes constituidos, que son por definición inagotables y se mantienen con plena vigencia tanto tiempo como la Constitución misma permanece, el poder constituyente queda adormecido o aletargado una vez que la Constitución ha sido formulada. El poder de reforma es, en cambio, un poder jurídico, sometido a Derecho, que solo puede ser ejercido en los términos que la propia Constitución determina.

¿Desde qué punto de vista debe considerarse el proceso de la integración europea y las relaciones entre la Constitución comunitaria y la Constitución interna?

### 662.

*No se aplica el poder constituyente a la elaboración de los tratados.*

Los tratados comunitarios, todos ellos, son tratados verdaderamente. Ni por el procedimiento de elaboración, ni por la intención de las partes contratantes, pueden considerarse otra cosa que normas regidas por el Derecho internacional. No se aplica, por tanto, a la elaboración de los tratados, o a su ratificación, el poder constituyente, sino un poder derivado de la Constitución.

### 663.

*Estructura y contenido constitucional de los tratados.*

Sin embargo, dichos tratados tienen una estructura y un contenido constitucional inequívoco. Tanto por sus regulaciones materiales, como por la estructura del reparto del poder, las funciones que se reconocen a cada uno de los órganos a que se atribuye su ejercicio, evidencian, la voluntad de adecuarse exactamente al modelo normativo tradicional de las Constituciones internas.

Pero, sin duda, difiere de estas al menos en un punto esencial: el poder constituyente no es ejercido directamente por el pueblo como exige el patrón clásico de las Constituciones normativas, que ya tenemos analizado. Es cuestión larga de discutir y ardua de resolver si, no obstante, puede llamarse propiamente Constitución también a una norma en cuya elaboración intervienen directamente representantes de los Estados que, a su vez, han sido elegidos por el pueblo conforme a métodos democráticos homologados. En tal caso, podría convenirse que los tratados comunitarios son manifestación de un poder constituyente delegado. Más atrás nos hemos aproximado a estas posibilidades teóricas.

Lo que es indudable es que el tratado como norma no resulta válidamente aplicable en ningún caso si no es habilitado para ello por el ordenamiento de los Estados. Esta limitación jurídica de los efectos de los tratados describe una característica que es general en ellos como elementos integrantes de ordenamientos imperfectos, que requieren siempre la contribución del ordenamiento interno para que sus prescripciones lleguen a ser aplicables.

La aplicación, en el caso de los tratados comunitarios, resulta de la habilitación hecha en favor de los mismos por el artículo 93 de la Constitución, donde se reconoce un poder que pertenece a las instituciones del Estado. Como de su ejercicio resulta una gran transformación constitucional, por las razones que ya tenemos explicadas, podría decirse que, cuando menos, dicha transformación implica algún tipo de reforma constitucional. La cuestión, por tanto, sería decidir si la utilización del artículo 93 equivale a activar un procedimiento de reforma semejante a los regulados en el Título X de la Constitución.

Como hemos visto más atrás, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 1991 sobre el Tratado de Maastricht, afirmó que la utilización del artículo 93 supone una reforma constitucional equivalente a las previstas en el artículo 167 de la Constitución. También aseveró que las reformas constitucionales operadas por la vía del artículo 93 no pueden afectar a las materias enunciadas en el artículo 168, que prevé un procedimiento de reforma reforzado, que no está al alcance del legislador ordinario, ni siquiera utilizando la forma de ley orgánica para llevarla a término. En cambio, el Tribunal Constitucional, en su Declaración de 1992 relativa al mismo Tratado, no apreció, en absoluto, que la previsión del artículo 93 sea una forma más de reforma constitucional. Aseguró que los procedimientos de reforma son los establecidos en el Título X de la Constitución (artículos 167 y 168) y que el poder de reforma no es delegable.

**664.**

*¿Son los tratados el fruto de un poder constituyente delegado?*

**665.**

*Limitaciones de los efectos de los tratados; normas incompletas.*

**666.**

*¿Equivale la utilización del artículo 93 CE a una reforma constitucional?*

**667.**

*Posición del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional.*

**668.***Posiciones doctrinales.*

Estos contradictorios razonamientos conducen a un callejón sin salida: la elaboración y consecuencias de los tratados no son el ejercicio de un poder constituyente, y tampoco son el ejercicio del poder de reforma, pero, sin embargo, producen transformaciones extraordinarias en el texto de la Constitución, en la organización de los poderes y su ejercicio, y modulan muchos de los principios reconocidos en aquella. Se comprende por ello que la doctrina, aunque no siempre se pare mucho a explicarlo, sea partidaria de equiparar los efectos jurídicos de los tratados al ejercicio de un poder constituyente (de carácter delegado lo ha configurado, por ejemplo, F. BALAGUER), o al ejercicio del poder de reforma (J. L. REQUEJO).

**669.***Mutaciones constitucionales.*

La indiscutible transformación que el Derecho comunitario produce sobre la Constitución interna no se recoge directamente y de modo completo y expreso en su texto. Las modificaciones de la Constitución, aunque se produzcan como consecuencia de leyes aprobadas regularmente por los Parlamentos internos, que no se trasladan finalmente al texto formal de las mismas, son una manifestación típica de las mutaciones constitucionales; es una de las variantes de mutaciones descritas por la doctrina clásica (de G. JELLINEK a HSÜ DAU-LIN), que hemos recordado más atrás.

**670.***Conjunción de reformas por reenvío y mutaciones.*

Sin duda, algunas de las transformaciones constitucionales debidas a la progresiva ampliación del campo de dominio del Derecho comunitario deben ser consideradas mutaciones constitucionales. Quizá pudieran excluirse de tal calificación las modificaciones directas que resultan de lo establecido en los tratados y en las normas principales del ordenamiento europeo, ya que si bien no se incorporan al texto de la Constitución, puede entenderse que son reformas de la misma contenidas en textos normativos que cumplen los requisitos de las reformas por el reenvío que la Constitución hace a su contenido. Las transformaciones de la Constitución, en este sentido, consistirían, por tanto, de un lado, en reformas concretadas en normas externas a la Constitución y aceptadas por ella en virtud del reenvío que se produce cuando el artículo 93 se activa y, por otro, en mutaciones constitucionales resultantes del ejercicio de los poderes reconocidos en las normas reenviadas, así como de la interpretación de las mismas que llevan a cabo los órganos encargados de su aplicación.

**671.***Efectos de la integración europea sobre el poder constituyente.*

Lo anterior puede servir para engarzar las transformaciones constitucionales con algunas de las categorías utilizadas por la dogmática constitucional clásica para explicar la acomodación de la Constitución a las circunstancias de cada momento. Pero, sin embargo, es insufi-

ciente para remarcar los efectos que la integración comunitaria produce sobre el poder constituyente.

Configurado este último como un poder libre e ilimitado, aunque adormecido durante todo el tiempo en que la Constitución por él creada mantiene su vigencia, siempre resulta posible que, en determinadas circunstancias políticas, recupere su plenitud y vuelva a ejercitarse sin restricciones.

Esta característica del poder constituyente, según la doctrina generalmente asumida, está siendo severamente matizada como consecuencia del proceso de integración europeo. El poder constituyente, en efecto, resulta, por una parte, limitado y, por otra, fragmentado, como lo está la propia soberanía. La limitación procede de que si el poder constituyente pretendiera ejercerse en la actualidad, el contenido de sus decisiones tendría que acomodarse a los condicionamientos que resultan de que el Estado sea miembro de la Unión Europea. Los principios del Derecho de la Unión y sus regulaciones fundamentales no pueden ser alterados por uno solo de sus miembros. La Constitución interna, y el poder constituyente que la crea, debe acomodarse siempre al Derecho de la Unión.

Por otro lado, el poder constituyente resulta fragmentado. Esta división es una consecuencia más de lo anterior. El contenido de la Constitución no es ya el que se consigna en el texto elaborado por el Estado, sino la suma de los contenidos de la Constitución Europea, y sus desarrollos, y de la Constitución interna. De la conjunción de estos poderes constituyentes resulta la Constitución general. El proceso al que estamos abocados es, posiblemente, el de la reunificación futura del poder constituyente. Lo que se hace ya visible es una limitación evidente del poder constituyente del Estado por la transferencia parcial de su fuerza jurídica hacia instancias externas.

No se ha producido, sin embargo, una sustitución, ni tampoco se ha cambiado el sujeto titular del poder constituyente original, que sigue siendo el pueblo.

Pero se ha producido una nueva y revolucionaria apertura en el modo de ejercerlo. Solo para la redacción originaria de la Constitución del Estado se emplea el poder constituyente en los términos políticos y jurídicos descritos por la doctrina clásica. Una vez que, aprobada la Constitución, sus prescripciones se engarzan con las de un ordenamiento externo como el europeo, el poder constituyente originario queda condicionado por las obligaciones resultantes de aquel sistema jurídico comunitario. Además, se acepta la compartición con otros Esta-

**672.**

*Limitaciones al poder constituyente.*

**673.**

*Fragmentación del poder constituyente.*

**674.**

*Nuevos tipos de normas constitucionales y nuevos procedimientos para formularlas.*

**675.**

*Legitimación de estos movimientos constitucionales.*

dos del poder de transformar el orden constitucional establecido, bien produciendo nuevas normas de valor constitucional, que transforman la Constitución interna, bien reformando las normas superiores del ordenamiento europeo que completan la Constitución del Estado. Se elaboran, pues, normas constitucionales por procedimientos nuevos. La legitimación última de estos procesos radica en el consentimiento expresado por el Estado en los términos en que la Constitución permite hacerlo. Pero las transformaciones constitucionales se producen, una vez otorgada la aceptación del sistema jurídico europeo, de conformidad con una lógica nueva caracterizada por una menor participación en su impulso y ratificación de las instancias representativas internas.

Las Constituciones estatales solo tienen, ante este fenómeno imparable (e imprescindible en el proceso de integración europea) de traslación parcial de los poderes constituyentes y de reforma constitucional, la posibilidad de incorporar a su texto (como se hizo en Alemania y Francia a raíz del Tratado de la Unión de 1992) cláusulas que reconozcan la importancia del fenómeno y expresen, con carácter general, la aceptación de sus consecuencias.

**676.**

*Los poderes soberanos que el Estado retiene: dominio sobre la decisión de integración y sobre las reformas constitucionales.*

El Estado, en realidad, controla plenamente el poder constituyente cuando usa, con todas sus consecuencias, el *treaty making power* del artículo 93. Decide libremente la incorporación del Derecho comunitario integrado, en el momento de la aceptación, por normas de contenido cierto. Pierde, enseguida, parcialmente, el control sobre el poder de modificar la Constitución porque el Derecho derivado comunitario produce las grandes alteraciones en el contenido de los poderes de las instituciones estatales y en su reparto territorial interno, que ya han sido reseñadas. En el marco de este proceso se producen grandes mutaciones constitucionales que no se formalizan como reformas en los textos constitucionales. Sin embargo, el Estado retiene, parcialmente, el poder de reforma cuando se elaboran y aprueban nuevos tratados comunitarios o se modifican los vigentes. Mientras la regla de la unanimidad se mantenga en dichos procesos, la voluntad de los representantes del Estado tendrá que ser respetada. En esta medida, aunque las consecuencias generales que la nueva norma europea pueda tener sobre la Constitución no se vehiculen por el procedimiento de reforma constitucional, dicho poder queda parcialmente retenido por los órganos del Estado, cuya voluntad concurrente no puede ser obviada para que el nuevo tratado, o sus modificaciones, sean aprobados.

Seguramente el futuro de la Unión Europea dependerá mucho de la superación de esta fragmentación del poder constituyente y de la

eliminación final de las retenciones parciales por los Estados del poder de reforma. Ocurrirá ello cuando el ejercicio de los mismos deje de estar vinculado a la regla de la unanimidad. Cambiar las normas fundamentales del orden jurídico europeo no dependerá entonces del consenso pleno de todos los Estados miembros, sino de la mayoría. Entonces, como es común en las Constituciones de los Estados, ni una parte del pueblo, ni la opinión de algunos de sus representantes, podrá bloquear la acomodación de la Constitución europea a las necesidades de cada momento. Y la Constitución interna tendrá que adaptarse siempre a los principios y condicionamientos que resulten de los procesos constitucionales europeos.



## BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUIZ, M. A.: «El *certiorari*. El ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994.
- AJA, E.: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1992.
- *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.
- ALÁEZ CORRAL, B.: «Soberanía constitucional e integración europea», en *Fundamentos*, n.º 1, Oviedo, 1998.
- ALBERTÍ ROVIRA, E.: «La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros (hacia una lógica constitucional más visible de la atribución de competencias a la Unión)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 65, enero-abril 2003.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (dir.) y ROIG MOLÉS, E.: *El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el Futuro de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ALBERTON, G.: «La Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 y la construcción comunitaria», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, mayo-agosto 2001.
- ALCUBILLA: voz «Garantías individuales» (ausente en la primera edición de 1861), *Diccionario de Administración*, 4.ª ed., 1887.
- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002.
- ALONSO GARCÍA, C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Barcelona, 1999.
- ALONSO GARCÍA, E.: «El Tribunal Burger y la doctrina de las *political questions* en los Estados Unidos», *REDC*, n.º 1, 1981.
- *La interpretación de la Constitución*, 1984.
- ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 3.ª ed., Civitas, 2014.
- ANDRINO HERNÁNDEZ, M.: «Sobre las reformas constitucionales», en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, mayo-octubre 1956.

- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética y minera*, Revista General de Derecho Administrativo n.º 24, lustel, mayo 2010.
- APARICIO, M. A.: «Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial», *RJC*, n.º 4, 1983.
- ARAGÓN REYES, M.: *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- ARNOULT: *De la révision des constitutions*, París, 1896.
- ARROYO JIMÉNEZ, L.: *La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, septiembre/diciembre 2014, n.º 102.
- ARROYO ZAPATERO, L.: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, 1983.
- ARTOLA, M.: *Los derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1986.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad*, Revista de Administración Pública, mayo/agosto 2013, n.º 191.
- ASÍS ROIG, R. de: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ASSINI, N.: *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la «guerra fra le due Corti»*, Giuffré, Milán, 1973.
- ATTARD, E.: *El constitucionalismo español: 1808-1978*, Quiles, Valencia, 1988.
- AUBY, J. B. y AUBY, J. F.: *Droit des collectivités locales*, 1990.
- AZOULAY, L.: «La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation», *RFDA*, n.º 5, septiembre-octubre 2003.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, Madrid, Civitas, 2002.
- BACHOF, O.: «El juez constitucional entre Derecho y Política», *RU*, septiembre 1966.
- BAILLEUL, D.: «Le juge administratif et la conventionalité de la loi: vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo?», *RFDA*, n.º 5, septiembre-octubre 2003.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «El estatus constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente», en el libro colectivo *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «La igualdad como Derecho Público subjetivo», en *Revista de Administración Pública*, n.º 114, 1987.

- «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, septiembre-diciembre 1988.
- *Las fuentes en el Tratado de la Constitución europea: un análisis prospectivo*, Revista General de Derecho Administrativo, n.º 11, Iustel, 2006.
- BARCELÓ, J.: «Precedent in European Community Law», en MACCOR-MICK, N. y SUMMERS, R. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Dartmouth, 1997.
- BARILE, S.: «Potere costituente», en *Novissimo Digesto*, vol. XIII, Turín, 1966.
- BARILE, P. y DE SIERVO, U.: «Revisione della Costituzione», en *Novissimo Digesto*, vol. XV, Turín, 1968.
- BARNÉS, J.: «La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto 2001.
- BARRÉRE UNZUETA, M. A.: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- BARRERO ORTEGA, A.: «Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 61, 2001.
- BARTHÉLÉMY: «La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1909.
- BATAILLER, F.: *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, LGDJ, París, 1966.
- BATTAGLINI, M.: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1957.
- BECKER Y GONZÁLEZ, J.: *La reforma constitucional en España. Estudio histórico-crítico acerca del origen y las vicisitudes de las Constituciones españolas*, Madrid, 1923.
- BELAID, S.: *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, París, 1974.
- BERGARECHE GROS, A.: «Estudio preliminar», al libro de MORTANI, C., *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- BERLÍN, I.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Taurus, Madrid, 1999.
- BERRANGER, T. de: *Constitutions Nationales et Construction Communautaire*, LGDJ, París, 1995.
- BERTI, G.: *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padua, 1994.
- BICKEL, A.: *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- BILBAO UBILLOS, J. M.: LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- BISCARETTI DI RUFFIA: «Sui limiti della revisione costituzionale», en *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, Nápoles, 1949.

- BLANCO VALDÉS, R. L.: *El valor de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.
- «Vigilar al legislador, vigilar al vigilante (legitimidad del control de constitucionalidad y *selfrestraint* judicial en los orígenes del sistema norteamericano: un breve apunte histórico)», en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II-Die Grundrechte*, 1989.
- BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BOCANEGRA, R.: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, LEAL, Madrid, 1982.
- BÓCKENFÖRDE, E. W.: «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», publicado ahora en *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976.
- BOGDANDY, A. V.: «La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una contribución sobre los actuales malentendidos en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, mayo-agosto 2001.
- BORGEAUD: *Établissement et révision des Constitutions*, París, 1892.
- BOROWSKI, M.: «La restricción de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, 2000.
- BORRAJO INIESTA, I.; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo (una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*, Civitas, Madrid, 1995.
- BOUDIN, L. B.: «Government by judiciary», en *Political Science Quaterly*, n.º 26.
- BRUNIALTI, A.: «Formazione e revisione delle costituzioni moderne», en *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, II serie, vol. II, Utet, Turín, 1894.
- BRYCE, J.: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1963.
- BÚRCA, G. de y WEILER, J.: *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- BURCKHARDT: *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung von 29 Mai 1874*, Berna, 1905.
- «Verfassuns und gesetzesrecht», en *Politisches. Tahrbuch des schweizerischen Eidgenossenschaft*, t. XXVI, 1910.
- BURDEAU, G.: *Traité de Science politique*, t. IV, «Le statut du pouvoir dans l'État», París, 1969.
- CAAMAÑO DOMINGUEZ, F. y otros: *Jurisdicción v procesos constitucionales*, 2.<sup>a</sup> ed., McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- CANO MONTEJANO, J. C.: *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- CANOSA USERA, R.: *Interpretación constitucional y fórmula política*, 1988.

- CAPPELLETTI, M.: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1961.
- *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971.
- *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1979.
- *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato*, Giuffré, Milán, 1979.
- «El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado», *REP*, n.º 13, 1980.
- CARRÉ DE MALBERG: *Contribution á la Théorie Générale de l'État*, I, Sirey, París, 1920 (reimpresión de 1962).
- CARRERA, F. J.: «Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 16, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembrediciembre 2003.
- CARRILLO FLORES, A.: «Prólogo» a la 1.ª ed. de la obra de C. E. HUGHES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, FCE, México, 1971.
- CARRILLO LÓPEZ, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Notas sobre el significado jurídico y político de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, 2001.
- *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T. y SALVADOR CODERCH, P.: *Prevenir y castigar (libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- CASTRO, F. de: *Derecho Civil de España*, I, 1949.
- CHEVALLIER, J.: *L'Elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, París, 1970.
- CICCONETTI: *La revisione della Costituzione*, Padua, 1972.
- Voz «Revisione costituzionale», en *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffré, Milán, 1989.
- CLOSA MONTERO, C. J.: *Los cambios inconstitucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE., hacia una mutación constitucional europea*, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, julio/septiembre 2014, n.º 165
- COBREROS MENDAZONA, E.: «Reflexión sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 19, 1988.

- CONSTANT, B.: *Cours de politique constitutionnelle*, t. 1, p. I, Diclier, París, 1836.
- CONTINI: *La revisione della Costituzione in Italia*, Milán, 1965.
- CONTRERAS, M.: «La reforma de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, edición y presentación de M. RAMÍREZ, Zaragoza, 1979.
- CORWIN, E. S.: *The Constitution and what it means today*, New Jersey, 1978.
- «The establishment of judicial review (I)», en *MLR 9*, n.º 2, 1910.
- *The «higher law», Background of american constitutional law*, Great Seal Books, Nueva York, 1955.
- «*Marbury vs Madison* and the doctrine of judicial review», en *The doctrine of judicial review, its legal and historical oasis and others essays*, Peter Smith, Gloucester, 1963.
- COUGH, J. D.: *Fundamental law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1955.
- CRAIG, P.: «The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered», en G. DE BÚRCA y J. WEILER, *The European Court of Justice*.
- «The Nature of the Community: Integration, Democracy, and Legitimacy», en G. DE BÚRCA (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- CRAIG, P. y DE BÚRCA, G.: *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CRUZ VILLALÓN, P.: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. 1, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.
- *El Estado de Sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- CRUZ VILLALÓN, P. (Coord.): *Hacia la europeización de la Constitución española. Adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, ed. Fundación BBVA, Bilbao, 2006.
- DEHOUSSE, R.: *Fédéralisme et relations internationales*, Bruylant, Bruselas, 1991.
- DÍAZ LEMA, J. M.: «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», en *Revista de Administración Pública*, n.º 120, septiembre-diciembre 1989.

- DÍAZ REVORIO, F. J.: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- «¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto 2001.
- DONAIRES VILLA, F. J.: «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto 2001.
- DUEZ, P.: «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question», en *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, París, 1929.
- DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 1, «Ancienne Librairie Founte-ming et Cie», París, 1922.
- DÜRIG, G.: «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», en *Festschrift für H. Nawiasky*, 1956.
- DÜRIG, HERZOG, SCHOLZ, LERCHE, PAPIER, RANDELZHOFFER, SCHMIDT-ASSMANN y MAUNZ: *Grundgesetz Kommentar*, 3.ª ed., 1991 (de permanente actualización por fascículos).
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: «L'avenir de l'Union européenne et le débat constitutionnel français», en *Revue de Droit Public*, n.º 1-2, 2002.
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994.
- EHMKE: *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, 1953.
- EISENMANN, CH.: «La Jurisdiction Constitutionnelle en Droit Français (1875-1961)», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Max-Planck-Institut.
- «Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne (1918-1928)», *RDPS*, 1928.
- ELLIOT, J. (ed.): *The debates in the Several States Convention on the Adoption of the Federal Constitution*, Washington DC, 1854.
- EMBED IRUJO, A.: «Autonomía municipal y Constitución», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 30, 1981.
- EMBED IRUJO, A.: *La constitucionalización de la crisis económica*, lustel, Madrid, 2012.
- ESMEIN-NEZARD: *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, vol. 1, Sirey, París, 1927.
- ESPOSITO, C.: *La validità delle leggi (1934)*, Giuffrè, Milán, 1964.

- ESTEVE PARDO, J.: «Servicio público de televisión y garantía de la institución de la opinión pública libre», en *Revista de Administración Pública*, n.º 123, septiembre-diciembre 1990.
- «Garantía institucional y/o función constitucional en las Bases de Régimen Local», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 31, abril-mayo 1991.
- *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre administración autonómica y orden local (la experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España)*, 1991.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, 1987.
- FAIRÉN, V.: «Las relaciones entre el poder legislativo y el judicial y las infracciones a la Constitución de 1812», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1969.
- FANLO LOBAS, A.: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, 1990.
- «El control de los entes locales, ¿modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada», en *Revista de Administración Pública*, n.º 130, enero-abril 1993.
- FARIAS, P.: «Consideraciones sobre la reforma constitucional», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo 1979.
- FAVOREAU, L.: *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.
- FEREJOHN, J.: «Constitutional Review in the Global Context», en *6 New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 2002-2003.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L.: «La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, enero-abril 1994.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 1998.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.
- FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- «Una defensa de la rigidez constitucional», en *DORA*, n.º 23, 2000.
- *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.
- «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, enero-abril 2003.



- FIORAVANTI, M.: *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffré, Milán, 1979.
- *Constitución (de la Antigüedad a nuestros días)*, Trotta, Madrid, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, H.: *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, UNAM, México, 1980.
- FOIS, S.: *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffré, Milán, 1963.
- FOLGADO, A.: *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, 1, 1960.
- FORSTHOFF, E.: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, 10.ª ed., 1973 (h.t.e.).
- «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 12, 1954.
- «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», en *Festschrift C. Schmitt*, 1959.
- FOSSAS ESPALADER, E.: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.
- FRIEDRICH, M. (dir.): *Verfassung*, 1978.
- FRIESENHAHN, E.: *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Giuffré, Milán, 1973.
- GALÁN VIOQUE, R.: *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001.
- GALEOTTI: *La Garanzia costituzionale*, Milán, 1950.
- GALICIA, M.: *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Cedam, Padua, 1955.
- GALLEGRO ANABITARTE, A.: *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*, 1971.
- *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L.: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983.
- *La lengua de los derechos (la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa)*, Alianza, Madrid, 1994.
- «Un paso importante en el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 61, 1989.
- *La batalla por las medidas cautelares*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1995.
- «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, n.º 159, septiembre-diciembre 2002.
- *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, INAP, Madrid, 2003.

- «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 17, 2003.
- «El principio de la “responsabilidad de los poderes públicos” según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 67, enero-abril de 2003.
- GARCÍA GUERRERO, J. L. (Dir.): *Los Derechos Fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant lo Blanch, 2013.
- GARCÍA HERRERA, M. A.: «Rigidez constitucional y Estado social», en P. A. IBÁÑEZ (dir.), *La experiencia constitucional del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El régimen constitucional español*, I, Labor, Barcelona, 1980.
- *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GARCÍA-PELAYO, M.: *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984.
- GARCÍA TORRES, J.: «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», en VV.AA., *Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.
- GAUDIN, H. (dir.): *Droit Constitutionnel, Droit Communautaire, Vers un respect réciproque mutuel?*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 2001.
- GAVARA DE CARA, J. C.: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- GERPE LANDÍN, M.: «Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 3, 1991.
- GIOVANNELLI, A.: *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Giuffré, Milán, 1979.
- GÓMEZ MONTORO, A. J.: «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, 2002.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación (Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo)*, Civitas, Madrid, 2002.
- GUICHOT, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, 2001.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Reforma de las instituciones en el proyecto de Tratado constitucional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 16, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre de 2003.
- HABERLE, P.: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2 Grundgesetz, 1962* (trad. esp., Dykinson, Madrid, 2003).
- HAINES, CH. G.: *The American doctrine of judicial supremacy*, University of California, Berkeley, 1932.
- HALPERIN, J. L.: *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987.
- «La Constitution de 1791 appliquée par les Tribunaux», en 1791. *La Première Constitution Française. Actes du Colloque de Dijon, 26 et 27 Septembre 1991*, Economica, París, 1993.
- HAMILTON, A.: *El Federalista*, n.º 78, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- HARTLEY, T. C.: *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, 1998.
- HAURIOU, M.: *Précis de Droit Constitutionnel*, Sirey, París, 1929.
- HELLER, H.: *Staatslehre (1934)*, Mohr, Tübingen, 1983 (trad. esp. de L. TOBÍO, *Teoría del Estado*, 7.ª reimpr., FCE, México, 1981).
- HERRERO DE MIÑÓN, M.: *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003.
- HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- «Significado de los derechos fundamentales», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.
- HEYMANN-DOAT, A.: *Le régime juridique des droits et libertés*, Montchrestien, París, 1995.
- HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, Berlín, 1932.
- HUERTA TOCILDO, S.: «El derecho fundamental a la legalidad penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, 1993.
- IREDEL: *The debates in the Several States Convention on the Adoption of the Federal Constitution*, en J. ELLIOT (ed.), Washington DC, 1854.
- ISENSEE, J.: «Verfassungsrecht als politisches Recht», epígrafe 162, en ISENSEE y KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. VII, 1992.
- JANER TORRENS, J. D.: «La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 11, 2002.

- JARRAS, H. D. y PIEROTH, B.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., Kommentar, 1992.
- JELLINEK, G.: *Gesetz und Verordnung*, Siebeck, Freiburg, 1887.
- *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905 (reedición 1963).
- *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlín, 1906 (trad. esp., CEC, Madrid, 1991).
- *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª ed., 1929.
- JESCH, D.: *Gesetz und Verwaltung*, 1960 (trad. esp., Ley y Administración, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978).
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- JIMÉNEZ BLANCO, A.: «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en *Homenaje a García de Enterría*, t. II, 1991.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», en *Revista de Derecho Político de la UNED*, n.º 7, otoño de 1980.
- «La Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley», en *Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- *Derechos fundamentales (concepto y garantías)*, Trotta, Madrid, 1999.
- KAMEN, H.: *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Alianza, Madrid, 1987.
- KELSEN, H.: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
- «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice Constitutionnelle)», *RDPSP*, 1928.
- *Teoría general del Derecho y del Estado*, E. GARCÍA MAYNEZ (trad.), UNAM, México, 1979.
- LABAND, P.: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1901.
- LAMBERT, E.: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Marcel Giard & Cie, París, 1921.
- LA PÉRGOLA, A.: «Constitución e integración europea: la contribución de la jurisprudencia constitucional», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 6, enero-abril 1999.
- LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, M. RODRÍGUEZ MOLINERO (trad.), Ariel, Barcelona, 1970.
- LAROQUE, P.: «Les juges français et le contrôle de la loi», *RDPSP*, t. XLIII, n.º 4, 1926.

- LEVADE, A.: «Le Conseil Constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne», *RDP*, n.º 1, 2005.
- LOEWENSTEIN, K.: *Volk und Parlament*, München, 1922.
- *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1965.
- LÓPEZ CASTILLO, A.: *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- *De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental Alemana (LF). Comentario a la S'entencia-Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de octubre de 1993 (Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der staatlich verjássten Volkes)*, *REDC*, 40, pp 207-240.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho», en E. ESPÍN TEMPLADO y F. J. DÍAZ REVOIRO (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Cortes de Castilla-La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros: *Derecho Constitucional*, vol. 1, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad*, Tecnos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ PINA, A. y otros: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Civitas, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991.
- LORENTE SARIÑENA, M.: *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- LORENZO-RODRÍGUEZ MARMAS, M.: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.
- LOUIS, J. V.: «Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres», en *Rev. D'intégration Europ.*, 1979.
- LUCAS VERDÚ, P.: «Estado de derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación», *REP*, n.º 33, 1983.
- LUCHAIRE, F.: *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987.
- *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1980.
- «La Constitution pour l'Europe devant le Conseil Constitutionnel», *RDP*, n.º 1, 2005.

- MAISTRE, J. de: *Consideraciones sobre Francia*, con prólogo de A. TRUYOL Y SERRA, Tecnos, Madrid, 1990.
- MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho Comunitario europeo y Derecho español*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1987.
- MARTENS, W. y HABERLE, P.: «Grundrechte im Leistungsstaat», ponencias en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 30, 1972.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La posición de los Estados miembros ante la evolución de la Unión Europea: comprometidos con el proceso de integración, convencidos de la necesidad de reforzar los rasgos de intergubernamentalidad*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, enero/abril 2015, núm. 50.
- «La Constitución de la UE: reflexiones acerca del debate constitucional pendiente», en M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El futuro de la Unión Europea: unión política y coordinación económica*, Dykinson-IEE San Pablo, Madrid, 2002.
- «El proyecto de Constitución Europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 15, mayo-agosto 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO, L.: *La Europa de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. y OTTO Y PARDO, I. de: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MELLADO: *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1899.
- MELLERAY, G.: *La tutelle de l'État sur les communes*, 1981.
- MENDONCA, D.: *Los derechos en juego (conflicto y balance de derechos)*, Tecnos, Madrid, 2003.
- MENÉNDEZ, A. J.: *Defensa de la Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 17, pp. 32-45, Madrid, 2011.
- MODUGNO, F.: «Il problema dei limiti alta revisione costituzionale (in occasione di un commento al Messaggio alie Camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, 1675.
- MORODO LEONCIO, R.: «La reforma constitucional y sus límites», en *Revista de Ciencias Sociales*, Puerto Rico, 1960.
- MORTATI, C.: *Istituzioni di diritto pubblico*, 9, vol. 1, Cedam, Padua, 1975.
- *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

- «Costituzione dello Stato», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1962.
- «Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale», en *Riv. di Diritto Pubblico*, 1952.
- MÜLLER, PIEROTH y FOHMANN: *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, 1982.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1980.
- *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1979, 2.ª ed., 1981.
- *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. I y II, Civitas, Madrid, 1982, 1984.
- *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986.
- *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO (dirs.), 3 vols., Civitas, 1986.
- *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988.
- «Rapport», en J. C. MASCLÉ y D. MAUS (dirs.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, La Documentation Française, París, 1993.
- *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.
- «De la II República al siglo XXI. Las transformaciones del Derecho en setenta años», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, Madrid, septiembre-diciembre 2002.
- (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, dos tomos, 2.ª ed., Madrid, 2003.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Civitas, Madrid, 2004.
- *Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, enero/abril 2015, n.º 50.
- NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en sus relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NAVARRO BATISTA, N.: «El déficit democrático y la reforma de las instituciones comunitarias», en A. OLESTI RAYO (coord.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Bosch, Barcelona, 2000.
- *Parlamento Europeo y procedimiento normativo en las Comunidades Europeas*, 2.ª ed., Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998.
- NAWIASKY, H.: *Teoría General del Derecho*, 1962.
- NEZARD, H.: *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, vol. I, Sirey, París, 1927.

- NIETO, A.: «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, enero-diciembre 1983.
- NINO, E.: *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- OLIVETTI, N.: *La dinamita costituzionale degli Estati Uniti d'America*, Padua, 1984.
- OLTRA, J.: *La influencia norteamericana en la Constitución española de 1869*, IEA, Madrid, 1972.
- ORFIELD, L. B.: *The amending of the Federal Constitution*, Chicago, 1942.
- ORLANDO, V. E.: *Principi di diritto costituzionale*, Barbera, Florencia, 1905.
- OSSENBÜL, F.: «Las libertades del empresario en la Ley Fundamental de Bonn», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991.
- OTTO, I. de: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, vol. III, IEF, Madrid, 1981.
- *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- PACE, A.: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2.<sup>a</sup> ed., Cedam, Milán, 2002.
- PACE, A. y VARELA, J.: «La rigidez de las Constituciones escritas», en *Cuadernos y Debates*, n.º 58, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- PARDO FALCÓN, J.: «Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 34, 1992.
- «A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro Derecho constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.
- PEGORARO, L.: *Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, enero/diciembre 2013, n.º 17
- PÉREZ-LUÑO, A. E.: *Los Derechos Fundamentales*, 1984.
- PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- *Derecho Constitucional*, 8.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.
- PÉREZ SERRANO, N.: *El poder constituyente*, Madrid, 1947.



- *Tratado de Derecho Político*, reed., Civitas, Madrid, 1976.
- PÉREZ TREMPES, P.: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- PERNICE, I. y MAYER, F. C.: *De la constitution composée de l'Europe*.
- PERRY, M.: *The Constitution in the Courts - Law or Politics*, Oxford University Press, Nueva York, 1994.
- PESCATORE, P.: «Les répartitions de compétences entre la Communauté et les États membres», en *La Communauté et ses États membres*, Actas del VI Coloquio del I. de Études Jur. Europ., 1973.
- «Les exigences de la démocratie et de la légitimité de la communauté européenne», *Cahiers de Droit Européen*, 1974.
- PIQUERAS GARCÍA, A. J.: *La participación del Parlamento Europeo en la actividad legislativa comunitaria*, Universidad de Granada, Granada, 1993.
- PIZZETTI, F.: *Rigidità e garantismo nella Costituzione Spagnola*, Turín, 1979.
- PIZZORUSSO, A.: «Lezioni di diritto costituzionale», en *Foro it.*, Roma, 1984.
- PONTHOREAU, M.-C.: *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, París, 1993.
- PONTIER, J. M.; BOURDON, J. y RICCI, J. C.: *Droit des Collectivités Territoriales*, 1987.
- POSADA, A.: *La reforma constitucional*, Madrid, 1931.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Valencia, 1990.
- PUNTE EGIDO, J.: «La celebración de los tratados internacionales en el Derecho español y su valor normativo: Derecho vigente y aspectos históricos», en *Mélanges offerts á Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Pedone, París, 1981.
- PUNSET, R.: «Comentario al artículo 2», en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ, A.: *El Tribunal de Estrasburgo (una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- REICH, C.: «Qu'est-ce que... le déficit démocratique?», en *Revue du Marché Commun*, 1991.
- REMIRO BROTONS, A.: «La Constitución y el Derecho internacional», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978*, INAP, Madrid, 1998.
- REPOSO, A.: *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Monduzzi, Bolonia, 1993.
- REQUEJO PAGÉS, L.: *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

- *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento (la Constitución como norma sobre la aplicación de normas)*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995.
- (ed.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
- RESCIGNO, G. U.: *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bolonia, 1994.
- RICCI, J. C.; PONTIER, J. M. y BOURDON, J.: *Droit des Collectivités Territoriales*, 1987.
- RICHTER y SCHUPPERT: *Casebook Verfassungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991.
- RIMOLI, F.: «Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: *La dimensión constitucional del Derecho Comunitario Europeo*, Discurso de ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B.: «Familia e igualdad entre los sexos en el Estado constitucional: una mirada crítica al caso alemán», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 4, 2001.
- «El caso “Valenzuela Contreras” y nuestro sistema de derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 56, 1999.
- ROLDÁN, J.: «La Carta de Derechos fundamentales en la UE: su estatuto constitucional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 16, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2003.
- ROLLNERT LIERN, G.: *La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, mayo/agosto 2014, n.º 101.
- ROMERO, J. M.: *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- ROUBIER, P.: *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963.
- ROUX, J.: «Le traite établissant une Constitution pour l'Europe á l'épreuve de la Constitution française», *RDP*, n.º 1, 2005.
- RUBIO LLORENTE, F. (ed.): *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.
- *La forma del poder*, 2.<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- «Los derechos fundamentales», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 75, 1997.
- «Deberes constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 62, 2001.
- RUBIO LLORENTE, F. y VV.AA.: *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español. Texto del Informe, estudios y ponencias*, Madrid, Consejo de Estado, CEPC, 2008.
- RUIPÉREZ, J.: *La Constitución europea y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

- RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1993.
- «La reforma de la arquitectura judicial europea: un templo en el Tratado de Niza», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto 2001.
- RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 14, 1993.
- RUPP, H. H.: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «El Derecho Comunitario, ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (A propósito de la Sentencia n.º 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, n.º 2, mayo-agosto 1995.
- «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 53 (II), 1999.
- *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo-agosto de 2001.
- SALVADOR CODERCH, P.: *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- SALVADOR CODERCH, P. y otros: *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del constitucionalismo español*, CEC, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: «El artículo 93 de la Constitución española y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en *Derecho internacional público: problemas actuales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM-Eurolex, 1993.
- SÁNCHEZ URRUTIA, A. V.: «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 58, enero-abril 2000.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, UNED, 1.º semestre de 2001.
- SANTI ROMANO: Voz «Costituente», en *Novissimo. Dig. It.*
- *Il diritto pubblico italiano (1914)*, Giuffré, Milán, 1908.

- «Osservazioni preliminari per una teoría sui limiti della funzione legislativa nell diritto italiano» (1902), en *Scritti minori*, vol. I, Giuffré, Milán, 1950.
- SANTOS VIJANDE, J. M.: *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Comares, Granada, 1955.
- SARTORI, G.: «Igualdad», en *Elementos de teoría política*, Alianza, Madrid, 1999.
- SCHMIDT-JORTZIG, E.: *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, 1979.
- SCHMITT, C.: *La defensa de la Constitución*, M. SÁNCHEZ SARTO (trad.), Labor, Barcelona, 1931.
- *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- SCHWARTZ, B.: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, E. ALONSO (trad.), Civitas, Madrid, 1980.
- SCHWARZE, J. (ed.): *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Normos Verlagsgesellschaft, Bruylant, 2000.
- SEMPERE, J. M.: «La reforma constitucional», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo III, 1907.
- SIERVO, U. de: *Istituzione di diritto pubblico*, Giappichelli, Turín, 1994.
- SLAUGHTER, A.-M.; STONE SWEET, A. y WEILER, J. H. H. (eds.): *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- SMEIN, M.: *Contribution á la théorie générale de l 'Etat*, Sirey, París, 1922.
- SMEND, R.: *Constitución y Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985.
- SOBRINO, J. M.: «El sistema jurisdiccional en el proyecto de Tratado constitucional de la UE», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 16, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2003.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: «Algunas cuestiones de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71, 1991.
- SOTO RIOJA, S. de: *La libertad sindical negativa*, Civitas, Madrid, 1999.
- STARCK, Ch.: *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970 (trad. esp., *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979).
- «Raíces históricas de la libertad religiosa moderna», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 47, 1996.
- STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/1, 1988.
- STONE SWEET, A.: *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000.
- SUNSTEIN, C.: *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999.
- TAINE: *Los orígenes de la Francia contemporánea*, t. II, L. de TERÁN (trad.), «La España Moderna», Madrid.

- TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América*, Madrid, 1969.
- *El Antiguo Régimen y la Revolución*, A. GUILLÉN (trad.), Guadarrama, Madrid, 1969.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español», en *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.
- TOSI, S.: *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milán, 1959.
- TOUSCOZ, J.: *La Constitution de L'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2002.
- TRIEPEL, H.: *Derecho Público y política*, J. L. CARRO (trad.), Civitas, Madrid, 1974.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VANOSSI: *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, 1975.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- «La Constitución española de 1837: una Constitución transaccional», en *Revista de Derecho Político*, n.º 20, Madrid, 1983-1984.
- «La doctrina de la Constitución histórica: de Joyel Ianos a las Cortes de 1845», en *Revista de Derecho Político*, n.º 39, UNED, 1994.
- VEGA, P. DE: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *REP*, n.º 7, 1979.
- VOLPE, V. G.: *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffré, Milán, 1977.
- VON SIMSON, W. y SCHWARZE, J.: «Integración europea y Ley Fundamental. Maastricht y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.
- WAHL, R. y WIELAND, J.: «La jurisdicción constitucional como bien escaso», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997.
- WEILER, J.: «Epilogue: The Judicial Après Nice», en DE BÚRCA, G. y WEILER, J., *The European Court of Justice*.
- WHEARE, K. C.: *Las Constituciones modernas*, Barcelona, 1971.
- WOLFF, E.: «Kritik der Institutionellen Rechtsauffassung», en *Zur Theorie der Institution*, Director Schelsky, 1970.
- ZAGREBELSKY, G.: «Epílogo» al libro de C. MORTATI, *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- ZULEEG, M.: «La répartition de compétences entre la Communauté et les Etats membres», en *La Communauté et ses États memores*, en Actas del VI Coloquio del I. E. Jur. Europ., 1973.

# ÍNDICE ANALÍTICO Y ONOMÁSTICO

## A

ADAMS, J., 197.  
AJA FERNÁNDEZ, E., 383.  
ALBERTON, G., 590.  
ALEXY, R., 270, 270, 276, 279.  
ALONSO GARCÍA, E., 78, 411.  
ALONSO MARTÍNEZ, 146.  
ALONSO OLEA, M., 98.  
ANSCHÜTZ, G., 64, 85, 290.  
ANZILOTTI, D., 468.  
ARGÜELLES, 31.  
ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 274.

## B

BACON, 42.  
BAILLEUL, D., 632.  
BALAGUER CALLEJÓN, F., 668.  
BANGEMANN, 603.  
BAÑO LEÓN, J. M., 307.  
BARRANCO, 170.  
BARTHÉLÉMY, J., 62, 159.  
BAUZÁ, F., 124.  
BERGARECHE GROS, A., 40.  
BERGASSE, 117.  
BLACKSTONE, 71.  
BLANCO VALDÉS, R., 80.  
BOUQUIER, 171.  
BOUTMY, G., 4.  
BRANDEIS, 286.  
BURCKHARDT, 428.  
BURGER, 286.  
BURGOS, J. DE, 124.  
BURKE, 27.

## C

CAMPOMANES, 181.  
CÁNOVAS DEL CASTILLO, E., 29, 32.  
CAPPELLETTI, M., 94.  
CARRÉ DE MALBERG, R., 69, 143.  
CASTELLS ARTECHE, J. M., 147.  
CHABOT, 52.  
CHEVALLIER, F., 203.  
CLERMONT-TONNERRE, 137.  
COKE, 42, 43, 75.

### Competencias comunitarias

Cláusula de poderes implícitos, 518.  
Competencia de la competencia, 554.  
Criterio funcional y método Monet, 519 a 521.  
Exclusivas, compartidas y complementarias, 545 a 547.  
Normativas, 547 a 556.  
Peculiaridades del reparto con los Estados, 517.  
Principio de atribución, 543.  
Principio de subsidiariedad, 526 a 543.  
Reparto en el Tratado de la Unión, 543 a 556.  
CONSTANT, B., 28.

### Constitución

Afectación por el Derecho comunitario, 579 a 676.  
Carácter vinculante de sus normas, 222 a 231.  
Carta otorgada, 21, 22.  
Configuración histórica, 1 a 42.

- Constitución americana, 9 a 13.  
 Constitución doctrinaria, 24.  
 Constitución formal, 34 a 37.  
 Constitución histórica en Cádiz, 31.  
 Constitución histórica en Jovellanos, 30.  
 Constitución interna en Cánovas, 32, 33.  
 Constitución y ley constitucional, 38, 68, 69.  
 Constitución material, 39 a 41.  
 Constitucionalismo revolucionario francés, 14 a 20.  
 Eficacia normativa, 97 a 111.  
 Eficacia normativa de las Constituciones decimonónicas, 111 a 221.  
 Grados de eficacia de las normas constitucionales, 108 a 111.  
 Infracciones de la Constitución (en la C. Cádiz), 62.  
 La idea de pacto, 2 a 7.  
 «Mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras», 6 a 8.  
 Norma superior, 42 a 69.  
 Pensamiento reaccionario, 27, 28.  
 Precursores ideológicos en Norteamérica, 9 a 13.  
 Principio monárquico, 23.  
*Property*, en Locke, 7.  
 Ver **Constitución y jueces, Constitución comunitaria europea, Constitución del Estado y Derecho Comunitario, Control de la constitucionalidad de las leyes, Derechos individuales, Norma superior, Organización del Estado, Reforma constitucional, Sometimiento de la Administración Pública a la Constitución, Tipología de normas constitucionales, Vinculación de los poderes públicos.**
- Constitución comunitaria europea**  
 Competencias constitucionales de la Unión, 517 a 556.
- «Déficit democrático», 506 a 516.  
 Derechos fundamentales y sus garantías, 557 a 578.  
 Jurisprudencia del TDF alemán, 510 a 513.  
 Reforzamiento del principio democrático, 514.  
 Régimen constitucional de los tratados, 462 a 471.  
 Sentencia Les Verts, de 1986, 449.  
 Separación de poderes en Europa, 500 a 506.  
 Significación del artículo 93 CE, 446.  
 Tratados y Constitución: diferencias normativas 447, 451 a 461.  
 Ver **Competencias comunitarias, Constitución del Estado y Derecho Comunitario, Derechos fundamentales, Primacía.**
- Constitución del Estado y Derecho comunitario**  
 Constitucionalidad y convencionalidad de los tratados y las leyes, 618 a 648.  
 Cooperación de los jueces ordinarios, 637 a 638.  
 Desarrollos y crítica a los debates, 588 a 610.  
 Doctrina del Consejo Constitucional francés, 588 a 591.  
 Doctrina del Consejo de Estado, 592 a 595, 611 a 613.  
 Doctrina del Tribunal Constitucional, 596, 614 a 617.  
 El límite de los derechos fundamentales y del principio democrático, 600 a 610.  
 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, 585 a 587.  
 Posición de los jueces internos, 622 a 648.  
 Reformas constitucionales como consecuencia de la adhesión a la Comunidad, 582 a 589.

Tratados internacionales y Constitución, 579 a 582.

### Constitución y jueces

Control concentrado, 256.

Control de las normas inconstitucionales, 251.

Derogación e inconstitucionalidad sobrevinida, 252 a 257.

Garantía constitucional de los derechos, 247 a 250.

Reserva de jurisdicción, 249.

### Contenido esencial

Concepto, 238.

Garantía institucional y noción de contenido esencial, 240, 306 a 309.

Jurisprudencia constitucional, 239.

Ver **Derechos fundamentales, Derechos individuales.**

### Control de la constitucionalidad de las leyes

Competencias del TC, 372 a 377.

Control concentrado y difuso, 356, 357.

Definición jurisprudencial de nuevos derechos, 385 a 389.

Desarrollo en los sistemas federales europeos, 85, 86.

Descentralización del sistema, 369.

Desconfianza respecto del legislativo en Norteamérica, 73 a 76.

Doctrina de Kelsen, 88 a 94, 360 a 365.

*Dret Scott*, 79.

En España, Constitución de 1931, 96.

Enjuiciamiento de la compatibilidad de las leyes con el Derecho comunitario, 396 a 411.

Expansión de la función constitucional del juez ordinario, 378 a 417.

Fundamentos en *El Federalista*, 76, 77.

Influencia del Derecho comunitario europeo, 394 a 417.

Jefferson (oposición a la intervención judicial), 80.

Legislador negativo, 91, 363.

*Marbury v. Madison*, 76 a 78.

Modelo español, 359, 366 a 393.

Monopolio de rechazo referido a las leyes, 368.

Omisión en las primeras Constituciones americana y francesas, 70 a 72.

Origen en Europa, 81 a 84.

Responsabilidad del legislador, 405 a 417.

Sentencia del *Reichsgericht* de 1925, 87.

Sentencias interpretativas, 381 a 384.

Vinculación de la jurisprudencia, 390 a 393.

Ver **Justicia comunitaria europea.**

### Control de las normas por la Justicia comunitaria

Ver **Justicia comunitaria europea.**

### Control jurisdiccional de las normas

Descentralización del sistema, 369.

Ver **Inaplicación de las leyes, Justicia comunitaria europea.**

CORWIN, E. S., 42.

### Costumbres constitucionales

Ver **Mutaciones constitucionales.**

CRUZ VILLALÓN, P., 87, 152, 306, 321.

## D

### Declaraciones de derechos

Derechos reconocidos en las Constituciones españolas decimonónicas, 147 a 150.

Eficacia directa, 146.

En las Constituciones españolas, 145.

Suspensión de derechos, 151 a 160.

Ver **Derechos individuales.**



**Declaración de derechos de 1789**

Autonomía respecto de las Constituciones, 134 a 136.

Etapas de su vigencia, 134 a 143.

**Derecho comunitario**

Ver *Constitución comunitaria europea, Constitución del Estado y Derecho comunitario, Tratados comunitarios.*

**Derechos económicos y sociales**

Educación, 171.

Eficacia directa de algunos derechos sociales, 165 a 167.

Eliminación de privilegios, 163 a 165.

Libertad de comercio e industria, 180 a 186.

Municipalización de los servicios de asistencia y beneficencia, 170.

Propiedad, 172 a 179.

Regulación legislativa, 161.

Sustitución de las entidades eclesíásticas, 168.

**Derechos fundamentales**

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, 572 a 578.

Concepto y ordenación constitucional, 312 a 315.

Configuración legal, 288.

Conflictos entre la jurisdicción interna y la comunitaria europea, 562 a 578.

Contenido esencial, 238 a 240.

Convención de 1950, 566 a 571.

Derecho comunitario, 557 a 578.

Derechos ilegislables, 289.

Desarrollo, 242.

Diversidad, 310.

Eficacia entre particulares, 316.

Estándares de derechos, 565 a 578.

Garantía constitucional de los derechos, 247 a 250.

Garantía institucional, 290 a 300.

Jurisprudencia constitucional, 303 a 306.

Tratado por el que se establece la Constitución Europea, 576 a 578.

Vertiente subjetiva y objetiva, 293 a 302.

**Derechos individuales**

Configuración legal, 132, 244 a 246.

Derechos civiles y políticos, 131, 133.

Derechos económicos y sociales, 131, 161 a 186.

Eficacia de las declaraciones decimonónicas, 130 a 186.

Garantías jurisdiccionales, 187 a 221.

Ver *Declaraciones de derechos, Garantías jurisdiccionales.*

**Derogación**

Derogación e inconstitucionalidad sobrevenida, 252 a 254.

Inaplicación, 622 a 648.

DELORS, 603.

DÍAZ REVORIO, F. J., 3898.

DÍEZ DEL CORRAL, L., 24.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., 455, 461.

DUGUIT, L., 143.

DÜRIG, G., 285, 293, 298, 305.

DWORKIN, R., 283.

**E****Eficacia directa**

Doctrina del TJ comunitario, 480 a 486.

Eficacia de las normas, 227.

Inaplicación, 642 a 648.

EHRlich, E., 104.

**F**

FAIRÉN, V., 62, 193.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 469.

FERRERES COMELLA, V., 393.

FRANCKFURTER, 380.

## G

GALÁN VIOQUE, R., 411.

GALLEGO ANABITARTE, A., 308.

### Garantía institucional

Aspecto subjetivo y objetivo de los derechos, 293 a 298, 304.

Crisis, 299, 305.

Formación de la doctrina, 290.

Jurisprudencia constitucional, 300 a 303.

Límite al legislador, 292.

Ver **Contenido esencial, Derechos fundamentales.**

### Garantías jurisdiccionales

Autorizaciones para procesar, 220.

Contencioso-administrativo, 195, 203 a 208.

Control del ejecutivo y *política questions*, 198 a 202.

De la constitucionalidad de las leyes (constitucionalismo histórico), 194.

En el constitucionalismo histórico, 187 a 221.

Jurisdicción ordinaria, 209 a 214.

Jurisdicción penal, 215 a 217.

Servicio público de la Justicia en la Constitución de 1812, 189 a 193.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 359, 393, 411, 469.

GARCÍA-TREVIJANO, J. A., 98.

GAUCHET, M., 166.

GIBSON, juez, 80.

GOLFIN, 170.

GUICHOT, E., 411.

## H

HÄBERLE, P., 293, 442.

HALPERIN, J. L., 142.

HAMILTON, A., 70, 76.

HARRINGTON, 9, 10.

HAURIOU, M., 143, 196.

HELLER, H., 102, 437.

HERZOG, 298, 305.

HESSE, K., 442, 443.

HEYMANN-DOAT, A., 144.

HOBBS, T., 3, 6.

HOLMES, O. W., 286, 380.

HSÜ DAU-LIN, 438, 439, 440, 669.

## I

### Inaplicación de las leyes

Contrarias al Derecho comunitario, 622 a 648.

Jurisprudencia comparada, 626 a 635.

Ver **Control de la constitucionalidad de las leyes.**

### Inconstitucionalidad sobrevenida

Derogación e inconstitucionalidad sobrevenida, 252 a 254.

## J

JACKSON, A., 198.

JANER TORRENS, J. D., 411.

JEFFERSON, 13, 80, 197.

JELLINEK, G., 4, 65, 66, 85, 104, 435, 436, 669.

JOVELLANOS, 29, 30, 173, 181.

### Justicia comunitaria europea

Enjuiciamiento de la compatibilidad de las leyes internas, 396 a 417.

Influencia sobre el control de la constitucionalidad de las leyes, 394 a 417.  
 Posición de los tribunales internos, 399 a 417.  
 Responsabilidad del legislador, 405 a 417.  
 Sentencia *Atlanta* de 1995, 404.  
 Sentencia *Factortame* de 1990, 401.  
 Sentencia *Simmenthal* de 1978, 399.  
 Sentencia *Zückerfabrick* de 1991, 401.

## K

KELSEN, H., 81, 88, 89, 90 a 92, 96, 364, 429, 468.

## L

LABAND, P., 65, 66, 68, 85, 435.  
 LAFERRIÈRE, 203.  
 LAKANALE, 171.  
 LAMBERT, E., 196.  
 LARENZ, K., 107.  
 LARRAMENDI, J. A., 124.  
 LASSALLE, F., 35.  
 LEGER, abogado general, 409.  
 LEGUINA VILLA, J., 273.  
 LERCHE, P., 442.

## Ley

Centralidad de la ley en el sistema constitucional europeo, 60 a 64.

## Ley material

El concepto de *Reschtssatz*, 66.  
 Equiparación Ley-Constitución, 68, 69.  
 Reglamentos jurídicos, 67.  
 LOCKE, J., 5, 7, 8, 71, 100.  
 LORENTE SARIÑENA, M., 62, 193.  
 LUCHAIRE, F., 140.

## M

MADISON, 74.  
 MADOZ, 179.  
 MAISTRE, DE, 27.

## Mandatos al legislador

El contenido esencial como límite, 238.  
 Obligaciones derivadas del mandato, 234.  
 Vulneración de la Constitución por inactividad, 235.  
 Ver **Contenido esencial**.

MARSHALL, juez., 70, 76, 79, 80, 197.  
 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., 507.  
 MAUNZ, 305.  
 MILTON, 9.  
 MONTESQUIEU, 71.  
 MORTATI, C., 39, 40.

## Mutaciones constitucionales

Desarrollos en Smend y Hsü Dau-Lin, 437, 440.  
 Límites, 442 a 444.

## N

NAVARRO BATISTA, N., 506.  
 NEVILLE, 9.  
 NIETO, A., 104.

## Normas de organización de los poderes

Aplicación directa, 318.  
 Clasificación, 319.  
 Desconstitucionalización de la estructura territorial, 239.  
 Ejecutivo, 329, 330.  
 En la Constitución, 318 a 354.  
 En la Constitución de 1931, 340 a 343.  
 Judicial, 331, 336.  
 Legislativo, 325 a 328.  
 Organización supranacional, 322, 323.

Organización territorial, 320 a 323, 337 a 354.  
 Pactos Autonómicos, 352.  
 Principio dispositivo, 343 a 348.  
 Senado, 354.  
 Transferencias de servicios, 349 a 350.

### **Norma superior**

*Bonham case* de 1610, 43.  
 Jurisprudencia norteamericana pre-constitucional, 44.  
 Pensamiento revolucionario francés, 46.  
 Siéyès, 47.  
 Vinculación de las demás normas, 355.  
 Ver **Control de la constitucionalidad de las leyes, Reforma constitucional.**

### **Normas programáticas**

En las Constituciones actuales, 106.  
 Leyes Fundamentales franquistas, 97, 98.  
 Normas incompletas, 107.  
 Ver **Eficacia directa.**

## **O**

OLTRA, J., 289.  
 ORFIELD, L. B., 49.

### **Organización del Estado**

Balanceamiento de poderes, 120.  
 División provincial, 124.  
 Eficacia de las normas constitucionales sobre organización del Estado, 112 a 129.  
 Organización municipal, 126 a 129.  
 Organización territorial, 123 a 129.  
 Realización inmediata de la separación de poderes, 114 a 119.

Ver **Normas de organización de los poderes.**

ORTEGA Y GASSET, 342.

## **P**

PACE, A., 58.  
 PECES-BARBA, 274.  
 PÉREZ ROYO, J., 443.  
 PÉREZ TREMPES, P., 220, 359.  
 PESCATORE, P., 506.  
 PIQUERAS, J., 506.  
 POSADA HERRERA, A., 126.  
 PREUSS, H., 86.  
 PRIETO SANCHÍS, 274.

### **Primacía**

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, 488 a 495.  
 Límites derivados de la protección de los derechos fundamentales, 562 a 578.

### **Principio de prevalencia**

Ver **Primacía**

### **Principio de subsidiariedad**

Aplicación y desarrollos en Derecho comunitario, 516 a 553.  
 Criterios para su aplicación, 529 a 535.  
 Protocolo del Tratado de Ámsterdam, 525 a 541.  
 Reparto de competencias en el Tratado de la Unión, 543.  
 Tratado de la Unión, 526.  
 Ver **Competencias comunitarias.**

### **Principio monárquico**

En el constitucionalismo europeo, 23.

### **Property**

En J. Locke, 7.  
 PUNSET BLANCO, R., 359.

**R****Reforma constitucional**

- Cláusulas de intangibilidad, 428 a 431.
- Concepciones americana y francesa, 48 a 52.
- Constituciones decimonónicas, 423.
- Constituciones rígidas y flexibles, 55 a 59.
- Iniciativa popular, 433.
- Límites al poder constituyente, 671 a 676.
- Mutaciones constitucionales, 435 a 444.
- Poder constituyente y poder de reforma, 429 a 432.
- Procedimiento en la Constitución de 1812, 53, 54.
- Procedimientos de reforma de la CE de 1978, 419 a 422.
- Referéndum, 431.
- Reforma e interpretación, 425.
- Reformas, mutaciones y redistribución del poder constituyente, 649 a 676.
- Rigidez del texto de 1978, 418.
- Ver **Mutaciones constitucionales**.
- REISCHL, G., abogado general, 640.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., 658, 668.

**Responsabilidad del legislador**

- Jurisprudencia del Tribunal Supremo, 410.
- Por incumplimiento del Derecho comunitario, 405 a 409.
- Potestades del juez ordinario: justificación, 412 a 417.
- RIALS, S., 161.
- RÍOS ROSAS, 156.
- ROBESPIERRE, 52, 116, 171.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., 450.
- ROMERO MORENO, J. L., 220.

- ROUSSEAU, J. J., 4, 5, 427.
- RUBIO LLORENTE, F., 274, 304, 359.
- RÜMELIN, G., 104.

**S**

- SAINT FARGUEAU, L. P., 171.
- SANDEVOIR, 203.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., 220.
- SCELLE, G., 468.
- SCHEUNER, 105, 243, 267.
- SCHMITT, C., 37, 38, 240, 290, 291.
- SCHOLZ, 293, 296, 305.
- SIÉYÈS, 15, 46, 47, 81, 166.
- SMEIN, M., 143.
- SMEND, R., 437, 438.

**Sometimiento de la Administración Pública a la Constitución**

- Alcance de la vinculación, 259.
- Normas integrantes de la legalidad, 260, 261.
- STERN, K., 293, 295, 297.
- SYDNEY, 9.

**T**

- TERRERO, 170.
- THAYER, J. P., 380.
- THOMA, 290.

**Tipología de normas constitucionales**

- Concepto de principios, 274, 275.
- Derechos y garantías, 288 a 317.
- Ensayos de clasificación, 266, 267.
- Mandatos de optimización, 276.
- Normas de organización, 318 a 354.
- Ponderación, 277 a 281.
- Posición de la jurisprudencia, 284.
- Posición preferente de los valores y principios, 285, 287.
- Referencias constitucionales, 272.

Reglas, principios, valores, 264, 268 a 287.

Variación, 262, 263.

Ver ***Derechos fundamentales, Normas de organización de los poderes.***

TOCQUEVILLE, A. DE, 20, 57, 202.

TOMÁS VILLARROYA, J., 96.

TORENO, 170.

### **Tratados comunitarios**

Tratados que suponen transferencias de competencias, 475, 476.

Ver ***Constitución comunitaria europea, Constitución del Estado y Derecho comunitario, Tratados internacionales.***

### **Tratados internacionales**

Constitucionalidad de los Tratados, 618 a 648.

Cuestiones de constitucionalidad, 473, 474.

Doctrinas monista y dualista, 468.

Efecto directo, 480 a 486.

Eficacia, 467, 468.

Interpretación conforme, 495 a 499.

Jerarquía y competencia en la relación con las normas internas, 469, 472.

Juicio de constitucionalidad: alcance, 620.

Primacía, 488 a 494.

Procedimientos de ratificación, 463.

Régimen constitucional general, 462.

Relaciones con la Constitución y con las leyes, 464 a 466.

Tratados comunitarios, 476 a 479.

Tratados que suponen transferencias de competencias, 475, 476.

Ver ***Tratados comunitarios.***

TRIEPPEL, H., 64, 468.

## **V**

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., 59.

VEGA, P. DE, 430.

VILLAR PALASÍ, J. L., 98.

### **Vinculación de los poderes públicos**

En general, 222 a 226.

Grados de vinculación, 227 a 230.

Mandatos al legislador, 232.

Normas incompletas, 231.

Vinculación negativa del legislador, 232.

VINOGRADOFF, P., 104.

## **W**

WARREN, 286.

WOLFF, H. J., 290.

## **Z**

ZAGREBELSKY, G., 36.









Santiago Muñoz Machado, uno de los más reputados juristas españoles, lleva a cabo una nueva presentación de la obra que constituye todo un clásico en la bibliografía de nuestro derecho administrativo y constitucional desde hace quince años.

En los nuevos tomos que integran la obra el autor, además de algunos cambios en la disposición de los materiales, ha llevado a cabo una corrección minuciosa de los textos y ha tenido en consideración, en la versión final, todas las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales relevantes sobre los asuntos objeto de estudio que se han manifestado en el último lustro.

El autor ha acometido esta gran labor desde la perspectiva de que, en nuestro país, los principios tradicionales que han marcado el derecho público han sido progresivamente desplazados por otros principios, reglas de comportamiento e instrumentos: descentralización, fragmentación de la ley y del ordenamiento jurídico, europeización y globalización, mercado libre junto con regulación económica, aparición de una nueva gama de derechos de los ciudadanos y consolidación de un cambio radical en las relaciones entre el Estado y la sociedad.

